

Универзитет у Нишу
Правни факултет

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У
ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”**

Књига четврта

Ниш, 2014.

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

**„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА
У ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”**

Књига трећа

Овај зборник радова резултат је рада на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије под бројем 179046 Д.

Рецензенти:

Проф. др Борче Давитковски

Проф. др Стеван Лилић

Проф. др Миле Дмичић

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Предраг Димитријевић, *руководилац Пројекта*

Преводи

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Ненад Милошевић

Штампа

„Медивест“ Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-198-4

ПРЕДГОВОР

Публикација која је пред Вама, представља Зборник радова, који је резултат истраживачког и научног рада наставника и сарадника Правног факултета у Нишу, као учесника пројекта под називом: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“.

Питање људских и мањинских права је једно од кључних питања и проблема државно правних система, који претендују да буду демократски и утемељени на принципима правне државе и владавине права. Оно је централна тема и европске заједнице, па и читавог савременог света, као интерактивног глобалног система. Република Србија има своје сопствене проблеме, наслеђене из прошлости али и посебну одговорност да активно и ефикасно решава изазове људских и мањинских права, који су њена савремена реалност, ако жели да постане део европског правног простора. Мада, Република Србија прихвата готово све конвенције и стандарде Европске Уније, остаје пуно недоследности у имплементацији пројектоване јавне политике у овој материји.

Мотивисани актуелношћу теме и потребом да се отворе бројна питања али и да се понуде одговори и решења, велики број аутора, наставника и сарадника Правног факултета, као учесника на поменутом пројекту, послало је своје научне прилоге редакцији. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору обрађивана је са кривично правног аспекта али такође и са јавно правног, финансијско правног, грађанско правног и других правних аспеката. То показује сложеност овог пројектног задатка али и висок степен напора и позитивног резултата да се померимо корак напред у нашем истраживачком раду.

Руководилац пројекта

Проф. др Предраг Димитријевић

САДРЖАЈ

Др Марко Трајковић, Др Војислав Ђурђић, БИОЕТИКА КАО НОВО ПОДРУЧЈЕ ОДГОВОРНОСТИ.....	1
Др Зоран Поњавић, ПРАВНИ ЗНАЧАЈ РАЗЛИКОВАЊА СВАКОДНЕВНИХ И БИТНИХ ПИТАЊА ИЗ САДРЖИНЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА.....	13
Др Зоран Радивојевић, ЗАШТИТА ПРАВА ПОЈЕДИНАЦА ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ...31	
Др Драган Јовашевић, МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИНИ У СТАТУТУ ХАШКОГ ТРИБУНАЛА.....	53
Др Миомира Костић, МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ.....	71
Др Предраг Н. Цветковић, ПРАВНИ РЕЖИМ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА КАО ВИД „ХИБРИДНЕ РЕГУЛАТИВЕ“	89
Др Видоје Спасић, Александра Васић, ПРИВАТНЕ МАРКЕ.....	103
Др Тања Китановић, РАЗВОД БРАКА КАО СОЦИОЛОШКИ И ПРАВНИ ФЕНОМЕН.....	123
Др Ивана Симоновић, КАРАКТЕРИСТИКЕ ЛИЧНИХ ПРАВА	143
Иван Илић, СИСТЕМ ПРАВНИХ ЛЕКОВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ XIX ВЕКА..	161
Сања Ђорђевић, ФАКУЛТАТИВНИ ПРОТОКОЛ УЗ КОНВЕНЦИЈУ О ПРАВИМА ДЕТЕТА О ПОСТУПКУ ДОСТАВЉАЊА И РАЗМАТРАЊА ПРЕДСТАВКИ – ПРЕДНОСТИ И МАНЕ У СВЕТЛУ МОГУЋЕГ ПРИСТУПАЊА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	179
Урош Здравковић, НАЧЕЛО ЕФИКАСНОСТИ У СТО СИСТЕМУ РЕШАВАЊА СПОРОВА	199

БИОЕТИКА КАО НОВО ПОДРУЧЈЕ ОДГОВОРНОСТИ¹

Апстракт: *Шта су нова подручја одговорности права? Након што би се право отворило према животним чињеницама, одговорност би нашла ново поље. То ново поље пуне одговорности била би биоетика. Ново подручје одговорности се везује за хуману страну права, без које право и губи своју сврху. Дакле, без одговорности за биоетичка питања живота „клизава низбрдица“ се појављује као сигуран пут. Али, да ли то желимо? Правни поредак који пледира на дуготрајност и хуманост мора да у себе угради одговорност свих субјеката у праву. Ипак, сасвим смо сигурни да се овом питању одговорности мора прићи са етичког становишта а не са позитивистичког, јер се овај принцип одговорности за биоетичка питања оживотворује само кроз морално промишљање стварности. Зато је ово укрштање проблема живота и одговорности за живот. Том одговорношћу за живот право „обнавља“ своју људску садржину и излази из пуке форме те креће путем хуманости и заузетости за човека. Да ли ће право кренути путем одговорности или не то ће зависити од самих правника, који ће потом својим опредељењем креирати нашу стварност.*

Кључне речи: *право, биоетика, одговорност, човек, хуманост, вредности.*

1 Овај чланак је резултат истраживачког рада у оквиру пројекта бр. 179046 „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета у Нишу, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Увод

Да ли биоетика може да буде подручје испитивања одговорности? Свакако да може, а то се потврђује у биоетичким питањима, која се сама „намећу“ праву и која потврђују став о „sacralita della vita umana“.² Биоетика није само подручје које пита, она очекује одговоре, или боље речено, она очекује одговорност свих учесника у биоетичким расправама. У тим биоетичким расправама ваљало би показати одговорност за „неотуђиво достојанство човјекове савјести“.³

Биоетика као подручје у коме се појављују бројни изазови за право, истовремено представља и поље одговорности свих који учествују у биоетичким расправама. Заправо се захтева укључивање свих „дакако у различитости и комплементарности облика, разина, дужности и одговорности“.⁴ Ова одговорност у правном контексту најпре значи прецизну обавезу супротстављања „сваком закону који напада људски живот“.⁵

Биоетичка одговорност као ново подручје одговорности најпре указује на однос одговорности и особе за властити избор. Посебно се у биоетици појављује човек који је етички слободан да „одлучује и бира да ли ће поступити добро или зло, поштено или непоштено, праведно или неправедно“.⁶ Зато што: „Етика не учи директно што се треба овдје и сада догодити у датом стању ствари, него опћенито, како стоји с оним што се уопће треба догодити. Можда је много и разнолико што се уопће треба догодити. Али не може се у сваком стању ствари догодити све што се уопће треба догодити. Овдје тренутак са својим захтјевима задржава слободан простор унутар онога што научава етичко освјештење“.⁷

Зато што човек може дакле, да бира у биоетичким расправама зато је и одговоран. Јер се одговорност „темељи на чињеници да је могао другачије и супротно да одлучи“.⁸ Таква врста одговорности се посебно јавља у праву јер је то „једна знаност практичке нарави и која посједује чврсто

2 M. Chiodi, *TRA CIELO E TERRA, il senso della vita a partire dal dibattito bioetico*, Cittadella Editrice, Assisi, 2002, 6.

3 Kongregacija za nauk vjere, *Doktrinalna nota o nekim pitanjima vezanim uz sudjelovanje katolika u političkom životu*, Udruga Obiteljski Centar, Zagreb, 2007, 9.

4 Ibid., 10.

5 Ibid., 19.

6 Ibid., 40.

7 N. Hartmann, *Etika*, Nakladna Ljevak, Zagreb, 2003, 9.

8 Kongregacija za nauk vjere, *Doktrinalna nota o nekim pitanjima vezanim uz sudjelovanje katolika u političkom životu*, 45.

сковани, егзактни појмовни систем“.⁹ Таква наука ствара „опћениту основу из које се, као из птичије перспективе, објективно види оно актуално“¹⁰ а то актуелно је наша биоетичка одговорност.

1. Зашто биоетичка одговорност права?

Пошто према Паскалу (*Balise Pascal*) „човјек бескрајно надилази човјека“¹¹ те је онда и његова одговорност увећана. Посебно се повећала одговорност права и правника за биоетичка питања. Та одговорност најпре иде од правничког промишљања вредности живота човека, па до конкретизације тог промишљања у стварању правних прописа који се тичу биоетичке материје. Да би се то догодило биоетичка одговорност правника мора да обухвати „све у човјеку и сваког човјека“.¹² Али, опет зашто биоетичка одговорност правника? Јер је човек и душа и тело. И док право није заинтересовано за наше мотиве и побуде, морал јесте. Дакле, у том споју интереса за душу и тело налази се неопходност биоетичке одговорности права и правника. Тако и сама одговорност као појам који се релативно касно појавио, како наводи Хрвоје Јурић „значи (појачано) одговарање на неко питање, у смислу оптужбе, односно оправдања или обрану (неког дјеловања за које је нетко оптужен) пред судом“.¹³ Тако се увидом у развој појма одговорности од одговорности пред световним судовима до одговорности пред Богом може утврдити веза између правне и моралне одговорности за наше поступке. Тај пут је истовремено и пут ка биоетичкој одговорности пред свим инстанцама, Богом, друштвом и државом. Ако је одговорност „одговор на неко питање које нам постављају живот...“¹⁴ онда је јасно зашто биоетичка одговорност права и правника. Кроз биоетику се данас на сликовит начин преламају питања одговорности за живот, свет, заједницу, државу, јер: „Одговорност је прихваћање посљедица властитог дјеловања, за које се човјек као ћудорена особа осјећа присиљен из властите

9 N. Hartmann, *Etika*, 71.

10 Ibid., 9.

11 B. Pascal, *Pensées*, Brunshwicg, Paris, 434. Наведено према: I. Supićić, *Humanizam i politika, u Kršćanstvo, Crkva i politika*, S. Baloban (uredio), Centar za promicanje socijalnog nauka Crkve, Zagreb, 1999, 22.

12 I. Supićić, *Humanizam i politika, u Kršćanstvo, Crkva i politika*, S. Baloban (uredio), Centar za promicanje socijalnog nauka Crkve, Zagreb, 1999, 22.

13 H. Jurić, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, PERGAMENA, Zagreb, 2010, 94.

14 H. Jurić, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, 95.

нутрине будући да их он мора урачунати сам себи, тј. у одлуку властите слободне воље“.¹⁵

Како је биоетика саставни део етике, сасвим је природно да се: „Морални живот ослања на човекову одговорност. Не постоји морал без одговорности, нити се особна одговорност може у потпуности схватити уколико се не вреднује полазећи од моралних импликација“.¹⁶ Зато правник мора да своју властиту одговорност за биоетичка питања схвати озбиљно. Тако Видал (*Marciano Vidal*) сматра, да је темељно опредељење, које се још може назвати и „темељна опција“ и „темељна одлука“ или „темељни мотив“ основа и најважнији израз одговорности.¹⁷ Та је „темељна одлука“ везана у праву са одговорношћу и крајњим циљем који се жели постићи одређеним прописима којима смо правно нормирали нашу биоетичку стварност. На овај начин се снажније изражава веза опредељења и одговорности у праву. Одговорност за опредељења је неопходна како би се избегли „празни субјективизам“¹⁸ и крајњи правни волунтаризам у стварању, тумачењу и примени права, који је пречесто присутан. Пошто је право само део нашег свакодневног живљења и на њега се мора применити став да „човјек одлучује о властитом коначном циљу те тако остварује свој особни план, слободно остварујући и преузимајући пред Богом одговорност за одабрани смјер у властитом животу, који се потом дефинира и изражава у конкретним опредељењима“.¹⁹

Интригантно је питање да ли право може да изневери човека, посебно кривично право? То је историја показала кроз питање човека против људског у њему, а право потом потврдило кроз низ нехуманих закона са злочиначком садржином, стварајући на тај начин „етаблирани неред“.²⁰ До овога је долазило и долазиће због етичког вакума у праву и због самодовољности права. Право врло често личи на Јонасовог (*Hans Jonas*) „ослобођеног Прометеја“ који добија снагу која почива на монополу физичке силе што га поседује држава. За такво право одмах захтевамо и одговорност, како оно не би постало погубно за човека. Тако одговорност везујемо за зауздавање моћи права а све у циљу опстанка човека, зато што

15 Ibid., 96.

16 M. Vidal, *Kršćanska etika*, Đakovo, 2001, 50.

17 Ibid.

18 Ibid., 53.

19 Ibid., 55.

20 E. Mounier, *Oeuvres*, I. sv., Le Seuil, paris, 1961. Наведено према: I. Supičić, *Humanizam i politika, u Kršćanstvo, Crkva i politika*, S. Balaban (uredio), 25.

су право и технологија „истодобно и „обећање“ и „пријетња“.²¹ Људскост у праву неће почивати на чврстим основама без одговорности за живот. А подручје те одговорности које се јавља данас у својој пунини јесте подручје биоетичке одговорности за живот. Тако је данас биоетичка одговорност постала правно питање. Пошто према концилској конституцији „Gaudium et spes“ „у цјелом свијету све више расте смисао за самосталност и уједно за одговорност“²² то и право добија своју улогу у овој општој одговорности за биоетичко-правну зрелост човека. То посебно долази до изражаја код питања иградње једног бољег, мудријег и хуманијег права.

Ако право жели да своју обавезујућу снагу темељи на моралним вредностима, онда је питање одговорности уско везано за такву поставку, јер: „Одмакне ли се правда, што су краљевства ако не велике разбојничке дружине? Јер што су друго разбојничке дружине него ли мала краљевства? Та дружина је скупина људи којом вођа управља, везани су заједничким уговором, плијен дјеле по углављену закону“.²³ Те нас ово подсећа на „чист процедурални механизам тражења консензуса“²⁴, уместо наклоности ка животу. Уместо овога „Од законодавца се, стога не тражи да створи већ интерпретира захтјеве човјека у друштву, тражење не толико консензуса колико више оног објективног моралног закона који је уписан у срцу сваког човјека...“²⁵ А, сама суштина биоетике поставља одговорност правника у овом подручју, што видимо дакле из саме поставке биоетике: „Certo, la bioetica è pressata da „dilemми“ urgenti, come quelli posti dallo sviluppo tecnico-scientifico soprattutto nell’ambito della prassi medica, ma questo non esime dalla riflessione, bensì richiede il suo sforzo. L’urgenza e l’attualità dei problemi non dovrebbe nuocere alla qualità della teoria proposta, ma anzi dovrebbe favorire il comprendere quali siano gli interrogativi cui si vuole davvero rispondere. Un altro fattore che, insieme a questo, nella bioetica non ha avvantaggiato una riflessione sui grandi temi dell’esistenza come la vita, la salute, il nascere e il morire, è il mancato chiarimento del suo statuto epistemologico, che risulta ancora oscillare tra la scienza, nel senso moderno del termine, la psicologia, il diritto e il sapere etico, di cui pure la bioetica risulta essere stata un potente fattore di propulsione“.²⁶

21 Н. Јурић, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, 103.

22 Наведено према: I. Супић, *Humanizam i politika, y Kršćanstvo, Crkva i politika*, S. Balaban (uredio), Centar za promicanje socijalnog nauka Crkve, Zagreb, 1999, 31.

23 А. Аугустин, *De Civitate dei*, 4, 4., *Kršćanska sadašnjost*, Zagreb, 1982, 256. Наведено према: Š. Марасовић, *Dijalog u politici, y Kršćanstvo, Crkva i politika*, S. Balaban (uredio), 49.

24 V. Valjan, *Bioetika*, Svjetlo riječi, Sarajevo-Zagreb, 2004, 50.

25 Ibid.

26 M. Chiodi, *TRA CIELO E TERRA, il senso della vita a partire dal dibattito bioetico*, 7.

Пошто право у свом досегу доживљава неку врсту зенита, улазећи у све поре човековог живота онда је и одговорност правника максимално проширена, те се појављује и у новим подручјима каква је биоетика, како не би било само „ношено законом своје нарави“.²⁷ Тиме се право одвлачи од моралног релативизма и пуког правног позитивизма и окреће својој одговорности за свет и људе, јер је „човек врхунац у животу свемира...“.²⁸ Биоетичка одговорност захтева да поштујемо „истину права“²⁹ и право као ризницу феномена и истину света, јер: „Io sono la via, la verita e la vita“.³⁰ Ово сазнање сопствене одговорности потребно је како се не би неодговорношћу усмртило у човеку оно што би требало „пробудити и одгојити, оно стваралачко, спонтано, живо унутарње суосјећање човјека с оним што треба бити, с оним по себи врједним“.³¹

2. Одговорност као основа правничког схватања биоетике

Да ли право данас примењује „бејконовски идеал“ овладавања природом“³² да би владало човеком? Да ли је одговорност правника и права последњи хумани аргумент тог истог права?

Ако прихватимо одговорност права за последице које производи, онда је питање одговорности као основе правничког схватања биоетике јасно. Јасно, јер су право и биоетика, макар у својој дефиницији, окренути животу. Дакле, овде се категорија одговорности појављује као категорија будућности, односно овде је биоетичка одговорност „футурологија“ права. Таква одговорност није застој у развоју, у овом случају застој у развоју права, већ „етика очувања“.³³

За питање основа биоетичке одговорности у праву и правног схватања биоетике потребно је најпре одредити онтолошки статус човека у праву, односно да ли је човек бит права или његово средство. Потом ваља утврдити аскиолошки статус човека. Моћ којом човек данас у свету уопште располаже, па и моћ којом он располаже у праву, потпуно

27 Види: Z. Lerotić, *Rječ urednika*, u V. Zsifkovits, *Politika bez morala?*, Školska knjiga, Zagreb, 1996, 12.

28 Ibid., 63.

29 Овај захтев истакнут је у учитељству Католичке цркве, а посебно у енциклици *Evangelium vitae*. Наведно према: V. Valjan, *Bioetika*, 51.

30 M. Chiodi, *TRA CIELO E TERRA, il senso della vita a partire dal dibattito bioetico*, 7.

31 N. Hartmann, *Etika*, 10.

32 H. Jurić, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, 177.

33 Ibid., 178.

је изменила „саму бит људског дјеловања“.³⁴ Таква моће мења и „поглед“ на питање одговорности. Таква моћ понекад из свог видокруга брише одговорност као основу адекватног поступања правника у биоетичком подручју. Одговорност права, како опште теорије права која ће заједно са филозофијом права осветлити основне принципе онтологије права и аксиологије права, тако и кривично-правне теорије која ће осветлити основне принципе заштите човековог живота, мора да буде усмерена на будућност. Заправо, у овом случају говоримо о одговорности права као феномена и науке, а не о правној одговорности. Јер, биоетичка одговорност права као феномена и науке, означава одговорност једног феномена и једне науке за своје идеје, покрете унутар себе, заправо означава одговорност за будућност. Док је правна одговорност која се везује за групе и појединце, за особе више везана за прошлост.

Истовремено, одговорност је данас другачија у погледу биоетичког подручја, јер морамо бити „одговорни шире и дубље неголи је то икад био случај“.³⁵

Оваква окренутост одговорности права ка будућности даје нам нову призму посматрања правне моћи изражене у монополу присиле којим располаже држава. Монопол присиле којим располаже држава се мора схватити као „дијалектика моћи која рачуна само са сљедећим ступњем моћи, не и с(...) одустајањем од моћи...“.³⁶ То је прави опис монопола физичке силе којим располаже држава. Тако дијалектика моћи која иде са за тим да сферу моћи шири, и на тај начин представља искривљен однос права према човеку. Таква дијалектика моћи одбацује човека као „предправно добро“ као „предморално добро“ и са њим и у биоетичком подручју рачуна као са средством а не као са сврхом, те у погледу човека одбацује идеју одговорности за његов живот, и тако одбацује потребу за „хуманизирањем“ живота до највишег ступња“ а то је „срж је етоса живота“.³⁷ Одбацивањем те потребе занемарује се одговорност.

Зато и ваља довести у везу одговорност и моћ. Те би одговорност могла да буде „обуздавање самомоћне моћи“ која стоји изнад човекове моћи и уместо да га ослободи она га подчињава.³⁸ Зато Видал у погледу одговорне нормативне формулације која обуздава самомоћну моћ, предлаже да вредност људског живота буде „позитивна („људски живот захтјева да буде

34 Ibid., 193.

35 Н. Јурић, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, 193.

36 Ibid., 194.

37 М. Vidal, *Kršćanska etika*, 225.

38 Н. Јурић, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, 194.

поштиван и да се развија“) а не негативна („не убиј“); да буде „теолошка“ и да буде „апсолутна (неповредивост људског живота), но ипак отворена повлаштенем суду (сукоб врједности)“.³⁹ Заправо се ова Видалова брига за човека у основи налази и у Јонасовом уверењу да: „У овом тренутку се мора запоставити сав посао око ‘правог’ човјека (...) због пуког спашавања претпоставке за то – због егзистенције човјечанства у једној за то подобној природи. Са оног увјек отвореног питања што човјек треба да буде, чији одговор је подложен промјенама, ми смо ону прву заповјед која је одувјек била у основи оног питања, али досад никад није била актуална, на заповјед да он треба да буде – наравно, као човјек“.⁴⁰ То да он треба да буде третиран као човек веома често право заборавља, па га третира као поданика, иако говори о његовим људским правима, генерацијама људских права, о питању његове својине и тако редом бавећи се човек право заборавља човека. И ово није наговор на „сентиментално“ бављење човеком од стране права, већ наговор на одговорно бављење човеком како би му било спаса од несреће која се зове неодговорно право. Дакле, ваља пробудити одговорност у праву која је одавно „заспала“ и тако спава већ вековима, остављајући свог главног „јунака“ без улоге.

Да ли се могу, а имају ћи у виду нашу прошлост и нашу садашњост, овакве слутње прогласити бесадржајним филозофским спекулацијама? Ако право схватимо као пуку заповест која од нас захтева и очекује само послушност онда ово и јесу бесадржајне филозофске спекулације, али то је само тада када правне циљеве схватамо не као добре или лоше, већ само као циљеве које импреативно морамо извршити. Дакле, основна циља није морално добро, већ правна ефикасност правног поретка. Али, тиме смо „извукли етички тепих испод ногу“⁴¹ права. Те смо схватили да се проблеми у праву могу решавати не промишљањем основних правних и моралних категорија, већ простим техничким усавршавањем права које ће бити вођено правном сигурношћу и правном ефикасношћу, и ничим више.

Још једном се за одговорно право потврђују као тачне речи, да смо достизањем све већег степена моћи подигли и степен наше одговорности, јер наше деловање „погађа – на добар или лош начин – све на овај Планети“.⁴² Такви поступци који погађају све баш упућују на одговорност као на

39 Ibid., 226-227.

40 Н. Jonas, *Princip odgovornosti*, 196. Наведно према: Н. Јурић, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, 195.

41 Н. Јурић, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, 202.

42 R. Spaemann, *Laudatio, u Friedesperis des Deutschen Buchhandles, 1987 – Hans Jonas, Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Frankfurt a /M., 1987, 3-4*. Навдено према: Н. Јурић, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, 296.

залагање особе са „својим ђудоредним битком за своје поступке“ која те поступке потом узима на „себе с њиховим карактером вриједности или невриједности“.⁴³ Таква одговорност права као феномена би значила праву одговорност јер: „Тко себи нешто урачунава, тко узима на себе одговорност, он то чини управо „збиља“, као што након тога терет такођер „збиљски“ – и често веома осјетно – мора носити“.⁴⁴

Тако примити на себе одговорност постаје реалан чин, а не „празна“ правна формулација. Тада право стоји под сталном одговорношћу у сваком свом бављењу човеком, односно у биоетичком подручју где право и највише ваља да рачуна са човеком. Такво право у себи носи оба Хартманова (*Nicolai Hartmann*) појма „ђудоредну срчаност и осјећај одговорности“.⁴⁵ Тада право на дрштвеној позорници добија лик „одговорног хероја“ код кога срчаност значи „вољу за одговорношћу“ а храброст у себе урачунава „одважност за одлуку“ и срчаност за подношење „невоље и кривње“.⁴⁶ Право ће на тај начин одбити да буде „морална кукавица“ која својим пасивним ставом пушта да ствари из његовог домена иду „својим тјеком, не мислећи да тиме...“ чини оно најгоре човеку.⁴⁷ Тиме право не остаје пасивно у погледу своје одговорности у биоетичком подручју јер рачуна са човеком, а човек рачуна са правом као одговорним учесником у биоетичком подручју. Одговорност као етичка тежња постаје наша морална реалност.

Закључак

Оваква поставка одговорног права је чисто аксиолошко заснивање права на подручју као што је биоетика. То није говор само о ономе што јесте, о позитивно-правним прописима, већ говор о нечему што треба, о основним вредностима и човеку. То није апологетски, самодовољни говор о људским правима и одговорности које нема, већ говор о човеку и одговорности које има.

То „има“ смо у праву заборавили. Изгледа да вековима право које није одговорно има човека, али човек нема такво право. Читава палета биоетичких питања која испуњавају биоетику као подручје захтева одговорно право. Место испитивања појединачне одговорности права у биоетичком подручју може да започне са питањем живота, и да заврши са истим питањем, јер се сва друга питања бесконачно „врте“ око живота.

43 N. Hartmann, *Etika*, 709.

44 N. Hartmann, *Etika*, 709.

45 Ibid., 429.

46 Ibid.

47 Ibid.

Постоји толико клизавих правних низбрдица које изазивају неповерење у право и на крају његово одбацивање. Међутим, како је право императивног карактера оно само неће допустити да буде одбачено, већ ће се неодољивом силом државног апарата наметнути. Тада сасвим сигурно имамо право, које то није постало због аксиолошке вере у њега, већ је једноставно ту.

Наметање нечега силом никада са собом не носи и одговорност таквог учесника. Заправо је супротно. То искључује његову одговорност. Да ли такав учесник себе види одговорним? Да ли сила и одговорност корачају заједно? Не, јер сила искључује одговорност, она је за силу само терет који мора да се одбаци да би се лакше владало.

Да ли право жели да влада? Заправо то је основа дефиниције позитивног права, владање. Без владања позитивно право губи смисао, јер њега није привукла вечност но тренутак. А да ли је човек створен за вечност или за тренутак?

Са човеком створеним за вечност биоетика рачуна, и ту настаје сукоб биоетике и одговорности права. Још једном наглашавамо, ми говоримо о одговорности права као феномена и науке, а не о правној одговорности. Одговорност права као феномена и науке подразумева рачунање са човеком створеним за вечност.

Само је такво право одговорно према човеку, према себи и само такво право носи у себи срчаност да се сукоби са невредностима. Оно се неће исцрпљивати у празним формулацијама, у пуком спомињању човека. То ће бити право за човека, а не за поданика кога краси само послушност. Послушност је та друга страна моћи без које она сама себи није „допадљива“. Одговорност је нешто друго, она не зове силу, већ самосвест. Да ли позитивно право рачуна са самосвешћу? И она као и одговорност није категорија позитивног права, јер је и она непотребни морални терет.

Ако кренемо од питања да ли је за истину потребан кворум, онда долазимо да јасног одговора на питање односа одговорности и позитивног права. Тог односа заправо нема. Ипак, поставке одговорног права биће основа за однос према човеку који је створен за вечност. Вечност и одговорност иду „руку под руку“, јер шта је одговорност за будућност него вечност схваћена на ваљан начин.

Пошто биоетика захтева одговорност онда се одговорност права и мора схватити као одговорност за вечност, јер шта је право без људи. У биоетици се сусрећу сви елементи који могу да чине човека вечном категоријом, а право мора да се на одговоран начин бави том биоетичком категоријом, те тако и одговорно право „улази“ у вечност.

Prof. Marko Trajković, LL.D.

Associate professor

Faculty of Law, University of Niš

Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

BIOETHICS AS NEW FIELD OF RESPONSIBILITY

Summary

What are the new fields of legal responsibility? After the law would open itself towards the facts of life, the responsibility would find a new field. That new field of full responsibility would be bioethics. That new field of responsibility is linked to the humane side of the law, without which the law loses its purpose. Hence, without responsibility for bioethical issues of life “the slippery slope” shows up as a safe road. But do we want that? The legal order which strives towards longevity and humanity must implant in itself the responsibility of all legal subjects. However, we are completely certain that this issue of responsibility must be approached from the ethical and not positivistic point of view, because this principle of responsibility for bioethical issues comes to life only through moral rethinking of reality. Therefore this is the crossing of problems of life and responsibility for life. With that responsibility for life the law renews its human content and gets out of mere form, stepping on the road of humanity and of concern for a human being. Will the law undergo this road of responsibility or not depends on the lawyers themselves, whose decision will afterwards create our reality

Keywords: law, bioethics, responsibility, human being, humanity, values.

ПРАВНИ ЗНАЧАЈ РАЗЛИКОВАЊА СВАКОДНЕВНИХ И БИТНИХ ПИТАЊА ИЗ САДРЖИНЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Апстракт: У савременом породичном праву заједничко и споразумно вршење родитељског права постаје опште правило, без обзира да ли родитељи живе заједно или одвојено. Ово се сматра најбољим решењем за децу, али и родитеље. Међутим, и у овој ситуацији нису искључени сукоби родитеља код решавања различитих питања из садржине родитељског права. Поставља се питање да ли је законодавац предвидео механизме решавања ових сукоба без интервенције државних органа, која није увек пожељна са становишта аутономије родитељског права. У раду се покушава дати одговор на ово полазећи од поделе на свакодневна и битна питања из садржине родитељског права.

Кључне речи: родитељско право, свакодневна и битна питања.

Увод

Под утицајем различитих фактора нестала је традиционална породица заснована искључиво на браку и ауторитету мушкарца, а настала нова заснована на сродству и равноправности њених чланова. Посебну улогу у овоме имала је еволуција обичаја и морала, као и афирмација принципа усвојених међународних докумената, према којима права човека постају основни покретачи развоја породичног права.¹ У домену вршења родитељског права нарочито су значајна она гарантована чл.8 и 14 Европске конвенције о људским правима² којима се штити право на поштовање

1 André-Jean Arnaud, Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille, Internationalisation des droit de l' Homme et évolution du droit de la famille, (предговор F.Dekeuwer-Défossez), 1996, Paris, стр.3.

2 Конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Закон о ратификацији ове Конвенције објављен је у «Службени лист СЦГ» - Међународни уговори, бр. 9/2003

породичног живота и на недискриминацију.³ Ништа мање није значајно и усвајање Конвенције о правима детета према којој заштита најбољег интереса детета постаје основни циљ родитеља у вршењу родитељског права и основни критеријум за интервенцију државе.⁴

Не треба у овом погледу занемарити ни чињеницу да је породица све мања, најчешће сведена на родитеље и децу и да је уз то и све нестабилнија. Ситуације у којима се појављују родитељи су врло различите и променљиве (брачни или ванбрачни, живе заједно или не, живе у браку или су разведени) чиме се увећава и извор потенцијалних сукоба о питањима из садржине родитељског права.⁵ Без обзира на ово, веза између детета и родитеља мора бити очувана и оба родитеља треба да врше родитељско право у интересу детета. То је и разлог што се већина европских држава определила за модел заједничког и споразумног вршења родитељског права, без обзира да ли родитељи живе заједно или не.⁶ Фаворизујући споразуме родитеља валоризују се истовремено и вредности „родитељског пара“ и „родитељске одговорности“ у регулисању последица одвојеног живота на дете.⁷

Основу заједничког и споразумног вршења родитељског права чине прећутни или изричито споразуми родитеља о вршењу овлашћења из садржине родитељског права. Споразум постаје нужан у оној мери у којој

3 F. Boulanger, *Autorite parentale et intérêt de l' enfant*, Paris, 2008, стр.47.

4 F.Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Paris, 2006, стр.595.

5 У неким законодавствима се за постизање споразума о заједничком вршењу родитељског права ванбрачних родитеља захтевају извесни додатни услови. Тако се, према праву Грчке (чл.1515 Грађанског законика), заједничко вршење родитељског права ванбрачних родитеља везују за начин утврђеног очинства. Само ако је очинство добровољно признато, ако је мајка дала сагласност и ако суд нађе да су споразумом заштићени интереси детета, могуће је донети одлуку о заједничком вршењу родитељског права. Више о овоме: F. Granet, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, 2002; <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000551/0000.pdf>

6 У упоредном праву заједничко вршење родитељског права и када родитељи не живе заједно практикује се одавно у великом броју земаља. Пре свега то су европске државе Француска, Италија, Шведска, Норвешка, Данска, Велика Британија, али и многобројне државе у САД, премда то чине на врло различите начине. У неким од њих заједничко и споразумно вршење родитељског права и после престанка заједнице живота се подразумева, ако ни један од родитеља не захтева да суд донесе одлуку да се њему дете повери. (Холандија). У другим, пак, заједничко старање по престанку заједнице живота родитеља могуће је само по разводу, али не и у случају када су родитељи живели у ванбрачној заједници (Италија, Шпанија, Белгија).

7 C. Brunetti-Pons, *L' emergence d' une notion de couple en droit civil*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/1999, стр.28-49.

споразумно и заједничко вршење родитељског права постаје принцип.⁸ Овај модел полази од равноправности оца и мајке у односу на децу и права детета да живи са оба родитеља, без обзира да ли они живе заједно или не.

Појам и начин вршења родитељског права

Родитељско право се традиционално одређује као право и дужност родитеља да се старају о личности, правима и интересима свог малолетног детета.⁹ Одређујући смисао родитељског права Породични закон Републике Србије истиче да се ради о родитељским правима која су изведена из дужности родитеља и постоје само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.¹⁰ Родитељско право би се могло посматрати и као функција коју родитељи врше. У овом смислу, оно превазилази садржину једног субјективног права. Имајући у виду његов циљ, може се дефинисати и као скуп права и дужности које родитељи врше у интересу детета, све до његовог пунолетства или еманципације. Наравно, нека овлашћења родитеља мењају се у складу са узрастом детета, постепено се смањују или потпуно укидају. Дете са одређеном доби (10, 14, 15 година) стиче аутономију. Једном речју, мисија родитеља се мења са растом детета, она није иста од рођења до пунолетства.¹¹

Иако родитељско право припада оцу и мајци одмах по рођењу, аутоматски, то не значи да ће они увек и у истом обиму да га врше заједнички и споразумно. Вршење овог права је уређено на различите начине, зависно од правне или фактичке ситуације у којој се родитељи налазе.

Према Породичном закону постоје два начина вршења родитељског права: заједничко и споразумно (од стране оба родитеља) и самостално вршење (од стране једног родитеља).

Заједничко и споразумно вршење родитељских права и дужности је генерално правило када родитељи живе заједно,¹² али не и када не живе заједно. Ово правило важи независно од тога да ли су родитељи у браку или у

8 З. Поњавић, Уговорно вршење родитељског права, Правни живот, том II, 10/2008, стр.233-250.

9 Како се истиче у нашој правној теорији «право и дужност» значи активно вршење садржаја права, односно да је реч о праву које не подразумева опцију «да се нешто не уради», као што би се могло закључити из апсолутног карактера овог права. Вид. М. Јањић-Комар, Породица са становишта права, Правни живот, 7-8/1995, стр. 71.

10 Члан 67. Породичног закона («Службени гласник РС», 18/2005).

11 F.Malaurie, H. Fulchiron, op.cit, стр.601.

12 Члан 75 Породичног закона

ванбрачној заједници као и начина на који је родитељски однос установљен. Овакав, како се често сматра идеални начин вршења родитељског права, могућ је и када родитељи не живе заједно али само ако су постигли изричит споразум о томе и ако је то по оцени суда у најбољем интересу детета. И у том случају све одлуке без обзира на њихов значај, које се тичу права и дужности родитеља из садржине родитељског права, везане за личност или имовину детета, родитељи доносе заједнички и споразумно.

Самостално вршење родитељског права може бити резултат фактичке или правне спречености једног родитеља да врши родитељско право, судске одлуке и споразума родитеља.

Судском одлуком или споразумом о самосталном вршењу родитељског права преноси се вршење родитељског права на оног родитеља коме је дете поверено, тј. он врши непосредну бригу о детету.¹³ Родитељ који живи са дететом самостално одлучује о већини питања из садржине родитељског права. Међутим, његова овлашћења нису неограничена. Родитељу коме дете није поверено и даље припада родитељско право, али га не врши непосредно, свакодневним старањем о детету.¹⁴ Он и даље заједнички и споразумно са родитељем који самостално врши родитељско право одлучује о значајнијим питањима за живот детета.¹⁵ У овом случају захтева се њихов изричит, најчешће писмени, споразум, чиме законодавац настоји ублажити негативна дејства одлуке о поверавању детета једном родитељу, будући да се тиме у суштини нарушава право детета да живи са оба. Овим се, истовремено, самостално вршење родитељског права приближава заједничком и споразумном вршењу од стране оба родитеља. Непостојање јасне разлике између ова два начина вршења родитељског права у пракси може постати извор додатних тешкоћа и сукоба, нарочито ако родитељи не живе заједно.¹⁶ Законом се изричито не условљава вршење овог права родитеља коме

13 Вид. чл.78.ст.2. Породичног закона

14 Сасвим је, међутим, другачији положај родитеља који не врши родитељско право због постојања фактичких или правних разлога за невршење. У овом случају родитељ који не живи са дететом не врши родитељско право јер му и не припада. То су случајеви кад је родитељ: 1) умро, 2) нестао, 3) непознат, 4) лишен родитељског права, 5) лишен пословне способности

15 Члан 78.ст.4. Породичног права

16 Примера ради, Француски грађански законик прави јасну разлику између ова два начина вршења родитељског права. Родитељ који не врши родитељско право има само право на личне односе, право надзора над подизањем и васпитањем детета и право да буде информисан о неким изборима који се чине и који су битни за живот детета. Видети чл.373.ст.2.т.1. Слично решење предвиђа и Породични закон Федерације Босне и Херцеговине. Више о овом решењу: С. Бубић, Н. Траљић, Родитељско и старатељско право, Сарајево, 2007, стр.178.

дете није поверено испуњавањем дужности према детету, као што је то чинио бивши Закон о браку и породичним односима (чл.126).¹⁷ Међутим, подразумева се да родитеља који не испуњава своја права и дужности треба потпуно или делимично лишити родитељског права, па, по природи ствари, он тада и не може да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.

Оба начина вршења родитељског права се спотичу о различите тешкоће што доводи до неслагања, па и сукоба родитеља, не само у ситуацији када не живе заједно већ и када то чине. Њихово постојање и у ситуацијама заједничког и споразумног вршења родитељског права указује да идеалног модела вршења родитељског права нема. Када је већ тако, нужно је пронаћи и начин њиховог решавања. Да ли је законодавац родитељима обезбедио механизме да сами реше своја неслагања или је можда само генерисао сукобе не обезбеђујући им излаз из такве ситуације, пре било каквог мешања од стране државних органа? Уосталом, свака интервенција са стране не мора бити само потврда неуспеха родитеља да се договоре, већ у одређеној мери и последица неадекватних законских решења.

Заједничко и споразумно вршење права и дужности из садржине родитељског права

Решењима Породичног закона оснажена је и проширена идеја споразумевања родитеља у свим могућим ситуацијама, која је била видљива и у бившем Закону о браку и породичним односима. Родитељима се пружа могућност да сами уреде сва питања из садржине родитељског права уз гаранцију њихових узајамних права и права детета, као и права трећих лица. На овај начин учињен је покушај да се пацификује сукоб између родитеља и повећа њихова одговорност у погледу последица развода брака, односно престанка заједнице живота.

У Породичном закону не постоје јединствена правила којима се регулишу споразуми родитеља. Она се разликују с обзиром на начин вршења родитељског права, а нарочито с обзиром на природу и значај појединих питања из садржине родитељских права.

Када родитељи заједнички и споразумно врше родитељско право, као што се у правној теорији истиче, акценат је на споразумном вршењу родитељског права, будући да није могуће и да се у свакој ситуацији заједнички врше.¹⁸ Није ни рационално да оба родитеља свакодневно, у свакој

17 Објављен у «Сл. гласнику СРС» бр. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/01. Престао је да важи 2005. године.

18 М. Младеновић, Породично право, књ.2, Београд, 1981, стр. 203-204.

ситуацији, иступају заједнички. Таква обавеза би била сметња одвијању свакодневног породичног живота и створила би у правном промету одређене тешкоће и неугодности, нарочито у ситуацији када родитељи не живе заједно. И интереси детета би били угрожени ако би у свакој ситуацији морали иступати оба родитеља, нарочито кад одлуку треба донети без одлагања. Стога је уобичајено, иако се законодавац о томе изричито не изјашњава,¹⁹ да се у правном промету као репрезентант детета приликом предузимања свакодневних радњи и доношења одлука о личности и имовини детета појављује само један од родитеља, док се сагласност другог претпоставља. Ова сагласност је, најчешће спонтана и прећутна.

Наведена презумпција прати оба родитеља и има за циљ да олакша свакодневно одвијање породичног живота, па стога важи само у корист трећег лица, а не и у међусобним односима родитеља. Када један од родитеља иступа према трећим лицима предузимајући свакодневне послове и мере сагласност другог родитеља се претпоставља (нпр. када родитељ одведе дете код зубара ради бенигне интервенције). На овај начин се штите трећа лица јер не морају у сваком случају проверавати постојање сагласности другог родитеља. Претпоставка важи без обзира на савесност трећих лица.²⁰

Према томе, вршење свакодневних, уобичајених, радњи је најчешће индивидуално и у ситуацији заједничког вршења родитељског права. Ово чини срж заједничког и споразумног вршења родитељског права. У овом случају родитељи уживају аутономију, а начин решавања ових питања је ствар њиховог васпитања, културе, обичаја. С тога су они у повољнијој ситуацији од било кога трећег да процене најбољи интерес детета. Било чија интервенција не би била целисходна и нарушила би поље слободне процене интереса детета од стране родитеља приликом свакодневног старања о њему.

Заједничко и споразумно вршење родитељског права функционише аутоматски и спонтано само у ситуацијама када се бар може претпоставити да су родитељи способни да се договоре. Међутим, овај систем носи извесне

19 Као што је, примера ради случај са чл.372-2 Француског грађанског законика где се ово изричито каже.

20 У праву Француске и Белгије претпоставка сагласности другог родитеља важи под два услова: да су у питању свакодневне радње и друго, да је треће лице било савесно. Видети чл.373 -2 Грађанског законика Белгије и чл.372-2 Француске. Ово правило се примењује без обзира да ли родитељи живе или не живе заједно. Савесност трећих лица се такође претпоставља, осим ако се супротно не докаже. Родитељ који то чини мора доказати да је треће лице знало или је морало знати за несавесност другог родитеља или то произлази из контекста спорног акта.

опасности за дете, родитеље и трећа лица када између родитеља више не постоји споразум, односно, када више не постоји уобичајена спонтаност. Ако родитељи не могу постићи споразум о неким питањима тада се овај модел заједничког и споразумног вршења родитељског права окреће против њих и постаје извор проблема и за трећа лица. У овом случају може настати блокада у одлучивању што угрожава интересе детета.

Наиме, претпоставка сагласности родитеља у предузимању свакодневних радњи омогућава једном родитељу да поступа по својој вољи упркос познате чињенице неслагања са тим другог родитеља. У ситуацијама када нема комуникације међу њима, када се непријатељски понашају један према другоме, не може се очекивати да један родитељ доноси одлуку у консултацији са другим.

Заједничко вршење може представљати опасност и за трећа лица која, ослањајући се само на својство родитеља, поступају према његовим упутствима и одлукама приликом свакодневног старања о детету. Опасност проистиче из флуидног карактера појма свакодневних питања. Ако треће лице предузима један акт који се не може означити као свакодневни, уз сагласност само једног родитеља, тада се не може ослањати на претпоставку. Али и у ситуацији када се ради о несумљиво свакодневном акту, ако га предузима уз сагласност родитеља који не врши родитељско право може се поставити питање његове одговорности.

Према томе, претпоставка сагласности другог родитеља је оборива. Он би изузетно могао доказивати да није у питању свакодневно већ важно питање и да је с тога била потребна и његова изричита сагласност. Будући да појам свакодневних питања није одређен то у суштини значи да су оваква спорења увек могућа. Свака интервенција једног родитеља којом доводи у питање одлуке другог поводом уобичајеног старања, његовим обраћањем суду да настало неслагање реши угрожава нормално одвијање породичних односа и у суштини је противно најбољем интересу детета. Зато законодавац мора са истим циљем осигурати максималне могућности родитељима који заједнички врше родитељско право да у свакој ситуацији постигну овај споразум, нарочито онда када између њих дође до неслагања. Породични закон је у овом погледу стао на пола пута. Наиме, није предвиђена могућност посредовања између родитеља са циљем да они сами реше настали спор. Стога би у овим ситуацијама евентуално могла да уследи интервенција органа старатељства предузимањем мера надзора. У крајњем случају, ако ситуација ескалира па доведе до парализе у вршењу родитељског права, родитељима не преостаје ништа друго него да се обрате суду да реши настали спор. Постојање ових сукоба

указује на дисфункционалност родитељског права што угрожава најбољи интерес детета. У овом случају судском одлуком се не решава сукоб око конкретног свакодневног питања већ се одлучује о вршењу родитељског права. Срећом, у пракси је ово доста ретко²¹ и неубичајено, не само када родитељи живе заједно, већ и када не живе заједно.

Тужба која се односи на вршење родитељских права у овом случају може бити поднета од стране детета, родитеља и органа старатељства. Суд ће приликом решавања спора водити рачуна о најбољим интересима детета. О овим спорним питањима треба да се изјасни и дете. Наравно, само под условом да је у питању дете које је у стању да формира и изрази своје мишљење. Том мишљењу ће суд посветити дужну пажњу у складу са годинама и зрелашћу детета. Осим овог, суд нема другу потпору у Закону за доношење одлуке.²² С тога би му велика помоћ у овом смислу била пружена нормативним разграничењем свакодневних од оних других, важних, односно битних питања из садржине родитељског права.

Свакодневна и битна питања

Разликовање свакодневних и битних питања из садржине родитељског права нема правно утемељење, будући да Породични Закон не помиње свакодневна питања. Ово може у пракси, нарочито у ситуацији када родитељи не живе заједно, створити велике тешкоће. На судској пракси је, с тога, задатак да у свакој ситуацији одреди када се ради о свакодневном питању, што се чини кључним за вршење родитељског права. Свако питање мора бити предмет двоструке процене: *in abstracto* (да ли само по себи спада у свакодневно или не) и *in concreto* (да ли се у односу на конкретно дете и конкретне родитеље може посматрати као свакодневно).²³ Према

21 У објављеној судској пракси нема одлука које се баве овим питањем. Насупрот овога, доста судских одлука из домена вршења родитељског права се бави питањима одржавања личних односа родитеља и детета са којим не живи и лишењем родитеља родитељског права.

22 Према изменама француског Грађанског законика од 2002. године, којима је измењен чл. 373-2-11, предвиђа се да ће суд за породичне односе приликом одлучивања о вршењу родитељског права нарочито водити рачуна о „пракси коју су родитељи раније следили или споразуму који су родитељи о том питању раније постигли“ под претпоставком да је то у најбољем интересу детета. Наравно, ова претпоставка није необорива и може се доказивати супротно. Видети: С. Carbonnier, *Droit civil*, t.2, *La famille, l'enfant, le couple*, Paris, 2002, стр.104.

23 А.Gouttenoire, *La notion d'acte usuel*. Објављено на: <http://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2013-2-p-11.htm>

томе, готово ниједно питање није а priori свакодневно, будући да се може доказивати супротно.

Без обзира на флуидну границу разликовања свакодневних и битних питања из садржине родитељског права, дефинисање ових појмова од стране законодавца се чини врло потребним и вишеструко корисним, са становишта заштите интереса детета, родитеља и трећих лица.

Подела на свакодневна и битна питања је значајна најпре са становишта заштите најбољег интереса детета. Његову процену код свакодневног старањавршеаутономно и једино родитељи кад заједнички врше родитељско право, или само један родитељ који самостално врши родитељско право. У случају битних питања родитељи су ти који заједнички врше процену најбољих интереса детета, али ако не могу да се договоре то ће урадити суд. Подела је значајна и са становишта заштите аутономије родитеља. Она је потпуна само код решавања свакодневних питања. Неспоразум родитеља о овим питањима не може бити замењен судском одлуком.

Ово је значајно, најзад, и са становишта заштите интереса трећих лица. Њихов положај је, колико толико, изван једино када један родитељ иступа према њима у свакодневним ситуацијама, када могу рачунати са прећутном сагласношћу другог родитеља. Регулисањем ових питања од стране законодавца трећа лица (нпр. лекар) би много јасније знала које мере могу предузети уз сагласност само једног родитеља, а које уз сагласност оба.

1) Свакодневна или уобичајена питања- Будући да Породични закон не помиње свакодневна или уобичајена питања то се једино из тумачења одредбе Породичног закона којом се регулише положај родитеља који не врши родитељско право може доћи до негативног одређења овог појма. Према њој, родитељ који не врши родитељско право о “питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право”²⁴, па се може рећи да су сва друга, осим ових питања, свакодневна или уобичајена без обзира на начин вршења родитељског права.

У правној теорији, ипак, може се наћи и на позитивно одређење овог појма. Тако, према једном схватању, израз “ питања која се односе на свакодневни живот” подразумева честе животне ситуације које захтевају одлуку родитеља, али чије се последице на развој детета могу изменити без значајнијих потешкоћа. Насупрот томе, било каква одлука која се тиче

24 Члан 78.ст.3.Породичног закона

питања одутицаја на развој детета, чије се последице не могу изменити, или се тешко могу модификовати јесу “питања од нарочитог значаја за дете”.²⁵

Нека страна права употребљавају овај појам али не одређују његову садржину. Тако Француски грађански законик у чл.372.ст.2 предвиђа да када један родитељ иступа према трећим лицима чини то уз прећутну сагласношћу другог родитеља ако су у питању свакодневне активности у вези вршења родитељског права и ако је треће лице савесно.²⁶ Најновији предлог за измену овог члана из 2014. године (чл.372, ст.1), предвиђа да се за сваку радњу којом се врши родитељско право, без обзира да ли се ради о свакодневној или битној, захтева сагласност оба родитеља у ситуацији када га врше заједнички. Ова сагласност се не претпоставља ако су у питању важна (битна) питања. Битне одлуке код којих се захтева изричита сагласност оба родитеља се одређују као оне “којима се раскида са прошлошћу и утиче на будућност детета или се тиче његових основних права.”²⁷

О овим свакодневним питањима вршења родитељског права говори се и у “Принципима европског права који се тичу родитељске одговорности”, усвојеним од стране Комисије за Европско породично право.²⁸ Наиме, према Принципу 3:12 (1) не постоји претпоставка сагласности родитеља приликом доношења свакодневних одлуке већ се каже да родитељи који заједнички врше родитељско право имају право да самостално предузимају свакодневне активности. Друга важна питања као што су она која се тичу образовања детета, медицинског третмана, његовог пребивалишта или управљања његовом имовином, морају предузети споразумно и заједнички. Само у хитним случајевима ова сагласност се не тражи.(Принцип 3:12 (2).

2) Питања битна за живот детета - Изричита сагласност родитеља је потребна увек када се ради о питањима која битно утичу на живот детета, без обзира да ли родитељско право врше заједнички или један од њих самостално.²⁹

25 N. Dethloff, Parental Rights and Responsibilities in Germany, Family Law Quarterly 2/2005, стр. 319

26 Истоветно решење садржи и чл.373-2 и 376-2 Грађанског законика Белгије.

27 Предлози нових решења усвојени су на основу предлога посланика Jean Leonetti. Више о овоме: Le rapport Léonetti intitulé « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers » remis le 7 novembre 2009 au Premier ministre, објављен на: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000484/0000.pdf>

28 Principes de droit Europeen de la famille concernant la responsabilité parentale. Видети: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-French.pdf>.

29 Вид. чл.78.ст.3. Породичног закона

Породични закон је само *exempli causa* конкретизовао овај правни стандард тиме што је набројао нека од битних питања. То су питања која се тичу: образовања детета, предузимања већих медицинских захвата над дететом, промене пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности.³⁰ У свим осталим случајевима суд треба да одреди да ли је реч о оваквим питањима.

Ако родитељи не могу да се договоре о неком битном питању сваки од њих би могао, зависно од природе спорног питања, захтевати да суд донесе одговарајућу одлуку о њему.^{31/32} Тако би могао донети одлуку да забрани извршење одлуке о битном питању коју је родитељ донео самостално или наредити враћање у пређашње стање, ако једнострана одлука другог родитеља није у најбољем интересу детета. Само у крајњем случају може доћи до измене одлуке о вршењу родитељског права, а ако се интервенције једног родитеља могу проценити као злоупотребе права, нарочито када се овакве ситуације понављају, може се донети одлука о делимичном или потпуном лишењу родитеља родитељског права.

Сукоби родитеља у погледу три питања савршено илуструју и све друге, без обзира на начин вршења родитељских права. Наравно, спорова ће бити више у ситуацији када не живе заједно. То су питања везана за: заштиту здравља, школовање и идентитет и основна права детета.

а. Битне одлуке везане за здравље детета - По правилу, медицинска мера се може предузети само ако на то пристане пацијент.³³ Малолетни пацијенти, испод 15 година живота не могу, по правилу, самостално пристати на медицински третман већ то чине његови родитељи, као законски заступници. Довољан је пристанак једног родитеља ако је у

30 Вид. чл.78.ст.4. Породичног закона

31 Врховни суд Републике Србије је у једном ревизијском захтеву заузео супротно становиште да судска одлука не може заменити споразум родитеља. «По становишту Врховног суда, суд није овлашћен да уместо родитеља одлучује о пребивалишту малолетног детета или да доноси одлуке које замењују заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права – која утичу на живот мало-летног детета, као што је образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета или располагање имовином детета велике вредности, а превентивни и корективни надзор над вршењем родитељског права обавља орган старатељства а не суд». Решење Врховног суда Србије, Рев.2557/06 од 1.3.2007, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 2/2007, стр.38-39.

32 Према немачком праву у овом случају суд би могао препустити једном родитељу да сам донесе одлуку о спорном питању ако је то у најбољем интересу детета. Видети: F. Boulanger, *op.cit.*, стр.76.

33 Вид.чл.15. Закона о правима пацијената, „ Службени гласник РС “ број 45/13

питању уобичајена медицинска мера, као што је лечење бенигне инфекције, поправка зуба. Овакав статус има и сваки медицински третман који је обавезан (вакцинација) или је у питању наставак већ раније започетог третмана.

Међутим, одлуке у погледу неких медицинских мера могу бити уобичајене или битне зависно од контекста у коме се предузимају. Тако се у правној литератури наводи пример обрезивања дечака. То је уобичајено питање ако за то постоји медицинска потреба, али нема ту природу ако се ради о верском ритуалу.³⁴ И вакцинација може бити битна мера ако је необавезна.

У случају када лекар треба да предузме већи медицински захват према детету млађем од 15 година мора увек добити претходни пристанак од оба родитеља, без обзира да ли живе заједно са дететом или не. Дете старијег узраста способно за расуђивање може само пристати на предложену медицинску меру, под одређеним условима. Сагласност само једног родитеља приликом предузимања већег медицинског захвата ће се тражити најчешће у два случаја: ако само један од родитеља врши родитељско право (други је лишен или је нестао, умро), и други, ако хитност предузимања медицинске мере то налаже. Међутим и у овој ситуацији лекар није ослобођен обавезе да дете, водећи рачуна о његовим годинама и зрелости, буде укључено у доношење одлуке о пристанку на предложену медицинску меру.³⁵

б. Битне одлуке везане за идентитет и основна права детета- Овде спадају питања везана за име и пребивалиште детета. Име детета одређују његови родитељи. Само изузетно, поред осталог и када не могу да постигну споразум о томе, име детета ће одредити орган старатељства.³⁶ Овим се чини изузетак у праву РС будући да је познато да о правима одлучује суд, а не као у овом случају, орган старатељства.

Код промене пребивалишта треба правити разлику између промене пребивалишта детета унутар или изван државних граница.³⁷ Промена пребивалишта унутар граница изазива свакако мању пажњу и мање

34 У питању је став Француског Касационог суда из одлуке CA Toulouse, 7 nov. 2000, RG n° 1999/05839, наведене у: A. Gouttenoire, op.cit.

35 Члан 19.ст.2. Закона о правима пацијената.

36 Члан 344.ст.4. Породичног закона

37 Наведену разлику прави и Европска комисија за породично право у «Принципима европског права који се тичу родитељске одговорности» (Принцип 3:21). При томе се, у тачки три, овог принципа, наводе елементи које треба узети у обзир приликом доношења одлуке (године живота и мишљење детета, географску удаљеност и могућност посеђивања, итд).

проблема од овог другог случаја. Једно од питања које изазива највеће проблеме у пракси је питање напуштања државне територије и издавања пасоша детету. Основни проблем у овом случају је страх једног од родитеља да ће дете отићи са другим у иностранство и да се неће вратити по истеку боравка у тој другој држави. Страх се појачава у ситуацији када је један од родитеља страни држављанин. У овој ситуацији родитељ жели да контролише одвођење детета, условљавајући га својом претходном сагласношћу.

Према актуелном законодавству Републике Србије путна исправа за малолетно лице се издаје на захтев једног од родитеља уз писмену сагласност другог родитеља.³⁸ Уколико би, нпр., родитељ својом несагласношћу (ветом) безразложно онемогућавао дете да један део распуста проводи у иностранству или ради посете родбини која тамо живи, што је у складу са његовим најбољим интересом, то би могло довести до промене у вршењу родитељског права. Ако други родитељ докаже пред судом да се ради о злоупотреби то би могло довести и до лишења родитељског права.

Само се изузетно, ова исправа може издати и без сагласности другог родитеља, поред осталог, и у случају да је једном родитељу одлуком суда "додељено старатељство над малолетним лицем" или је одлуком суда дозвољено издавање путне исправе, осим у случају да истом одлуком суда издавање путне исправе и путовање малолетног лица у иностранство, није условљено сагласношћу оба родитеља.³⁹ Управо ове ситуације у пракси изазивају и највише дилема.

Прво, ако један родитељ врши родитељско право самостално мора са другим споразумно одлучивати о битним питањима за живот детета. Према изричитој законској одредби "промена пребивалишта" се наводи као једно од ових питања.⁴⁰ Међутим, према Закону о путним исправама када родитељ који врши сам родитељско право ("додељено му је старатељство") жели пресељење у другу државу са дететом довољан је његов захтев и није потребна сагласност другог родитеља, што значи да се третира као уобичајено питање. Позивајући се на наведену одредбу Породичног закона други родитељ би могао у овом случају тражити од суда да својом одлуком

38 Члан 29.ст.1. Закона о путним исправама, «Сл. гласник РС», бр. 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010 и 62/2014)

39 Закон о путним исправама, чл.29.ст.2.т.4.

40 Чл.78.ст.4. Породичног закона

услови издавање путне исправе његовом сагласношћу, под условом да она већ није издата. У овом случају се ради о тужби за заштиту права детета.⁴¹

Осим у овом, родитељ који не врши родитељско право ово може захтевати од суда и у другим случајевима, а не само када се ради о промени пребивалишта (нпр., када се путна исправа за дете захтева само ради одласка на летовање). У таквим ситуацијама други родитељ може тражити од суда да издавање путне исправе услови његовом сагласношћу ако успе да докаже постојање реалне опасности да ће дете бити задржано у иностранству. Страх од невраћања детета је реалан, пошто таквих ситуација има све више, а поступак његовог враћања регулисан Хашком конвенцијом често дуго траје и његов исход није увек изванредан.⁴² Суд ће у овом случају због околности у којима се одвођење одвија и усвојити захтев, ако родитељ докаже постојање наведене опасности што ово питање чини битним у конкретном случају. У супротном, суд ће одбити да решава ово питање. Међутим, у ситуацијама када је путна исправа за дете већ издата у нашем праву није предвиђен механизам за спречавање одвођења детета преко границе. Зато би у оваквим хитним случајевима требало предвидети издавање налога којим се привремено, до одлуке суда, спречава одвођење детета. Налог би могао издати надлежни орган МУП-а.

в. Битне одлуке везане за школовање детета - Упис детета у одређену школу по први пут, представља одлуку коју морају донети оба родитеља, без обзира да ли живе заједно са дететом или не. Избор у овом погледу између државне или приватне, као и упис у верску школу је битна одлука која у сваком погледу одређује будућност детета. Стога, ако наведену одлуку доносе само један од родитеља други може тражити од суда да се дете испише из наведене школе. Међутим, упис детета у наредни разред школе је свакодневна мера коју може предузети сваки од родитеља детета самостално.

У пракси сукоби родитеља најчешће настају у погледу верског образовања детета. Родитељи су слободни да дете верски образују, али такође и да не дају детету никакво религијско образовање. Ова слобода је нераздвојива од родитељског права и врши се сагласношћу оба родитеља. До сукоба родитеља долази нарочито у ситуацијама када један родитељ промени верско опредељење или приступи одређеној секти, што може бити извор тешкоћа у верском образовању детета.

41 Чл. 263. Породичног закона

42 Видети: З. Поњавић, Прекогранично одвођење деце у случају породичног насиља, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXII, Тематски број «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», 2012, стр. 219-233.

Уколико између родитеља дође до сукоба у погледу верског образовања детета морају се обратити суду да реши ово битно питање. Суд, као лаичка установа, мора поступати са становишта потпуне неутралности, посматрајући ово као фактичко битно питање. Иако није предвиђена могућност медијације суд мора настојати да о овом питању родитељи, ипак, постигну споразум. Али, ако до тога не може доћи поставља се питање на основу којих параметара ће суд решити настали проблем. Мора ли и може ли суд ову ствар пресећи нарочито онда када је избор верског образовања детета од стране једног родитеља довео у опасност интерес детета. Ово се нарочито дешава у ситуацији када један од родитеља приступио секти. Наравно, овим се никако не доводи у питање право тог родитеља да се на тај начин верски опредељује.

Према томе, хтео не хтео суд се може наћи у позицији да арбитражу у области верских опредељења грађана. У овом случају као једини критеријум има најбољи интерес детета и ниједну другу одредбу закона која би му указала на могуће решење проблема. У упоредном праву се као додатни параметар узима у обзир и ранија породична пракса.⁴³ Ако је у питању дете које се способно да формира своје мишљење, односно ако има више од 10 година живота, онда то може олакшати задатак суда. Наравно, ствар се чини сасвим извесном ако је дете стекло верско пунолетство, односно има 15 година.⁴⁴

43 Овим питањем се бавио и суд за људска права у Стразбуру још 1993. године. У питању је познати случај *Hoffmann c. Autriche*. У тренутку закључења брака аустријски брачни пар припадао је католичкој вероисповести. По рођењу двоје деце, мајка је приступила Јеховином Сведоцима. После тога брак је разведен. Решавајући питање поверавања деце аустријски суд је одлуку донео у корист оца. При томе је истакао да сама по себи припадност мајке секти није битна за ову одлуку већ чињеница да то може имати тешке последице на децу. Наиме, идеологија секте забрањује трансфузију крви, забрањује прославу уобичајених празника Божића, Нове године, што може довести до социјалне изолације деце у средини која све то упражњава. Коначно, ова одлука је готово са истом мотивацијом потврђена и од стране Врховног суда Аустрије. Међутим, мајка се жалила Суду за људска права у Стразбуру тврдећи да је лишена старања о деци само због својих религиозних убеђења и своје припадности Јеховиним сведоцима. Суд у Стразбуру је са пет против четири гласа одлучио да је повређен чл. 8. (право на приватни и породични живот) у комбинацији са чл. 14. Конвенције о заштити људских права и основних слобода.

44 Више о овом: З. Поњавић, *Право на верско образовање деце*, Зборник радова «Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе», Правни факултет Крагујевац, књ. III, стр. 201- 213.

Закључак

У породичном праву Републике Србије не прави се јасно разликовање свакодневних и битних питања из садржине родитељског права. Ово је потребно учинити са становишта заштите најбољих интереса детета, али и интереса родитеља и трећих лица.

Свакодневна питања споразумно решавају искључиво родитељи ако заједнички и споразумно врше родитељско право. Она чине срж родитељског права, па би њихово решавање од стране било ког државног органа битно нарушило његову аутономију. У овој ситуацији родитељи су једино позвани да врше процену најбољег интереса детета, или само један од њих који га самостално врши. У случају да сукоб између родитеља у вези неког свакодневног питања ескалира, када заједнички врше родитељско право, од суда се може тражити да донесе одлуку о промени вршења родитељског права, али не и решавање тог питања.

С друге стране, споразумно решавање битних питања за живот детета није увек везано за заједнички живот родитеља те њихово решавање од стране суда има смисла. Суд би могао у спору за заштиту права детета да врши процену најбољег интереса детета, ако родитељи о томе не могу постићи договор.

Резиме

У раду се најпре даје преглед правила за вршење родитељског права и констатује да његово заједничко и споразумно вршење постаје опште правило у породичном праву европских држава. Споразуми родитеља, најчешће прећутни, у погледу свакодневних питања из садржине родитељског права чине срж вршења родитељског права. Сукоби родитеља у погледу неког конкретног свакодневног питања не могу бити решени судском одлуком будући да су једино родитељи позвани да врше процену најбољих интереса детета. Тада би једино могла да се тражи промена начина вршења родитељског права. Изузетно, ако су у питању битна питања за живот детета тражи се изричит, најчешће писмени споразум родитеља, без обзира да ли родитељско право врше заједнички или самостално. У случају неслагања код битних питања за живот детета одлука родитеља може бити замењена одлуком суда, који врши процену најбољег интереса детета.

Нека од ових битних питања везаних за заштиту здравља, идентитет и школовање детета чине предмет разматрања на крају рада. Такође, истиче се потреба да се на нормативном плану појмовно уреди свакодневна и битна питања за живот детета. То налаже заштита најбољег интереса детета, родитеља а и интереса трећих лица.

Prof. Zoran Ponjavić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

The Legal Significance of Differentiating between the Common and Essential Issues within the Parental Right Framework

Summary

In the contemporary family law, the common and consensual exercise of the parental right has become a general rule, regardless of whether the parents live together or separately. Such a solution is considered to be in the best interest of children and parents alike. However, this solution does not exclude parental disputes in resolving different issues arising from their parental right. Yet, the question is whether the legislator has provided relevant mechanisms for resolving these disputes without the intervention of state authorities, which is not always desirable from the perspective of autonomous exercise of parental right. In this paper, the author endeavors to address this issue by focusing on the distinction between the common and essential issues within the parental right framework.

Key words: parental right, common and essential issues.

ЗАШТИТА ПРАВА ПОЈЕДИНАЦА ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ¹

Апстракт: Иако оснивачки уговори не помињу људска права нити садже њихов каталог, појединци нису лишени могућности заштите својих права и интереса занованих на праву Европске уније пред Судом правде. У случају да та права повреду институције Уније појединци имају право подношења следећих тужби Суду правде: тужбе за поништај, тужбе због пропуштања, тужбе за накнаду штете и тужбе у радним споровима. Њима треба придодати приговор незаконитости који није самостално правно средство, већ је везан за неку од директних тужби. Како поступци по овим тужбама отпочињу и у целини се одвијају и окончавају пред Судом правде, овај начин судске заштите назива се директним методом или механизмом заштите. У случају кршења права појединаца од стране држава чланица индивидуални субјекти се могу обраћати само националним правосудним органима, којима, пак, посредством поступка прибављања одлуке о претходном питању, на располагању стоји Суд правде Европске уније. Овај облик судске заштите права појединаца назива се посредним или индиректним механизмом, будући да поступак започиње и окончава се пред националним судом, док се обраћање Суду правде ради прибављања одлуке о претходном питању појављује само као посебан стадијум или међуфаза у том поступку.

Кључне речи: права појединаца, Суд правде, Европска унија, директне тужбе, тужбе службеника, приговор незаконитости, одлука о претходном питању, директни и индиректни механизам.

¹ Рад је резултат истраживања аутора на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ бр. 179046 који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Увод

Појединци и заштита њихових субјективних права нису били у првом плану када је осниван Суд правде Европских заједница. Установљен као правосудни орган међународних организација, овај Суд имао је првенствени задатак да се стара о поштовању и примени комунитарног права од стране држава чланица и органа Заједнице. Отуда оснивачки уговори, изузимајући неке ретке примере, не помињу субјективна права појединаца нити нуде колико-толико одређен каталог ових права².

Упркос одсуству таквих одредаба, појединци нису лишени могућности заштите својих права и интереса заснованих на праву Европске уније пред Судом правде. По речима самог Суда: „ Приватна лица...имају право на ефикасну судску заштиту права која им припадају у правном поретку Заједница и право на такву заштиту представља једно од општих правних начела које проистиче из заједничке уставне традиције држава чланица“³.

У случају да права појединаца повреду институције Уније оснивачки уговори су прописали конкретни механизам судске заштите⁴. Њега чини могућност подношења следећих врста тужби Суду правде Европске уније: тужбе за поништај, тужбе због пропуштања, тужбе за накнаду штете и тужбе службеника у радним споровима. Њима треба придодати приговор незаконитости који није самостално правно средство, већ је везан за неку од директних тужби. Како поступци по овим тужбама отпочињу и у целини се одвијају и окончавају пред Судом правде, овај начин судске заштите назива се директним методом или механизмом заштите.

Када је у питању повреда права појединаца од стране државе чланице, ту ствари на први поглед изгледају нешто другачије. Индивидуални субјекти се у овом случају ради заштите субјективних права могу обраћати само националним судским органима, којима, пак, посредством поступка прибављања одлуке о претходном питању, на располагању стоји Суд правде Европске уније. Овај облик судске заштите права појединаца назива се посредним или индиректним механизмом, будући да поступак започиње и окончава се пред националним судом, док се обраћање Суду правде ради прибављања одлуке о претходном питању појављује само као посебан стадијум или међуфаза у том поступку.

2 В.Кнежевић-Пређић, З.Радивојевић, Правосудна заштита права појединаца у Европској унији, *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Зборник радова (ур. З.Радивојевић), Правни факултет, Ниш, 2008, стр.107.

3 Случај C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) v. Council*, European Court Reports (даље: ECR), 2002, I-6677, para.39

4 Више о томе. М.Станивуковић, *Појединац пред Судом европских заједница*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 59 и даље.

2. Тужба за поништај

Тужба за поништај представља основни начин и средство у вршењу контроле законитости аката које доносе органи Уније. Према слову оснивачких уговора⁵, контроли законитости подлежу законодавни акти, акти Савета, Комисије и Европске централне банке, као и акти Европског парламента и Европског савета који су усвојени са циљем да производе правна дејства према трећим. Из контроле су, пак, изричито изузети акти који имају карактер препоруке и мишљења.

Право на тужбу за поништај (*locus standi*) има широк круг субјеката права Уније. У том погледу разликује се неколико категорија тужиоца⁶. Физичка и правна лица спадају у категорију тзв. непривилегованих или обичних тужиоца. Могућност ових лица да се појаве као тужиоци логична је последица или резултат овлашћења органа Уније да доносе одлуке које их непосредно обавезују. Међутим, њихово право на подношење тужбе за поништај трпи највећа ограничења.

Она се пре свега огледају у врсти аката чији се поништај може захтевати. Како је то у оснивачким уговорима речено, тужба се може поднети против акта који је њима упућен или који их непосредно и појединачно погађа, као и против регулаторних аката који их погађају непосредно, а не захтевају никакве мере имплементације. Актима којима се оснивају органи, тела и агенције Уније могу се предвидети посебни услови и начини за подизање тужби од стране физичких и правних лица против одлука тих органа, тела и агенција које производе правна дејства у односу на њих⁷.

Посебно ограничење представља услов да на страни физичког и правног лица постоји оправдан интерес за подношење тужбе. У случају када се тражи поништај акта који је упућен тужиоцу претпоставља се да је овај услов испуњен. Уколико се, пак, тужба подноси против акта чији

5 Члан 263 (ранији чл.230 Уговора о ЕЗ – даље: УЕЗ) Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ). Предмет ове тужбе могу бити и одлуке Савета гуверенера и Одбора директора Европске инвестиционе банке у складу са одредбом чл.271 (ранији чл.237 УЕЗ) УФЕУ.

6 У прву категорију спадају државе чланице, Савет, Комисија и Европски парламент (чл.263, став 2 УФЕУ). Ово су, како се обично каже, повлашћени или привилеговани тужиоци који могу затражити поништај сваке обавезне одлуке, без обзира о којој је врсти одлуке реч и ко је њен адресат. Европска централна банка, Рачуноводствени суд и Комитет региона (став 3 чл.263 УФЕУ) спадају у категорију полупривилегованих тужилаца којима је дато право на тужбу само против одлука других институција које задиру у њихову надлежност. Више о томе: З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, *Институције Европске уније*, Ниш, 2008, стр.160-161.

7 Члан 263, ставови 4 и 5 УФЕУ.

адресат није тужилац, биће потребно да докаже да га тај акт непосредно и појединачно погађа. Критеријум непосредног и појединачног интереса служи као заштита Суда правде од *actio popularis-a*. Стога физичка и правна лица као тужиоци доказују само објективну незаконитост оспореног акта, а не повреду њихових субјективних права⁸.

Захтев за непосредним дејством Суд је тумачио тако да акт у питању мора да има тренутно дејство по права и обавезе тужиоца, без посредовања или интервенције органа државе. У складу са тим сматра се да појединац није непосредно погођен актом који се не примењује аутоматски, већ је за његово спровођење потребно да држава донесе посебне мере или акте.⁹ Кад је реч о појединачном дејству, Суд је заузео став да тужилац мора доказати да га акт због одређених особина које има или чињеничног стања и порекла издваја у односу на сваку другу особу и самим тим делује на њега на исти начин као и на адресата.¹⁰ Од тог рестриктивног тумачења он је одступио у случајевима аката донетих у области конкуренције, државне помоћи и антидампинга, допуштајући да тужбу за поништај поднесу физичка и правна лица која су само учествовала у одређеном поступку.¹¹

Новину представља одредба Лисабонског уговора која допушта појединцима подношење тужбе за поништај против аката којих их погађају само непосредно, дакле без захтева за појединачно дејство, али под условом да је у питању акт регулаторног карактера која не захтева доношење никаквих мера имплементације. Ова одредба преузета је из неприхваћеног Уговора о уставу за Европу¹² у коме су се под актом који има карактер регулативе искључиво подразумевали незаконодавни акти, тј акти који нису донети у законодавном поступку. Остаје отворено питање да ли ће у будућој пракси Суд правде остати при оваквом рестриктивном тумачењу, или ће дозволити појединцима подношење тужбе за поништај и против регулатива које имају карактер законодавног акта, а не захтевају мере имплементације.

Рок за подношење тужбе је два месеца, а рачуна се, у зависности од околности, од објављивања акта, његовог саопштавања тужиоцу или

8 Z.Meškić, D.Samaržić, *Pravo Evropske unije*, Sarajevo, 2012, стр.434.

9 Случај 69/69, *Aclan Aluminium*, ECR, 1970, р.285.

10 Случај 25/62, *Plaumann*, ECR, 1963, pp.95 и 107.

11 Видети случајеве: 26/76 (*Metro*), ECR, 1977, р.1875; 169/84, (*COFAZ*), ECR, 1986, р.391; 50/00 (*Unión de Pequeños Agricultores-UPA v. Council*), ECR, 2002, р.1526; 239 и 275/82 (*Allied Cooperation v. Commission*), ECR, 1985, р.1005; C-358/89 (*Extramet industrie v. Council*), ECR, I, 1991, р.2501.

12 Члан III – 365 став 4 Уговора о уставу.

од дана када се он упознао са његовом садржином.¹³ Овако кратак рок прописан је из разлога заштите и обезбеђења правне сигурности. По истеку овог рока може се против општег акта који је усвојен од стране институције, органа, тела или агенције истаћи приговор незаконитости.¹⁴

Тужба за поништај нема суспензивно дејство. Ипак, Суду је дата могућност да одложи примену оспореног акта када нађе да околности то налажу.¹⁵ Разлог за обуставу извршења акта може да буде опасност од непоправљиве штете која би проистекла из његове примене.

Основи за поништење аката органа Уније, прописани оснивачким уговорима, су: а) недостатак надлежности; б) повреда битних правила поступка; в) повреда уговора или сваког другог правног прописа који се односи на његову примену; и г) злоупотреба овлашћења.¹⁶ Ови разлози су преузети из француског правног система¹⁷, мада у праву ЕУ имају особено значење.

Ако утврди да је тужба основана, Суд оглашава ништавим оспорени акт.¹⁸ Суд не може својом одлуком изменити или допунити поништени акт.¹⁹ Пресуда обавезује не само странке у поступку, већ делује *erga omnes*. У исто време, пресуда има повратно дејство, односно делује од момента доношења акта (*ex tunc*).²⁰ Тиме се успоставља стање које би постојало да такав акт никада није ни донет.

Суд може одлучити да поједина дејства акта који је поништен остану на снази, уколико је то неопходно²¹. Пре Лисабонског уговора ова могућност изричито је била везана само за регулативе²², али је Суд у пракси делимично поништавао и друге акате. Ово ограничење ретроактивног дејства пресуде

13 Члан 263, став 6 УФЕУ.

14 Члан 277 (ранији чл. 241 УЕЗ) УФЕУ.

15 Члан 278 (ранији чл. 242 УЕЗ) УФЕУ.

16 Члан 263, став 2 (ранији чл.230, став 2 УЕУ) УФЕУ.

17 Реч је о институтима: "*incompétence*", "*vice de forme*", "*violation de la loi*" и "*détournement de pouvoir*".

18 Члан 264, став 1 (ранији чл.231 УЕУ) УФЕУ.

19 Видети став Суда у случају C-428/988, *Deutsche Post Ag and IECC*, ECR, I, 200, p.3061.

20 K.Lenaerts, D.Arts, R.Bray, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006, p.133; Ph.Manin, *L'Union européenne: institutions-ordre juridique-contentieux*, Paris, 2005, p.436; Р.Вукадиновић, *Европска економска заједница: институције*, Београд, 1991, стр.115; З.Радивојевић-В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.163; N.Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo, 2007 str.527.

21 Члан 264, став 2 УФЕУ.

22 Став 2 чл.231 УЕЗ.

о поништају потребно је ради заштите правне сигурности субјеката права ЕУ.²³

Пресуда Суда обавезује органе који су донели поништени акт да предузму потребне мере ради њеног извршења.²⁴ Они су првенствено дужни да више не примењују акт у питању, као и да повуку или укину све друге акте донете на основу њега. Поред тога, органи имају обавезу да у разумном року донесу нови акт који неће садржати недостатке који су довели до ништавости. Неизвршење пресуде може да има за последицу одговорност органа Уније за накнаду штете.²⁵

3. Тужба због пропуштања

Тужба због пропуштања је правно средство које појединци могу користити у случају да органи, тела или агенције Уније који су оснивачким уговором обавезни да донесу неки акт пропусте да изврши ту своју обавезу. Тужбом се од Суда тражи да пропуштање органа да донесу одређени акт прогласи повредом оснивачког уговора.²⁶

За подношење ове врсте директне тужбе потребно је испуњење неколико услова. Пре свега тражи се да је пропуштање незаконито, односно да представља кршење оснивачког уговора. Уздржавање од деловања органа Уније није само по себи повреда уговора.²⁷ Пропуст се сматра незаконитим само ако је орган у питању био дужан да према уговору делује, па то није учинио. Уговор стога није прекршен када орган пропусти да делује у погледу нечега што није његова обавеза. То значи да се тужба због пропуштања не може подићи ако надлежни органи располажу правом слободне оцене или им је остављено дискреционо овлашћење у погледу одлучивања.²⁸

Други услов је да орган о чијем се пропусту ради није усвојио никакав став.²⁹ Свако заузимање јасног и одређеног становишта по питању уздржавања од деловања може да доведе до тога да се тужба због пропуштања сматра недопуштеном.³⁰ Том приликом није од значаја да ли је надлежни орган

23 Случај 45/86, *Commission v. Council*, ECR, 1987, p.1493.

24 Члан 266 (ранији чл. 233 УЕЗ) УФЕУ.

25 Члан 340, став 2 (ранији чл. 288, став 2 УЕЗ) УФЕУ.

26 Члан 265 (ранији чл. 232 УЕЗ) УФЕЗ.

27 Ph.Manin, *op.cit.*, p.443.

28 Случај 247/87, *Star Fruit Company*, ECR, 1989, p.291.

29 Видети став Суда у случају 48/65, *Lütticke v. Commission*, ECR, 1966, p.19.

30 Случај 125/78, *Gema*, ECR, 1979, p.3173.

потпуно или само делимично одбио да делује.³¹ У оба случаја реч је о тзв. негативној одлуци којом орган дефинише свој став да неће деловати на одређени начин.³² Такве одлуке представљају акте против којих се може поднети само тужба за поништај.³³

Последњи услов односи се на врсте аката због чијег се недоношења може подићи тужба. Реч је само о актима обавезујуће природе, јер би подношење тужбе поводом неусвајања акта који нису обавезујући представљало само непотребно коришћење процесних овлашћења.³⁴ Предмет тужбе због пропуштања заправо су исти они акти против којих се може поднети тужба за поништај.³⁵ У пракси се чак алтернативно подносе тужбени захтеви за поништај неког акта или утврђење да је дошло до пропуштања. Из тога је проистекло схватање да су ове две врсте тужби различити видови истог правног средства.³⁶ То становиште прихватио је и Суд правде као општи принцип³⁷, те се тужба због пропуштања појављује као алтернативно супсидијарно правно средство у односу на тужбу за поништај.

Сличност поступка који се покреће због пропуштања и поступка за поништај уочљива је и кад су у питању процесне странке. Ова тужба може се поднети против Парламента, Савета и Комисије. Лисабонски уговор томе је додао могућност да се као тужени појаве Европски савет, Европска централна банка и други органи, тела или агенције Уније.³⁸

Круг потенцијалних тужилаца у овом поступку, такође, је исти³⁹. Физичка и правна лица спадају у категорију непривилегованих тужилаца, јер се

31 Видети став Суда у случају 13/83, *European Parliament v. Council*, ECR, 1985, p.1513.

32 Више о теорији негативне одлуке: Т.Хартли *Osnovi prava Evropskih zajednica* (prevod), Београд 1998, стр.365-366; З.Радивојевић-В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.164-165. Суд је као општу доктрину прихватио становиште да негативни акти који су довољно јасни и прецизни представљају акте који се могу подврћи испитивању законитости под условом да се акт органа ЕЗ који је он одбио да усвоји може подврћи овом поступку (случај 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg V. High Authority*, ECR, 1961, p.1).

33 Видети случајеве 169/84 (*Cofaz*, ECR, 1986, p.391) и 191/82 (*Fediol*, ECR, 1983, p.2913).

34 А.Чавошки, А.Кнежевић-Бојовић, Д.Поповић, *Европски суд правде*, Београд, 2006, стр.91.

35 Пракса Суда подржава то решење. Видети, на пример, случај 15/70, *Chevalley v. Commission*, ECR, 1970, p.979.

36 Т.Хартли, *op.cit.*, стр.364; N.Misita, *op.cit.*, стр.530; М.Станивуковић, *op.cit.*, стр.78-79; Р.Вукадиновић, *op.cit.*, стр.116-117.

37 Случај 15/70, *Chevalley v. Commission*, ECR, 1970, p.975.

38 Члан 265, став 1 (ранији чл. 232 УЕЗ) УФЕУ.

39 Поред држава чланица, право на тужбу због пропуштања имају институције Уније, а то могу да буду Савет, Комисија, Европски парламент, Европски савет и Европска

од њих захтева да испуне посебне услове за подношење тужбе. Тачније речено, њихово право на тужбу двоструко је ограничено. У првом реду они морају да оправдају свој правни интрес, односно да докажу да је орган Уније пропустио да им упути неки правни акт. Други допунски услов је да се ради о акту Уније који није препорука и мишљење.⁴⁰

Доследно тумачење ових захтева упућује на закључак да је право на тужбу приватних субјеката ограничено само на случајеве недоношења одлука као појединачних и обавезујућих аката које су формално упућене управо њима. Они немају право да се обрате Суду уколико није усвојена регулатива као акт опште и нормативне природе, директива чији су адресати државе⁴¹, али и одлуке Комисије у вези са покретањем поступка због повреде оснивачког уговора⁴². С друге стране, физичким и правним лицима ускраћена је могућност подношења тужбе због пропуста да се донесе одлука упућена трећем лицу. Тај став потврђен је у пракси Суда који тужбу због пропуштања сматра допуштеном само када се ради о мери коју тужилац има право да тражи, тј. када је тужилац потенцијални адресат одлуке.⁴³ У неким каснијим одлукама из области конкуренције Суд је ипак оставио могућност подизања тужбе због недоношења одлуке коју је требало упутити неком трећем лицу, а која непосредно и појединачно погађа тужиоца.⁴⁴ Становиште да појединац под истим условима који постоје код тужбе за поништај може поднети тужбу због пропуштања Суд је образложио тиме што правна заштита физичких и правних лица не може да зависи од чињенице да ли је орган ЕУ деловао или није⁴⁵.

Главну особеност тужбе због пропуштања у односу на тужбу за поништај представља посебна процедура која претходи обраћању Суду. Пре него што покрене поступак пред Судом тужилац је дужан да упути формални захтев надлежном органу Уније да одређену меру усвоји. Тако се овом органу пружа прилика да сам исправи свој пропуст.⁴⁶ У овом захтеву се морају

централна банка (став 1 чл.265 УФЕУ). Они су и овде привилеговани тужиоци и не морају да доказују посебан интерес за подношење тужбе. Суд правде се не би могао појавити у улози тужиоца сходно начелу *nemo iudex in re sua*.

40 Члан 265, став 3 (ранији чл.232, став 3 УЕЗ) УФЕУ.

41 Видети став Суда у случају C-90/78 (*Gramania BV v. Council and Commission*), ECR, 1979, p.1093. У овом смислу и став општег правобраниоца Roemera у случају 42/71 (*Norgetreude v. Commission*), ECR, 1972, p.116.

42 Случај C-72/90 (*Asia Motor France v. Commission*), ECR, I, 1990, p.2181, para.1.

43 Случај C-246/81 (*Lord Bethell v. Commission*), ECR, 1982, p.2277.

44 Видети случај T-95/96 (*Gestelevision Telecinco v. Commission*), ECR, II, 1998, p.3407.

45 Више о томе: Z.Meškić, D.Samardžić, *op.cit.*, стр.440-441.

46 E.Drears, S.Hargreavs, *European Union Law Textbook*, Oxford, 2004, p.149.

јасно навести мере чије се предузимање тражи. То је значајно, будући да се тужба може односити само на мере које је тужилац захтевао од органа.

Орган који је у питању има рок од два месеца да усвоји мере по захтеву. Тек ако у том периоду не предузме мере, отвара се могућност подношења тужбе Суду у наредних два месеца.⁴⁷ Овде се заправо ради о два двомесечна рока: првом унутар кога орган треба да делује и другом у оквиру кога се заинтересовани субјект може обратити Суду. Уколико се догоди да орган усвоју тражену меру после подношења тужбе, али пре доношења коначне одлуке, поступак би био обустављен, јер је тужбени захтев постао беспредметан.⁴⁸ Према схватању Суда његова одлука у том случају не би имала никакво дејство на орган чији је пропуст доведен у питање.⁴⁹

Суд није овлашћен да својом пресудом сам усвоји акт који је тужени пропустио да донесе. Он само може да уздржавање од деловања прогласи за повреду уговора. У овом случају реч је о декларативној пресуди којом се констатује да је својим пропуштањем неки орган ЕУ прекршио уговор.⁵⁰ Међутим, орган или органи чије је уздржавање проглашено супротним уговору, обавезни су да донесу мере ради извршења одлуке Суда. Уколико је, као последица пропуста Уније, тужилац претрпео штету, он има право да покрене поступак за накнаду штете пред Судом.⁵¹ Поред пресуде којом се утврђује да је орган Уније својим пропуштањем повредио уговор, за то је потребно подношење посебне тужбе за накнаду штете.

4. Тужба за накнаду штете

Тужба за накнаду штете подноси се по основу вануговорне или деликтне одговорности Уније. Овом тужбом даје се право сваком физичком или правном лицу да захтева накнаду штете коју су прозуроковали органи ЕУ или њени службеници у вршењу својих дужности. Она представља самостално правно средство, те није условљена претходним подизањем тужбе за поништај или тужбе због пропуштања. Тако ова тужба употпуњује систем судске заштите јер даје могућност појединцима да и у случајевима када немају легитимацију за њихово подношење захтевају накнаду штете.

47 Члан 265, став 2 УФЕУ.

48 Случај Т-28/90, (*Asia Motor France*), ECR, II, 1992, p.1062.

49 Случај 377/87 (*Parliament v. Council*), ECR, 1988, p.4017.

50 У овом смислу: З.Радивојевић-В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.167; Р.Вукадиновић, *op.cit.*, стр.117; D.Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, 1997, p.373.

51 Чланови 266, став 2 и 340 (ранији чл.233 и 288УЕЗ) УФЕУ.

За одлучивање у споровима о накнади штете по основу вануговорне одговорности Уније искључиво је надлежан Суд правде.⁵²

Постојање вануговорне одговорности Уније претпоставља испуњење неколико општих услова. Њих је самостално, ослањајући се на национална права држава чланица, формулисао Суд у низу случајева⁵³ и они морају да постоје кумулативно. Ови услови обухватају: а) противправно понашање Уније и њених органа и службеника; б) постојање штете; и в) узрочно-последичну везу између понашања Уније и настанка штете

Вануговорна одговорност произилази из понашања органа Уније које је довело до наступања штете. За проузроковану штету могу бити одговорни сви главни органи или институције Уније. Оснивачки уговори изричито предвиђају и одговорност Европске централне банке и њених службеника⁵⁴, будући да ова Банка делује само за државе чија је валута евро, а не за све државе чланице⁵⁵

Пошто органи раде преко службеника, Унија одговара за радње и пропусте службеника у вршењу својих дужности. Услов за одговорност је да такво понашање службеника буде у непосредној вези са вршењем службе, тј. да представља неопходан продужетак задатака поверених органу у коме је службеник ангажован.⁵⁶ За штете које су проузроковали службеници изван обављања функције искључиво су надлежни национални судови.⁵⁷

Одговорност Уније за нормативну делатност органа представља посебан проблем. У овом случају реч је о штети насталој због усвајања или пропуста у доношењу општег правног акта (регулативе, директиве или другог нормативног акта). Нормативна одговорност Уније подвргнута је строжијем режиму и подразумева испуњење још неких допунских услова. Ти услови су: а) да је дошло до повреде норме више правне снаге; б) да се норма односи на заштиту појединаца; и в) да је повреда довољно озбиљна и тешка.⁵⁸

52 Чланови 268 (ранији чл. 235 УЕЗ) и 340 (ранији чл.288 УЕЗ) УФЕУ.

53 Видети посебно случај 4/69 (*Lütticke III*, ECR, 1971, p.325) и случај C-200/89 (*FUNOC v. Commission*, ECR, 1990, p.3669).

54 Члан 340, став 3 УФЕУ.

55 У овом смислу: Z.Meškić, D.Samardžić, *op.cit.*, стр. 405.

56 У случају 9/69 (*Sayag II*, ECR, 1969, p.336) Суд није прихватио одговорност Заједнице за штету коју је проузроковао њен службеник возећи приватни аутомобил, који је користио за обављање службеног задатка, зато што се овај задатак могао обавити на други начин. Више о томе: Ph.Manin, *op.cit.*, p.452; N.Misita, *op.cit.*, стр.578-579.

57 D.Simon, *op.cit.*, p.392.

58 Ове услове Суд је први пут формулисао у случају 5/71 (*Altien-Zyckerfabrik Schöppenstedt*, ECR, 1971, p.975), па се отуда говори о *Schöppenstedt* формули (Т.Hartley, *op.cit.*, стр.450).

У погледу постојања штете као друге претпоставке за постојање одговорности право ЕУ се углавном ослања на коришћење аналогije са националним правним системима. Претрпљена штета мора да буде стварна и извесна. Постојање и висину штете треба да докаже тужилац. Износ штете не мора се одредити у моменту подизања тужбе, али мора бити одредив.⁵⁹

Последњи услов за одговорност Уније је постојање узрочно-последичне везе између понашања њених органа и службеника и настале штете. Терет доказивања каузалне везе пада на тужиоца.⁶⁰ Ова веза може бити прекинута када је штета проузрокована актом државног органа који располаже широким дискреционим овлашћењима у примени права ЕУ.⁶¹ Међутим, сматра се да узрочна веза није прекинута уколико је национални орган усвојио спорни акт поступајући по везаној надлежности. До прекида узрочности може доћи и када је сам оштећени својим понашањем допринео настанку штете или није предузео мере да спречи даљу штету.⁶² У том случају постоји могућност да се висина накнаде смањи или да се Унија потпуно ослободи од одговорности.

Тужбу за накнаду штете може поднети свако физичко и правно лице које сматра да му је понашањем органа или службеника Уније причињена штета. Притом се не захтева да тужилац буде грађанин ЕУ, односно држављанин неке од држава чланица.⁶³ За разлику од других врста тужби, овде се не тражи ни испуњење допунских услова на страни физичких и правних лица као тужиоца. У досадашњој пракси највећи број тужби потицао је од приватних лица.⁶⁴ За те тужбе стварно је надлежан Општи суд.

Рок за подношење тужбе је пет година и рачуна се од дана када је наступио догађај на коме се одговорност заснива.⁶⁵ Овај рок се прекида ако оштећено

59 Видети став Суда у случају 5,7, и 13-24/66 (*Kampffmeyer v. Commission*), ECR, 1967, p.245.

60 Случај 40/75, *Prodyits Bertrand*, ECR, I, 1976.

61 У овом смислу: D.Simon, *op.cit.*, p.606; M.C.Bergeres, *Contentieux communautaire*, Paris, 1998, pp.297-298.

62 Случај 36/62, *Acieries dy Temple*, ECR, I, 1963, pp.289, 296.

63 Видети став Суда у случају 119/77 (*Nippon Seiko*, ECR, 1979, p.1303) и 239 и 257/82 (*Alied Corporation*, ECR, 1984, p.1005).

64 М.Станивуковић, *op.cit.*, стр.107.

65 Овај рок није предвиђен чл. 268 и 340 УФЕУ, већ у чл. 46 Статута Суда који прописује да право на накнаду штете по основу вануговорне одговорности застарева у року од пет година, рачунајући од наступања догађаја на коме се заснива захтев за накнаду. Мада се у овом члану говори о застарелости, Суд стоји на становишту да је у питању преклузивни рок и испитује га по службеној дужности приликом разматрања допуштености тужбе за накнаду (видети случај: T-140/04, *Advisbyreay Ehcon BV v.*

лице поднесе захтев за накнаду штете органу Уније који је проузроковао штету. Уколико се орган не изјасни о захтеву или одбије да надокнади штету, подносилац има додатни рок од два месеца за покретање поступка пред Судом.⁶⁶

Тужбом се од Суда може тражити да досуди одређени износ накнаде у новцу или да само утврди постојање штете и одговорност Уније. У овом другом случају Суд доноси међупресуду којом утврђује одговорност и обавезу Уније да тужиоцу надокнади штету.⁶⁷ Међупресудом се не одређује тачан износ штете, већ се препушта странкама да то питање споразумно реше. Уколико се у одређеном року не постигне споразум, свака странка доставља Суду сопствену процену износа претрељене штете. Суд тада доноси коначну пресуду којом одређује износ штете коју треба надокнадити.⁶⁸ На досуђени износ накнаде тужилац има право на камату рачунајући од датума пресуде којом је утврђена одговорност Уније. Камата се одређује по стопи која је у складу са преовлађујућом каматном стопом на тржишту, осим ако сам тужилац није затражио нижу каматну стопу.⁶⁹

5. Тужбе службеника у радним споровима

Тужбе службеника у радним споровима представљају још један вид непосредне судске заштите субјективних права појединаца у ЕУ⁷⁰. Предмет тужбе могу бити различите појединачне одлуке у вези са пријемом,

Commission, ECR II, 2005, p.3287, para.48). Рок почиње да тече када су испуњени сви услови за накнаду штете и када је она конкретизована, те када је тужилац за штетни догађај знао или морао знати (видети случај: 145/83, *Stenly George Adams v. Commission*, ECR, 1985, p.3539, paras 50 and seq.).

66 Сагласно чл.263 (ранији чл.230 УЕЗ) УФЕУ.

67 Према ставу Суда услов за доношење међупресуде је да ће штета ускоро наступити и да се она може предвидети са довољно сигурности.. Видети случај: 60/74, *Kampffmeyer v. Council and Commission*, ECR, 1976, p.711.

68 H.G.Schermers, D.F.Wealbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, London, New York, 2001, p.568.

69 Више о томе: К.Р.Е.Lasok, Т.Millet, *Judicial Control in the European Union: Procedures and Principles*, Richmond, 2004, p.95.

70 Ова врста надлежности Суда правде уведена је под утицајем француског управног права које судску контролу радноправног положаја високих државних службеника поверава Државном савету (*Conseil d'Etat*) као највишем управном суду. Насупрот томе, британски модел државне управе се заснива на вансудском решавању службеничких спорова. Видети: L.Brown, N.Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 2000, p.197.

поступком запошљавања, унапређењима, премештајем, дисциплинским казнама, пензионисањем, платама, пензијама и другим накнадама. Ово је једина тужба пред Судом коју подносе искључиво физичка лица. Суд правде стоји на становишту да правна лица, као што су синдикати или друга удружења која заступају интересе службеника, немају активну легитимацију у овом поступку⁷¹. Њима на располагању стоје друге директне тужбе, као што су тужба за поништај или тужба за накнаду штете. Уз то, они се могу појавити као умешачи на страни физичког лица које је поднело тужбу⁷². Овакав став Суд је заузео тумачећи релевантне прописе⁷³ Уније који ову тужбу третирају као правно средство искључиво намењено заштити конкретног службеника, а не колективних интереса одређеног броја лица.

Надлежност Суда у службеничким споровима до сада је више пута мењана. Последња измена извршена је оснивањем Службеничког трибунала који је основан 2004. године⁷⁴, а у чију су надлежност пренети сви службенички спорови⁷⁵, док је Општи (ранији Првостепени) суд постао надлежан да одлучује по жалбама поднетим против одлука овог Трибунала. Коначне одлуке које донесе Општи суд могу изузетно бити предмет преиспитивања од стране Суда правде под условом да постоји озбиљна опасност по јединство или усклађеност права Уније⁷⁶.

Право на подношење ове врсте тужбе имају две категорије службеника запослених у органима Европске уније. У првој се налазе званичници

71 Видети случајеве: 175/73 (*Union Syndicale and Others v. Council*, ECR, 1974, 914, para.19); 18/74 (*Syndicat Général du Personnel des Organismes Européens v. Commission*, ECR, 1974, 933, para.15); 193 and 194/87 (*Maurissen and European Public Service Union v. Court of Auditors*, ECR, 1989, 1045, para.29).

72 Сагласно члану 40, став 2 Статута Суда. За пример мешања синдиката на страни службеника видети случај: T-84/91, *Meskens v. European Parliament*, ECR, 1992 II-1565, para. 9.

73 Члан 270 УФЕУ и члан 91 Регулative о службеницима званичницима и Услови запошљавања осталих службеника (*Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment Other Servants No 259/68*) која је у изворном облику донета 29. фебруара 1968. године (*Official Journal*-даље: OJ.- Спеc. Ed. I, 30) и до сада више пута мењана и допуњавана; последња измена 29. октобра 2013. године (OJ L 287/15).

74 Одлука Савета од 2. новембра 2004. године (OJ L 333/9-11). Трибунал је почео са радом 2005. године на основу одлука Савета од 18. јануара о пословнику Комитета формираног на основу чл.3 Анекса I (OJ L 21/13, 25.1.2005) и од 22. јула о постављењу судија Службеничког трибунала (OJ L 197/28-29, 28.7.2005)

75 Одмах након оснивања Првостепени суд је уступио око 100 предмета Службеничком трибуналу. Видети одлуку Првостепеног суда од 11. марта 2006. године (OJ C 60/34 EN).

76 Члан 256, став 2 УФЕУ.

или функционери чији су положај, права и обавезе регулисани посебном Регулативом о службеницима. Према слову ове Регулативе званичницима се сматрају службеници који су писменим решењем овлашћеног лица примљени у радни однос на неко радно место у једном од органа Уније⁷⁷. Другу категорију активно легитимисаних чине остали службеници чији је радноправни положај регулисан посебним актом под називом Услови запошљавања. Ови службеници се запошљавају на основу уговора за обављање одређених послова док постоји потреба за њиховим ангажовањем⁷⁸. Без обзира на ове разлике, Суд правде надлежан је да одлучује како у радним споровима званичника, тако и осталих службеника. Изузетак представљају чланови локалног особља запослени на пословима и дужностима изван Уније за чије су спорове надлежни домаћи судови у складу са важећим националним приписима или арбитража уколико је предвиђена уговорима о раду⁷⁹.

Круг активно легитимисаних лица Суд је у пракси знатно проширио настојећи да ово средство конкретне правне заштите појединаца учини доступнијим и делотворнијим. Тако је поред лица која су засновала радни однос у неком од органа ЕУ, право на тужбу признао кандидатима за одређена радна места⁸⁰, пензионисаним функционерима, њиховим наследницима и другим лицима која траже признавање одређених права иако се формално не сматрају званичницима⁸¹. Суд се чак сматрао надлежним да одлучује по тужбама које подносе његови запослени одступајући тако од начела *neto iudex in causa sua*⁸².

Допуштеност тужбе у службеничким споровима претпоставља испуњење неколико услова. Пре свега, подношењу тужбе претходи посебан, двостепени административни поступак који се спроводи у оквиру институције Уније⁸³. Незадовољни службеник, наиме, мора да прво упути

77 Члан 1а и 91 Регулативе о службеницима званичницима.

78 Чланови 46, 73, 117 и 124 Услови запошљавања осталих службеника.

79 Члан 122 Услови запошљавања осталих службеника. У погледу надлежности судова и меродавног права за спорове чланова локалног особља видети случај C-165/01 (*Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich*), ECR, 2003, I-7683.

80 Видети случајеве 130/86 (*Dy Besset*), ECR, 1986, 2619, para.7 и 81-88/74 (*Marenco v. Commission*) ECR, 1975, p.1247.

81 Видети случајеве 18/70 (*Duraffour v. Council*), ECR, 1971, 515; 24/71 (*Meinherdt v. Commission*), ECR, 1972, 269, para.2; 75 i 117/82 (*Razzouk and Beydoun v. Commission*), ECR, 1984, 1509; T-65/92 (*Arauxo-Dumay v. Commission*), ECR, 1993, II-597 и T-177/94 (*Altman*), ECR, 1994, II-1245.

82 Видети случај 2/80, *Dautzenberg v. Court of Justice*, ECR, 1980, 3107. Више о томе: N.L.Brown, T.Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 2000, p.195.

83 Члан 90, став 2 Регулативе о службеницима званичницима.

притужбу или захтев надлежном органу или телу. Сврха овог обраћања је да се радни спор реши мирним путем без укључивања правосудних институција Уније. Надлежни орган или тело има рок од четири месеца да одлучи о поднетој притужби или захтеву службеника. Уколико се у овом периоду орган не огласи сматра се да је захтев одбијен, односно негативно решен. Након тога незадовољни службеник може да поднесе жалбу другостепеном органу у оквиру институције у року од три месеца. Орган надлежан за жалбе има, такође, на располагању рок од четири месеца да донесе коначну одлуку. Као и у претходном случају, неоглашавање жалбеног тела у овом року сматра се одбијањем жалбе.

Службеник који није задовољан донетом одлуком или њеним изостанком стиче право да се обрати Суду. Рок за подношење тужбе је три месеца⁸⁴. Изузетак су случајеви када се од Суда тражи обустављање извршења акта институције или доношење привремене мере. Тада службеник може поднети тужбу не чекајући истек рока за одговор надлежног органа. Суд ће у овом случају застати са поступком у главној ствари док орган не одлучи о жалби⁸⁵.

Други услов допуштености тужбе установљен је у пракси и тиче се идентичности захтева у административном и судском поступку. Став је Суда да између жалбе и тужбе мора постојати паралелизам у погледу меритума, тако да предмет спора може да буде само оно што је службеник већ тражио од надлежног органа или тела⁸⁶. На овај начин циљ и садржина захтева који је претходно упућен унутар институције одређују оквир потоњег тужбеног захтева. Суд, ипак, није инсистирао на потпуној истоветности ових поднесака, већ је сматрао довољним да између њих постоји тесна веза⁸⁷. У складу са оваквим флексибилним приступом допуштао је да се у тужби наведу нови или допунски захтеви под условом да се њима не мења суштина и основ претходне жалбе⁸⁸.

Последњи услов допуштености тужбе своди се на захтев да оспорени акт има непосредно неповољно дејство у односу на заинтересованог субјекта, тј. по његове интересе. Сматра се да је критеријум неповољног дејства

84 Члан 91, став 3 Регулative

85 Члан, став 4.

86 Видети случај T-134/89, *Hettrich and Others v. Commission*, ECR, 1990, II-565, para.16.

87 Видети случајеве 133/88 (*Del Amo Martinez v. European Parliament*), ECR, 1989, 689, para.10; T-57/89 (*Alexandrakis v. Commission*), ECR, 1990, II-103; T-2/90 (*Ferreira de Freitas v. Commission*), ECR, 1991, II-103; T-312/02 (*Gussetti v. Commission*), ECR.-SC II-547.

88 Видети случајеве 54/77, *Herples v. Commission*, ECR, 1978, 585 i 224/87, *Koutchoumoff v. Commission*, ECR, 1989, 99.

испуњен уколико акт у питању негативно утиче на правни положај тужиоца. Том приликом Суд је непосредно и појединачно правно дејство акта оцењивао на сличан начин као и код директне тужбе за поништај⁸⁹. Сам тужилац мора да има лични интерес да његов тужбени захтев буде усвојен. Интерес службеника огледа у предности коју би он остварио уколико Суд својом пресудом поништи оспорени акт. Тај интерес мора да буде конкретан, легитиман и садашњи, а не будући или хипотетички⁹⁰.

Суд ће одбацити тужбу службеника као недопуштену ако нађе да неки од ових услова није испуњен. Уколико то није случај прелази на разматрање спора у меритуму и том приликом може својом одлуком тужбу одбити као неосновану или пресудити у корист службеника и поништити одлуку која је предмет спора. Поред тога, може се досудити накнада материјалне или нематеријалне штете, заједно са одговарајућим каматама, када је у конкретном случају то оправдано⁹¹. Суд није овлашћен да одлучи уместо институције чији је акт поништен, али има право да јој укаже на мере које треба преузети у циљу извршења његове пресуде⁹².

6. Приговор незаконитости

Приговор незаконитости не представља самостално правно средство које стоји на располагању појединцима. Овде је реч о могућности да се у оквиру главног поступка који се по неком основу већ води пред Судом правде или Општим судом оспори законитост правног акта органа Уније који сам није предмет спора, али је од значаја за исход поступка. У овом случају питање законитости акта Уније са поставља само онда када одлука Суда о меритуму зависи од његовог претходног решавања. Тако се истицањем приговора незаконитости иницира посебна врста споредног поступка пред Судом⁹³.

89 Више о томе: K.Lenaerts, D.Arts, I.Maselis, *op.cit.*, pp.475-476.

90 Видети случајеве: 17/78 (*Deshormes v. Commission*), ECR, 1979, 189; T-119/89 (*Teissonnière v. Commission*), ECR, 1990, II-7; T-159/98 (*Torre v. Commission*), ECR, 2001, II-395; T-147/04 (*Ross v. Commission*), ECR, 2005, II-771. Више о томе: G.Isaac, M.Blanquet, *Droit générale de l'Union européenne*, Paris, 2012, p.630.

91 У једном од првих службеничких спорова (7/56 и 3-7/57, *Algera and Others v. Assembly*, ECR, 1957 and 1958, 39) Суд је досудио обавезу Заједнице да на име нематеријалне штете тужиоцу исплати симболичних 50 италијанских лира.

92 Видети случајеве: 225/82 (*Vetzyck v. Commission*), ECR, 1983, 1991; T-37/89 (*Hanning v. European Parliament*), ECR, 1990, II-463; T-73/89 (*Barbi v. Commission*), ECR, 1990, II-619; T-588/93 (*G v. Commission*), ECR.-SC, 1994, II-875

93 K.Lenaerts, D.Arts, I.Maselis, *op.cit.*, pp.342-343; З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.207-211; З.Радивојевић, Споредни поступци пред Судом правде Европске

Разлози за коришћење приговора незаконитости се углавном везују за потребу отклањања недостатака система непосредног оспоравања ваљаности аката институција ЕУ путем тужбе за поништај. На једној страни рокови за подношење ове тужбе су веома кратки, па је сасвим могуће да се у том временском периоду незаконитост неког акта не уочи. Уз то, појединци као непривилеговани тужиоци немају право да траже поништај незаконитих аката институција ЕУ ако им нису непосредно упућени или се на њих појединачно и директно не односе. Тада постоји реална опасност да се акт, који се због истека прописаног рока више не може нападати, примени на штету појединаца иако они због недостатка процесне легитимације нису никада имали прилику да оспоре његову ваљаност. Основна сврха приговора незаконитости је да се управо појединцима омогући да накнадно у неком другом поступку заштите своје интересе, тако што ће исходити судску одлуку којом се констатује да оспорени акт не може произвести негативна дејства у односу на њих, тј. којом се одбија његова примена⁹⁴.

Приговор незаконитости се подноси у поступку који је покренут директном тужбом пред Судом правде или Општим судом. Најчешће се користи у поступку који се води по тужби за поништај одређеног акта институције Уније. Том приликом странке које траже његово поништење узредно оспоравају и законитост неког другог правног аката на основу кога је он донет. Према ставу Суда правде то је „израз општег начела којим се свакој страни у поступку даје право да у циљу поништаја одлуке која је од непосредног и појединачног интереса за ту странку, постави питање законитости аката институција Заједнице који представљају правни основ оспорене одлуке, а које странка није могла да оспорава ... јер није била овлашћена да поднесе директну тужбу“⁹⁵.

Право на истицање приговора незаконитости појединци имају и у другим поступцима по директним тужбама. Тако тужилац може поднети овај приговор у поступку који се води по тужби због пропуштања институције ЕУ да донесе акт Поред тога, приговор незаконитости могућ је у радним споровима између службеника и органа Уније пред Службеничким трибуналом.

уније, Правни живот, 2013, бр.12, Том IV, стр.310. Овај вид контроле преузет је из француског управног права у коме је познат као *exception d'illégalité*. Видети: N.L.Brown, T.Kennedy, *op.cit.*, p.162.

94 Више о томе: P.Craig, G. de Burca, *European Union Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, p.572; О.Рачић, Надлежност Европског суда правде, Европско законодавство, 2002, стр.83; H.Schermers, D.F.Waelbroeck, *op.cit.*, p.486;

95 Случај 92/78, *Simmenthal v. Commission*, ECR, 1979, p.777, para.39.

Према слову оснивачког уговора, приговором се може оспоравати акт опште примене који је усвојила институција, орган, тело или агенција Уније⁹⁶. Међутим, Суд је ову одредбу у пракси широко тумачио допуштајући могућност оспоравања и других аката донетих од стране неке институције, органа или тела Уније. Од одлучујућег значаја за коришћење приговора незаконитости није, дакле, била форма акта чија се законитост оспорава⁹⁷. Премет приговора незаконитости практично може да буде било који правни акт Уније опште природе.

Насупрот томе, одлуке као појединачни акти не могу се приговором оспоравати. Суд је тим поводом заузео јасан став да би било супротно начелу правне сигурности допустити појединцима да истичу приговор незаконитости против одлука које су им упућене уколико пре тога нису у предвиђеном року поднели тужбу за поништај те исте одлуке. Изузетак представљају случајеви оспоравања одлуке која има очигледне мане или када је код странака постојала разумна сумња у погледу допуштености тужбе за поништај⁹⁸.

Из оснивачког уговора произилази да приговор незаконитости може да поднесе „свака странка“ у поступку који се пред Судом води по неком другом основу. Право на приговор првенствено имају физичка и правна лица, док су у погледу права држава и институција ЕУ да се користе овим приговором мишљења подељена у теорији и пракси⁹⁹.

96 Члан 277 УФЕУ.

97 Видети став Суда правде и Првостепеног суда у случајевима: *Wohrman* (33/62, ECR, 1962, p.965); *Simmenthal* (92/78, ECR, 1979, p.777, para.39-41); *First University of Hamburg* (216/82, ECR, 1983, p.2787, para.10); *Reinarz* (T-6/92 и T-52/92, ECR, 1993, II, p.1072, para.56); *Second PVC Case* (T-305/94, ECR, 1999, II, p.931).

98 Видети случајеве: *Commission v. Belgium* (156/77, ECR, 1978, p.1881, para.20); *Commission v. Greece* (223/87, ECR, 1988, p.3611, para.16); *Schintgen v. Commission* (T-343/02, ECR, 2004, II, p.605, para.26).

99 Док један део доктрине сматра да приговор незаконитости стоји на располагању и државама чланицама, друга група писаца заступа став да оне као привилеговани тужиоци немају такво овлашћење по истеку двомесечног рока за подношење тужбе (за преглед ставова у доктрини: K.Lenaerts, D.Arts, I.Maselis, *op.cit.*, p.346, белешке 756-757). Практика Суда правде не даје поуздан одговор на ову недоумицу пошто је у једном случају он прећутно прихватио могућност истицања приговора (случај 32/65 *Group Exemptioun Regulatuon, Italy v. Commission and Council*, ECR, 1966, p.389), док је у другом одлучио да држава не може користити приговор (случај 156/77 *Commission v. Belgium*, ECR, 1978, p.1881). Што се тиче права институција Уније да истакну приговор у теорији преовлађује став да њима такву могућност не треба допустити (А.Чавошки, А.Кнежевић-Бојовић, Д.Поповић, *op.cit.*, стр.82), али је Суд у једној пресуди прихватио као допуштен приговор који је поднела Европска централна банка против регулативе

За истицање приговора незаконитости није прописан никакав посебан рок. У сваком случају мора се поднети већ у првом поднеску тужиоца или одговору туженог. Приговор поднет по први пут у реплици тужиоца или дуплици туженога сматраће се неприхватљивим и биће одбачен¹⁰⁰. Основи за оспоравање незаконитости исти су као и код тужбе за поништај: ненадлежност органа који је акт донео, повреде правила поступка приликом одлучивања, повреде оснивачких уговора ЕУ и сваког другог прописа који се односи на њихову примену и злоупотреба овлашћења¹⁰¹.

Поводом приговора незаконитости не доноси се посебна судска одлука. Уколико се он усвоји, Суд не поништава оспорени акт, најчешће регулативу, већ само констатује да се не може применити у конкретном случају. Одлука која је донета на основу такве регулативе постаје акт без правног основа и мора се поништити¹⁰². Међутим, сама регулатива остаје на снази, као и све друге одлуке које су на њој засноване. Она ће важити све док не буде поништена у посебно прописаном судском поступку или док регулативу не повуче институција која је донела¹⁰³.

7. Прибављање одлуке о претходном питању

Прибављање одлуке о претходном питању представља само посебан стадијум или међуфазу у поступцима између појединаца који започињу и воде се пред националним судом. У овом случају национални суд застаје са поступком и питање везано за примену и тумачење комунитарног права које је неопходно ради доношења пресуде у предмету који решава упућује Суду правде¹⁰⁴. Тумачење Суда, које се даје у форми пресуде, затим се враћа националном суду који примењује право на конкретне околности случаја и доноси пресуду¹⁰⁵.

Европског парламента и Савета (случај C-11/00 *Commission v. European Central Bank*, ECR, 2003, I, p.7147, para.74-77).

100 Видети став Суда правде и Првостепеног суда у случајевима: *Fiskano* (C-135/92, ECR, 1994, I, p.2885, para.33) и *Air Inter* (T-260/94, ECR, 1997, II, p.997, para.106).

101 Члан 263, став 2 УФЕУ.

102 Ph. Manin, *op.cit* p.440; Р.Вукадиновић, *op.cit.*, стр.120.

103 Видети став Суда правде у случају 75 и 117/82 (*Razzouk and Beydoun v. Commission*), ECR, 1984, p.1509, para.19.

104 Порекло овог поступка везује се за француско и немачко право. Према француском праву Државни савет је искључиво надлежан за тумачење и оцену ваљаности управних акта, тако да грађански судови пред којима се такво питање постави имају обавезу да му се обрате. У немачком праву суд који посумња у усклађеност општег правног акта са савезним или земаљским уставом дужан је да застане са поступком и затражи мишљење од надлежног уставног суда. Више о томе, N.Misita, *op.cit.*, стр.549.

105 Члан 267 (ранији чл. 234 УЕЗ) УФЕУ.

Покретање поступка прибављања одлуке о претходном питању у искључивој је надлежности националног суда. Појединци као странке у поступку који се води пред националним судом немају право да директно упућују Суду предлог за одлучивање о претходном питању. Они могу само тражити од националног суда да се обрати Суду, али га њихова иницијатива не обавезује да то учини. У том погледу Суд правде заузео је јасан став да овде није реч о правном средству које појединци имају на располагању¹⁰⁶, тако да приговор странке да предмет спора захтева тумачење права ЕУ не значи обавезу националног суда да ради решења спора упути претходно питање.

С друге стране, национални суд може по службеној дужности упутити питање Суду не чекајући на захтев странке. То значи да иза обраћања Суду правде не мора да стоји иницијатива странака. Странке се чак могу споразумети да не захтевају упућивање претходног питања, али ни то не спречава национални суд да се обрати Суду правде. Становиште је Суда да национални суд може увек када сматра оправданим упутити захтев за одлуку о претходном питању на сопствену иницијативу¹⁰⁷.

Суд правде није у обавези да одговори на свако питање које му национални суд упути и да поводом њега спроведе одговарајући поступак и оконча га својом одлуком. Тако Суд правде неће одговорити на питања која се односе на тзв. фингирани спор, односно ако између странака у поступку пред националним судом не постоји стваран спор, већ се на овај начин жели исходити становиште Суда о компатибилности права неке државе чланице са правом ЕУ. Заинтересоване стране заправо настоје да кроз вештачки направљен проблем тестирају став Суда о одређеном правном питању. Да би то спречио Суд је постојање истинског спора сматрао претпоставком за одлучивање о претходном питању,¹⁰⁸ али га је примењивао са доста опреза¹⁰⁹. Поред случајева инсценираних спорова, Суд може одбити да одговори на питање и онда када су се странке у спору после његовог упућивања међусобно поравнале пред националним судом или је тужени испунио захтев тужиоца¹¹⁰.

Суд се, такође, сматрао ненадлежним да одговори на питање ако је појединац, који пред националним судом тужбом оспорава ваљаности

106 Случај 283/81, *CILFIT*, ECR, 1982, p.3415.

107 Случајеви 166/73 (*Rheunmühlen*, ECR, 1974, p.33) и 126/80 (*Salonia*, ECR, 1981, p.1563, para.7).

108 Видети став Суда у случајевима: 104/79 (*Foglia I*, ECR, 1980, p.745), 244/80 (*Foglia II*, ECR, 1981, p.3045) и C-83/91 (*Meilicke*, ECR, 1992, I, p.4871).

109 Случајеви C-343/90 (*Dias*, ECR, 1992, I, p.4673) и C-428/93 (*Monin II*, ECR, 1994, p.1707).

110 Случај C-314/96, *Djabali*, ECR, 1998, I, p.1149.

акта органа ЕУ, пропустио да у прописаном року поднесе Суду правде тужбу за поништај тог акта. Ово правило се примењује само у случајевима када је процесну легитимацију појединца било могуће утврдити изван сваке сумње, будући да му је појединачни акт чију ваљаност оспорава непосредно упућен или је несумњиво од личног и непосредног интереса за њега.

Суд правде одлучује о претходном питању у форми пресуде, а само у одређеним случајевима у виду решења. Пошто донесе пресуду, Суд је упућује националном суду који наставља главни поступак у оном стадијуму у коме је био прекинут. Суд правде, дакле, не пресуђује главни спор, већ одлуку о спору доноси национални суд који право ЕУ примењује на конкретне околности случаја.

Дејства одлуке о претходном питању нису изричито регулисана оснивачким уговорима било да је реч о тумачењу комунитарног права или о оцени ваљаности аката институција ЕУ. У пракси је опште прихваћено да одлуке о тумачењу обавезују национални суд који је упутио питање и да интерпретативни став Суда правде делује као правноснажно решење претходног питања¹¹¹. Национални суд дужан је да у коначном пресуђивању узме у обзир тумачење Суда и у складу са њим реши спор, јер у супротном није требало ни да захтева тумачење¹¹². Одлука Суда којом се утврђује неваљаност акта органа ЕУ обавезујућа је не само за национални суд који се обратио са захтевом за одлучивање о претходном питању, већ за све остале судове држава чланица. Такве одлуке по природи ствари морају имати дејство *erga omnes* и *res judicata*.

Посебан значај овог поступка јесте у томе што одлуке о претходном питању могу послужити као средство за заштиту права појединаца, физичких и правних лица, која произилазе из права ЕУ¹¹³. Тачније речено, индивидуалном субјекту омогућава се да на нивоу којим му је и у процесном и у сваком смислу најприсупачнији, а то је свакако национални ниво, добије заштиту права које му гарантује право ЕУ. Физичко и правно лице на тај начин добија заштиту својих права према стандардима ЕУ не само у односу на Унију, већ и у односу на државе чланице, па и на државу чланицу чији је држављанин, односно у којој је регистровано.

111 В.Ракић-Водинелић, Г.Кнежевић, *Грађанско процесно право Европске уније*, Београд, 1998, стр.43.

112 J.Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 1995, p.313; Р.Букадиновић, *op.cit.*, стр.135.

113 Случај 6/64, *Costa v. ENEL*, ECR, 1964, p.614.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

PROTECTION OF THE RIGHTS OF INDIVIDUALS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Summary

Despite the fact that the founding treaties neither explicitly mention nor contain the catalogue of human rights, individuals are not deprived of the opportunity to protect their rights and interests which are in compliance with the EU law before the European Court of Justice. In case the rights of individuals have been violated by the EU institutions, the founding treaties envisage a specific mechanism of judicial protection which implies the possibility of lodging the following types of complaints with the Court of Justice of the European Union: an action for annulment, an action for failure to act and an action for damages and requests submitted by EU public servants in labor disputes. The list does not include the objection of illegality given that it is not a separate legal instrument but an instrument applied in conjunction with some of the direct actions. Considering that all these proceedings are initiated, take place and are terminated before the EU Court of Justice, this type of judicial protection is designated as the direct method or direct judicial protection mechanism.

The situation seems to be somewhat different in case the rights of individual have been violated by Member States. In that case, individual subjects may seek protection of their individual rights only by initiating legal action before the national courts which may, in turn, submit a request for a preliminary ruling of the EU Court of Justice. This form of judicial protection of individual rights is designated as the indirect mechanism, given that the process is initiated and terminated before the national court whereas the recourse to the Court of Justice for a preliminary ruling on a disputable issue is a separate intermediate stage in this process. In addition, it should be borne in mind that the judicial proceedings before the national courts are not based on the EU law but are regulated by the national legislations of Member States.

Key words: rights of individuals, Court of Justice, European Union, direct actions, requests of EU public servants, objection of illegality, request for a preliminary ruling, direct and indirect mechanisms.

МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИНИ У СТАТУТУ ХАШКОГ ТРИБУНАЛА¹

***Апстракт:** Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова кривична дела су у међународном, али и у националном кривичном праву прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце ових кривичних дела у одређеним случајевима је примарна належност међународних судских (наднационалних) органа као што је Хашки трибунал. У овом раду се анализирају појам и карактеристике међународних кривичних дела предвиђених у Статуту Хашког трибунала.*

***Кључне речи:** међународно кривично право, Хашки трибунал, кривична дела, одговорност, казне.*

Увод

Прошле године се навршило две деценије постојања и рада Хашког трибунала који је за све ово време прешао дуг пут од оспоравања, како од лаичке, тако и стручне јавности, до прихватања његове пуне надлежности и сарадње са њим од стране заинтересованих држава, у првом реду Хватске, Босне и Херцеговине и Србије. За двадесет година рада пред Хашким трибуналом је оптужено укупно 161 лице и то: 110 срба, 34 хрвата, 9 бошњака, 7 албанаца и један македонац. Од укупног броја оптужених,

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту: "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

до сада су осуђена 82 лица на укупно 1.215 година затвора и то: 62 србина на 974,5 година затвора и пет доживотних казни, 12 хрвата на 166 година затвора, 5 бошњака на 43,5 године затвора, два албанца на 19 година затвора и један македонац на 12 година затвора. Казна доживотног затвора је изречена следећим оптуженим србима: Станиславу Галићу, Милану Лукићу, Вујадину Поповићу, Љубиши Беари и Здравку Толмиру.

Поред тога, за време суђења (без окончања кривичног поступка) је умрло неколико оптужених лица и то: Ђорђе Ђукић, Славко Докмановић, Мехмед Алагић, Милан Ковачевић и Слободан Милошевић, док је на издржавању изречене казне умрло још четири лица. Сви оптужени пред овим трибуналом су били мушкарци, а само је једна жена и то Биљана Плавшић, бивша председница Републике Српске која се после нагодне са Тужилаштом 2003. године осуђена на 11 година затвора.

Пред Трибуналом су у току још три првостепена судска процеса и то: Горану Хаџићу, бившем председнику Републике Српске крајине, Радовану Караџићу, бившем председнику Републике Српске и Ратку Младићу, бившем команданту главног штаба Војске Републике Српске.

Крајем 2010. године Савет безбедности, који је иначе својом Резолуцијом маја 1993. године и основао Хашки трибунал, је одредио да се до 31. децембра 2014. године морају окончати сви започети судски процеси, а након тога се недовршени поступци преносе на "Међународни резидуални механизам" Хашког трибунала, односно препуштају се појединим националним правосудним системима. До сада је уступљено националном правосудју свега једанаест предмета и то судовима у Босни и Херцеговини.

Ad hoc трибуналима уопште

1. Оснивање ad hoc трибунала²

Међународно кривично право³ се данас састоји из више прописа садржаних у низу међународних уговора, конвенција, пактова и протокола. Тежња да се дође до кодификације ових прописа је уродила плодом тек на крају двадесетог века иако су активности управљене у овом смеру отпочеле одмах после Другог светског рата. Тако је Генерална скупштина ОУН још

2 Појам трибунала је општи назив који је резервисан само за међународна судишта која имају привремени значај или уско специјализовану надлежност, за разлику од појма суда који одређује судиште које је установљено са намером да буде стални орган са широком надлежношћу.

3 Драган Јовашевић, Међународно кривично право, Ниш, 2011. године, стр.18-27.

1946. године формирала Комисију за кодификацију и развој међународног кривичног права која је касније названа Комисија за међународно право и припрему кодекса међународних злочина. Комисија је формулисала основне принципе међународног кривичног права који су произишли из Нирнбершке и Токијске пресуде (тзв. нирнбершки принципи) и израдила Пројект кодекса међународних злочина. Тај је пројект поднет на усвајање Генералној скупштини ОУН 1954. године, али због неслагања међу водећим силама света тога времена (доба хладног рата и оштро супротстављених блокова) није био усвојен.

Генерална скупштина ОУН је потом на Петом заседању формирала Комитет за међународно кривично правосуђе који је израдио Нацрт Статута међународног кривичног суда и поднео га на усвајање на Седмом заседању скупштине. Према томе, доношење кодекса о међународним злочинима и увођење међународног кривичног правосуђа је тековина с почетка трећег миленијума. Но, тек 1975. године Пети конгрес о превенцији криминалитета и поступању са учиниоцима одржан у Женеви усваја Резолуцију о превенцији тортуре и превенцији и сузбијању тероризма свих врста. Том приликом поново је разматрана идеја о формирању Међународног кривичног суда.

У оквиру Комисије за људска права ОУН и Међународног удружења за казнено право (IAPL) израђен је и Нацрт статута Међународног кривичног суда који чак ни западни блок земаља није био спреман да прихвати (посебно у делу надлежности за гоњење злочина апартхејда). Даљи напори међународне заједнице у организовању јединственог фронта борбе против међународног криминалитета одвијају се углавном у правцу предузимања напора на сузбијању трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама. Тако је петнаест Карибских и Латиноамеричких држава подржало идеју о Међународном кривичном суду на Специјалној сесији о наркотичним дрогама Генералне скупштине ОУН 1989. године. Но, овој идеји су се оштро успротивиле САД, Велика Британија и Француска.

Међународно правна комисија Генералне скупштине ОУН је ипак наставила са радом на студији о формирању, надлежностима и правилима поступања међународног кривичног суда о чему је посебно било речи 1990. године у Хавани на Осмом конгресу ОУН о превенцији злочина и поступању са извршиоцима. Следеће године Међународноправна комисија је презентирала свој Извештај о злочинима против мира, човечности и безбедности човечанства на Шестом комитету ОУН⁴. Питање формирања

4 Види: *Comentaries on the International Law Commissions, Draft Code of the Crime against the Peace and Security of Mankind*, AIDP, 1993. године.

наднационалног судског органа је потом разматрано више пута и то: 1991. године у оквиру Фондације за установљење међународног кривичног суда (FEICC), 1992. године од стране међународног научног и професионалног саветодавног већа УН (ISPAC) и Међународног удружења за казнено право (IAPL). И тада, уместо формирања сталног судског органа у оквиру и под окриљем ОУН, почетком деведесетих година 20. века јачају идеје о оснивању посебних (*ad hoc*) судова за поједине случајеве кршења међународних права⁵. Такви предлози су посебно били гласно изражени од стране Сената и Представничког дома Конгреса САД када су започела и неформална саслушања о злоделима ирачког председника Садама Хусеина и других ирачких војних и политичких руководилаца за повреде међународног хуманитарног права за време агресије Ирака на Кувајт 1990. године.

Иако је, дакле, после Другог светског рата у оквиру ОУН или њених појединих органа било више покушаја да се оснује један стални међународни кривични судски орган, ти покушаји су остали без успеха. Тек почетком деведесетих година 20. века са ратним збивањима на просторима бивше СФР Југославије и Руанде, јачају идеје да се оснују посебни *ad hoc* трибунали⁶ за суђење учиниоцима најозбиљнијих и најтежих повреда међународног хуманитарног права на подручју ових држава⁷. На основу Повеље ОУН⁸ и главе VII основана су два *ad hoc* трибунала: 1) Трибунал за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на тлу бивше СФР Југославије који је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 827 од 25. маја 1993. године. Резолуцијом истог органа број 1503 од 28. августа 2003. године постављена је "завршна стратегија" којом је предвиђено да све истраге пред овим судским органом буду окончане до краја 2004. године, а првостепени поступци до краја

5 Види: Међународни кривични трибунал, Зборник документа, Београд, 1996. године.

6 лат. *tribunal*, означава судијску столицу, суд.

7 Због немоћи на војним и политичким нивоима, одговор међународне заједнице на сукоб у бившој СФР Југославији био је противуречан и неблаговремен. О стварању одговарајућег трибунала преговарало се још у току сукоба – не само као о закаснеој мери за спасавање образа, већ и због побожног веровања да ће он служити као средство одвраћања од вршења даљих злочина. Идеју о формирању оваквог трибунала је у пролеће 1992. године изнео Р. Бадинтер, бивши министар правде Француске. Први нацрт Статута овог трибунала израдила је трочлана комисија коју је именовала Конференција о европској безбедности и сарадњи. (Antonio Cassese, Међународно кривично право, Београд, 2005. године, стр.395-398).

8 Трибунали су основани као принудне, општеобавезујуће мере у оквиру овлашћења Савета безбедности из члана 41. Повеље ОУН ради спречавања нарушавања мира. Такође, према Повељи ОУН и то члану 29. Савет безбедности је овлашћен да оснива помоћна тела и управо као такво тело су и основани трибунали.

2008. године, како би до краја 2010. године били окончани и сви кривични поступци по правним лековима и 2) Међународни кривични трибунал за Руанду који је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 955 од 8. новембра 1994. године.

Дакле, коначну премијеру је међународно кривично правосуђе доживело на примеру ратних збивања на просторима бивше СФР Југославије, односно Руанде деведесетих година прошлог века. Тада се, прво, прибегло коришћењу главе VII, Повеље ОУН и члана 29. како би се формирао Међународни трибунал за суђење лицима одговорним за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији бивше Југославије од 1991. године (Хашки трибунал)⁹. Наиме, још 13. јула 1992. године Савет безбедности ОУН је Резолуцијом број 764 обавезао све стране у сукобима на просторима бивше СФР Југославије на изричиту примену хуманитарног међународног права, а посебно Женевских конвенција из 1949. године. У Резолуцији број 771 од 13. августа 1992. године Савет безбедности ОУН је поново изразио забринутост због настављања чињења повреда међународног хуманитарног права, посебно на територији Босне и Херцеговине¹⁰, укључујући масовна присилна исељавања и депортације цивила, хапшења и злоупотребу цивила у логорима, намерне нападе на неборце, болнице и амбуланте, спречавање испоруке хране и медицинских потреба цивилима и обесном оштећењу или уништењу имовине. Том приликом позване су државе и међународне организације да прикупљају и Савету безбедности достављају податке и информације о извршеним злочинима и повредама међународног хуманитарног права.

Потом Савет безбедности ОУН у Резолуцији број 808 од 22. марта 1993. године одлучује да формира Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији бивше Југославије од 1991. године, што коначно и чини Резолуцијом број 827 од 25. маја 1993. године када је усвојен Статут Трибунала са седиштем у Хагу. Овај Трибунал је до сада донео више пресуда за учињена међународна кривична дела: а) злочин против човечности, б) ратне злочине, в) тешке повреде закона и обичаја ратовања и г) злочин геноцида (први пут је судско веће којим је председавао судија Алмиро Родригез 19. априла 2004. године изрекло казну од 35 година затвора за најтеже кривично дело ове врсте – геноцид, команданту Дринског корпуса Војске Републике Српске, генералу Радиславу Крстићу за извршени злочин

9 Basic Documents, United Nations, ICTY, Hague, 1995. године, стр. 5-27.

10 Cherif M. Bassiouni, A manual on International Humanitarian Law and arm control agreements. Ardsley, 2000. године, стр. 131-138.

над муслиманским становништвом у Сребреници. Он је на издржавање казне у Великој Британији упућен 20. децембра 2004. године).

Сличан Трибунал је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 955 од 8. новембра 1994. године ради утврђивања кривичне одговорности и кажњавања лица одговорних за извршена кривична дела против човечности и међународног права за време грађанског рата у Руанди. Овај Трибунал¹¹ има седиште у граду Аруши у Танзанији и његов је задатак да утврди кривичну одговорност и изрекне казне учиниоцима најтежих кривичних дела у Руанди. Тако је судско веће Трибунала којим је председавао судија Вилијам Секуле крајем 2003. године бившем градоначелнику Мукинга – Јувеналу Кајелијелу, припаднику Хуту племена изрекло казну доживотног затвора за кривично дело геноцида над Тутсима које је извршено у граду Рухенгерију.

2. Организација и поступак пред ad hoc трибуналима

С обзиром да су организација и поступак оба ad hoc кривична трибунала засновани на истим поставкама и начелима, изложићемо карактеристике Хашког трибунала. При томе треба указати на разлике у надлежностима Трибунала за Руанду¹² у односу на Хашки трибунал. Те разлике се свode на следеће:

1) просторна надлежност је шире одређена у Статуту Трибунала за Руанду јер се она простире на сва кривична дела која су извршена на територији Руанде, али и на територији суседних држава, под условом да су кривична дела извршила лица која су држављани Руанде. Хашки трибунал је пак надлежан за међународна кривична дела која су извршена само на територији бивше СФР Југославије,

2) временска надлежност је уже одређена у Статуту Трибунала за Руанду јер је овај Трибунал надлежан само за међународна кривична дела која

11 У току 2003. године уместо Карле дел Понте за главног тужиоца овог трибунала постављен је Хашан Џалов из Гамбије. Од оснивања до краја 2003. године овај је трибунал осудио дванаест лица оптужених за међународна кривична дела извршена у грађанском рату у Руанди.

12 Између Хашког трибунала и Трибунала за Руанду постоји више разлика које се огледају у следећем: 1) Трибунал за Руанду је основан на захтев владе у овој афричкој држави, додуше не оне владе која је и отпочела грађански рат, 2) рат у Руанди је проглашен за грађански рат - дакле унутрашњи оружани сукоб, а не за међународни оружани сукоб и 3) казне које су изречене од стране Трибунала за Руанду се могу извршавати и у Руанди, а то још увек није случај за државама чијим држављанима се судило у Хашком трибуналу.

су извршена у временском периоду од 1. јануара до 31. децембра 1994. године. Насупрот томе, надлежност Хашког трибунала се простире на сва међународна кривична дела која су извршена у периоду од 1991. године (без одређења тачног датума у 1991. години, као и без одређења до када се ова дела могу извршити што практично значи да се та надлежност простире на сва кривична дела која процени Тужилаштво). Тако се пред овим Трибуналом воде кривични поступци и за кривична дела која су извршена у току 1998. и 1999. године, дакле у време пре и за време НАТО агресије на СР Југославију и

3) стварна надлежност Трибунала за Руанду је уже одређена. Наиме, према Статуту Трибунала за Руанду, он је надлежан за утврђивање кривичне одговорности и изрицање казни учиниоцима кривичних дела: а) геноцида, б) злочина против човечности и в) тешких повреда члана 3. Женевске конвенције за заштиту жртава рата из 1949. године и Другог допунског протокола из 1977. године која су извршена на територији Руанде (будући да се овде не ради о међународном, већ о унутрашњем оружаном сукобу, али са огромним бројем цивилних жртава), али и у случају извршења кривичних дела од стране држављана Руанде, ако су та дела извршена ван територије ове државе. Дакле, Трибунал за Руанду није надлежан за злочине који се могу извршити у контексту међународног оружаног сукоба тј. тешка кршења Женевских конвенција из 1949. године и кршења закона и обичаја рата. Насупрот томе, Хашки трибунал је надлежан за следећа међународна кривична дела: а) злочин против човечности, б) злочин геноцида, в) тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године и г) кршење закона и обичаја ратовања¹³.

Хашки трибунал¹⁴ чине следећи органи: 1) судска већа (првостепено и жалбено), 2) Тужилаштво и 3) секретаријат трибунала. Судска већа су састављена од једанаест независних судија, од којих су тројица судија у првостепеном већу (при чему не могу да буду из исте државе) и пет судија у жалбеном већу¹⁵. Статут предвиђа одређене услове потребне за

13 Драган Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010. године, стр. 89-93.

14 Седиште овог трибунала је у Хагу у згради коју је стекао 1993. године. Трибунал је почео да ради следеће године када је тужилац издао прву оптужницу против Драгана Николића, команданта једног концентрационог логора у Босни и Херцеговини. Прво суђење пред овим наднационалним судским органом је почело 26. априла 1995. године против оптуженог Душка Тадића, чувара у концентрационом логору у Босанској Крајини у Босни и Херцеговини.

15 Председници Трибунала су до сада били: Антонио Касезе (Италија), Габријела Керк Мекдоналд (САД), Клод Жорда (Француска), Теодор Мерон (САД), Фаусто Покар (Италија) и Патрик Робинсон (Јамајка).

избор судија овог Трибунала. За судију могу бити изабрана лица високих моралних особина, непристрасна и са интегритетом која поседују квалификације које се захтевају у њиховим државама за највиша судијска звања. Њих бира генерална скупштина ОУН на време од четири године. Судије бирају председника Трибунала који председава поступком пред жалбеним већем (чл.12, 13, и 14.Статута). Тужилац¹⁶ је одговоран за истрагу учињених злочина и оптужење лица одговорних за кривична дела из надлежности Трибунала. То је независни орган Трибунала кога поставља Савет безбедности ОУН. То мора бити лице високих моралних квалитета које поседује највиши ниво стручне компетенције и искуства у вођењу истрага и оптужби у кривичним стварима. Бира се на период од четири године (члан 16.Статута). Секретаријат је одговоран за администрацију и услуге Међународном трибуналу. Чине га секретар и остало особље. Секретара поставља генерални секретар ОУН на период од четири године. Особље секретаријата поставља секретар (члан 17.).

Одредбе чл. 18-26. Статута уређују кривични поступак пред Трибуналом. Тужилац започиње истрагу по службеној дужности или на основу прибављених информација из било ког извора (нпр. влада и органа ОУН, невладиних и међувладиних организација). Он прима све информације и одлучује о томе да ли постоји довољно основа за оптужење неког лица. При томе, он може да испитује осумњиченог, жртве или сведоке, као и да прикупља релевантне доказе, те да предузима поједине истражне радње на лицу места. У обављању ових послова он може да тражи помоћ органа државе где се такве радње предузимају. Осумњичени кога испитује тужилац има право на браниоца по свом избору, као и право на бесплатну правну помоћ постављеног браниоца, те право на превођење целокупног материјала на свој језик. Када утврди да постоји "случај", тужилац припрема оптужницу која садржи чињенични опис дела, кривично дело које се оптуженом ставља на терет, као и сакупљене доказе. Потом се оптужница доставља судији првостепеног већа. Следи фаза преиспитивања оптужнице. То је надлежност судије првостепеног већа, који када утврди да је "случај" довољно формиран, потврђује оптужницу или ако није задовољан, може да исту одбаца. После потврде оптужнице, судија на захтев тужиоца може да изда наређење и налоге за хапшење, задржавање,

16 На челу тужилаштва су се до сада налазили: Рамон Салом (Венецуела), Ричард Голдстон (Јужноафричка република), Луиз Арбур (Канада), Ерик Естберг (Шведска), Карла дел Понте (Швајцарска) и Серж Брамерц (Белгија).

предавање и трансфер оптуженог или друга наређења од значаја за даље вођење кривичног поступка¹⁷.

Претресни поступак пред првостепеним већем је следећа фаза поступка пред Хашким трибуналом. Веће је дужно да обезбеди коректно и брзо вођење кривичног поступка у сагласности са Правилима процедуре и доказивања, уз пуно поштовање права оптуженог, као и заштите жртава и сведока. Лице против кога је потврђена оптужница се притвара, потом се обавештава о оптужбама против њега и приводи Трибуналу. По отпочињању претреса, прво се чита оптужница, затим се утврђује да ли су поштована сва права оптуженог, као и да ли је он разумео оптужницу. Потом се оптужени поучава о праву да одговори на све наводе оптужнице. Првостепено веће тада утврђује датум претреса. Саслушање је јавно осим ако постоје разлози за искључење јавности у складу са Правилима процедуре и доказивања.

Члан 21. Статута Хашког трибунала гарантује оптуженом лицу одређени корпус права, међу којима се посебно истичу следећа права¹⁸: 1) једнакост пред трибуналом, 2) право на поштено и јавно саслушање, 3) претпоставка невиности као и 4) гаранције пуне равноправности оптуженог као што су: а) да буде сместа и детаљно обавештен на свом језику о природи и основама оптужбе, б) да има одговарајуће време и могућности за припрему одбране, као и право да комуницира са браниоцем по свом избору, в) да му се суди без непотребног одлагања, г) да му се суди у личном присуству, као и да се брани лично и уз стручну помоћ, д) да испитује сведоке оптужбе и да обезбеди присуство и испитивање сведока одбране, ђ) право на бесплатну помоћ преводиоца и е) да не буде принуђен да сведочи против себе или да призна кривицу.

Када је кривична ствар у довољној мери расветљена и разрешена, првостепено веће објављује пресуду која се доноси већином гласова. Уз изреку о кривици и казни, пресуда се допуњава писменим образложењем које може да садржи и издвојена мишљења и неслагања појединих судија – чланова судећег већа. Незадовољна страна може да изјави жалбу из следећих разлога: 1) због грешке у правним питањима које одлуку суда чине мањкавом и 2) због чињеничне грешке која је довела до неправилне одлуке. О поднетој жалби одлучује жалбено веће које нападнуту одлуку може да: а) потврди, б) поништи или в) промени (преиначи). Када се открије нова чињеница која није постојала у време суђења пред првостепеним или

17 Драган Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, оп.цит.стр. стр.91-95.

18 Драган Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр. 130-141.

жалбеним већем, а која може да буде од одлучујућег значаја за одлуку суда, осуђено лице или тужилац могу поднети Трибуналу захтев за понављање поступка. То је једина врста ванредног правног лека који познаје Статут Хашког трибунала.

Основне тешкоће¹⁹ са којима се у досадашњем раду суочавао Хашки трибунал могу се свести на следеће²⁰: 1) недовољна сарадња држава у погледу хапшења и предаје оптужених лица и приступа доказима што отежава ефикасан рад тужилаштва, 2) вишегодишње трајање појединих истрага што је омогућило многим осумњиченима да умру пре почетка суђења или пре доношења судске одлуке (па је на тај начин њихова кривица остала неутврђена), 3) неравноправан положај одбране у односу на истражно техничке и временске могућности којима располаже тужилаштво, 4) адверсарни систем суђења који у сложеним и обимним случајевима, доводи до неразумно дуготрајних судских поступака што доводи до колизије два важна процесна начела: а) претпоставке невиности и б) неограниченог трајања притвора и 5) околност да судије не присуствују нагодбама тужилаштва са оптуженима који се често завршавају споразумом о признању кривице.

Поједина међународна кривична дела према Статуту Хашког трибунала

Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 827 од 25.маја 1993.године усвојен је Статут Хашког трибунала. Он познаје четири врсте међународних кривичних дела. То су: 1) тешке повреде Женевских конвенција од 1949. године, 2) кршење закона и обичаја ратовања, 3) геноцид и 4) злочини против човечности²¹. Учиниоцу ових кривичних дела од стране Трибунала се може према члану 24. изрећи само једна врста казне и то казна затвора у трајању према општој пракси судова у Југославији, при чему је судско веће обавезно да узме у обзир тежину извршеног кривичног дела (објективне околности) и лична својства оптуженог (субјективне околности). Уз казну се учиниоцу међународног кривичног дела могу изрећи и следеће санкције: а) повраћај имовине њиховим правим власницима (реституција) и б) одузимање добити која је прибављена криминалном делатношћу²².

19 Borisav Petrović, Dragan Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010. godine, str. 114-118.

20 Војин Димитријевић, Обрад Рачић, Владимир Ђерић, Татјана Папић, Весна Петровић, Саша Обрадовић, *Основи међународног јавног права*, Београд, 2007. године, стр. 233-234.

21 Драган Јовашевић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 2002. године, стр. 14 и даље.

22 Dragan Jovašević, Ljubinko Mitrović, *Međunarodna krivična djela prema Statutu haškog tribunala i Rimskom statutu*, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, Zenica, broj

1. Тешке повреде Женевских конвенција

У члану 2. Статут Хашког трибунала предвиђа кривично дело под називом: "Тешке повреде Женевских конвенција од 1949.године"²³. Ово међународно кривично дело чини лице које изврши или нареди вршење тешких повреда Женевских конвенција од 12.августа 1949. године против лица или имовине које се састоји у²⁴: 1) намерном убијању, 2) мучењу и нехуманом поступању укључујући и биолошке експерименте, 3) намерном проузроковању патњи и тешких телесних повреда и нарушавању здравља, 4) масовном разарању и присвајању имовине које није оправдано војном потребом, а које је извршено незаконито и безобзирно, 5) присиљавању ратних заробљеника или цивила да служе у оружаним снагама непријатељске силе, 6) намерном лишавању ратних заробљеника и цивила права на поштено и регуларно суђење, 7) незаконитој депортацији, трансферу или незаконитом затварању цивила и 8) узимању цивила као талаца.

Да би се могло радити о овом међународном кривичном делу, потребно је да је радња извршења предузета у односу на заштићено добро под следећим условима: 1) да постоји оружани сукоб - ситуација када се прибегло оружаној сили између држава или када постоји продужено оружано насиље између власти и организованих наоружаних група или пак између таквих група унутар једне државе, 2) да постоји веза између кривичног дела и оружаног сукоба – довољно је да су кривична дела била тесно повезана са непријатељствима која су се догађала на деловима територија које су биле под контролом страна у сукобу, 3) оружани сукоб мора бити међународног карактера. Такав сукоб постоји у случају сукоба две или више држава или када једна држава интервенише својим трупама или на други начин делује за рачун једне од страна у сукобу (када држава има општу контролу над трупама у сукобу које делују у другој држави) и 4) жртве злочина морају припадати групи заштићених лица у складу са одредбама Женевских конвенција из 1949. године²⁵.

2. Кршење закона и обичаја ратовања

"Кршење закона и обичаја ратовања" је међународно кривично дело предвиђено у члану 3. Статута Хашког трибунала. Дело чини лице које

5/2012. godine, str. 137-142.

23 Džon Džouns, Steven Pauls, Međunarodna krivična praksa, Sarajevo, 2010. godine, str. 131-147.

24 Borislav Petrović, Dragan Jovašević, Međunarodno krivično pravo, op.cit.str. 263-298.

25 Sandra Fabijanić Gagro, Zaštita osoba u nemeđunarodnom oružanom sudkoku, Pravni vjesnik, Zagreb, broj 2/2008. godine, str. 115-135.

предузме неку од следећих алтернативно наведених радњи извршења (при чему се дело не ограничава само на ове радње): 1) употреби бојне отрове или друго оружје намењено да наноси сувишне и непотребне патње, 2) безобзирно разара места, градове или села или их пустоши ако то није оправдано војном потребом, 3) нападне, бомбардује било којим средством небрањене градове, села, насеља или зграде, 4) осваја, разара или намерно оштећује институције намењене религији, добротворним активностима или образовању, уметности или науци, историјским споменицима или уметничким или научним радовима и 5) пљачка јавну или приватну имовину. Кроз ово међународно кривично дело заправо су инкриминисана следећа противправна понашања: 1) кршење одредби Женевских конвенција које нису квалификоване као "тешке повреде", 2) кршење члана 3. Женевских конвенција из 1949. године и других обичајних правила унутрашњих сукоба и 3) кршење споразума којима се обавезују стране у сукобу нпр. споразума који још нису прерасли у обичајно међународно право.

3. Геноцид

Најтеже кривично дело данашњице "злочин над злочинима" – геноцид је предвиђено у члану 4. Статута Хашког трибунала. Ово дело се састоји у намерном уништењу²⁶ у целини или делимично националне, етничке, расне или религиозне групе²⁷. Пракса Хашког трибунала није прихватила екстензивно тумачење појма геноцида које би укључивало намеру уништења националног, језичког, верског, културног или неког другог идентитета групе, а без њеног физичког уништења. Битно је за постојање овог међународног кривичног дела да је у напред наведеној намери предузета једна од следећих више алтернативно предвиђених радњи: 1) убијање чланова одређене групе, 2) проузроковање физичких или менталних повреда члановима групе, 3) намерно смештање чланова групе у такве услове живота смишљене да доведу до њеног физичког, делимичног или потпуног уништења, 4) спровођење мера са намером да се спречи рађање унутар групе и 5) намерно премештање деце једне групе у другу групу.

Дакле, суштину злочина геноцида чини постојање геноцидне намере на страни учиниоца дела у време предузимања радње извршења. Постојање

26 Уништење групе значи физичку деструкцију, а не деструкцију њеног културног бића.

27 Vladimir Đuro Degan, Zločin genocida pred međunarodnim krivičnim sudištima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 1-2/2008. godine, str. 77-95.

геноцидне намере у досадашњој пракси Хашког трибунала је утврђивано путем следећих критеријума: а) општи контекст који обухвата следеће елементе: 1) ширина и распрострањеност извршених дела, 2) шира политичка доктрина из које су дела произилазила, 3) обим остварених или покушаних дела, 4) методичност у планирању убијања, 5) систематичност убијања и уклањања лешева, 6) дискриминаторски карактер дела и 7) дискриминаторска намера оптуженог, б) извршење других кривичних дела систематски усмерених против исте групе, в) број почињених злочина, г) систематско усмеравање на цивиле због њихове припадности одређеној групи и д) понављање деструктивних и дискриминаторских дела.

Геноцидна намера као најзначајнија карактеристика кривичног дела геноцида се мора односити на уништење значајног дела групе. Тај значајан део је довољно "значајан" да утиче на групу у целини. Овај квантитативни критеријум је допуњен и могућношћу које су извршиоци овог кривичног дела стајале на располагању, па се тако ова намера доказује и када је она испољена само у односу на групу у оквиру ограниченог географског подручја. И коначно, геноцидна намера узима у обзир и квалитативне одлике нападнутог дела групе дозвољавајући могућност да се као суштински део укупне групе квалификује онај део који представља њен симбол или је битан за њен опстанак²⁸. Поред непосредног предузимања наведених радњи (непосредни извршилац), као радње извршења геноцида сматрају се и следеће: 1) учешће у завери ради вршења геноцида, 2) директно и јавно подстицање на вршење геноцида (подстрекавање), 3) покушај вршења геноцида као и 4) саучесништво у било ком облику у вршењу геноцида.

4. Злочин против човечности

"Злочин против човечности"²⁹ представља кривично дело предвиђено у члану 5. Статута Хашког трибунала. Код описа бића овог међународног кривичног дела изричито је наведено да се његова радња може предузети само за време оружаног сукоба (међународног или унутрашњег карактера) према цивилном становништву ако се састоји у: 1) убиству, 2) истребљењу, 3) заробљавању, 4) депортацији, 5) затварању, 6) мучењу, 7) силовању, 8) прогону на политичкој, расној и религијској основи и 9) предузимању

²⁸ пресуда у случају Примена Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида у предмету Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе од 26. фебруара 2007. године.

²⁹ Драган Јовашевић, Злочин против човечности у међународном и кривичном праву Републике Србије, Војно део, Београд, број 1/2013. године, стр.213-227.

друге нечовечне радње. Да би се могло радити о злочину против човечности Статутом наведене делатности морају бити извршене под следећим условима: 1) мора постојати напад – напад постоји и када није употребљена оружана сила, али ако се он јавља у облику злостављања цивилног становништва или у поступцима којима се припремају овакве радње, 2) дела оптуженог морају бити део тог напада, 3) напад мора бити усмерен против цивилног становништва било које категорије, 4) напад мора бити распрострањен или систематски. Напад је распрострањен када је по својој природи опсежан или када је управљен против великог броја лица. Напад је систематски када се односи на организовану природу аката насиља при чему постоји мала вероватноћа да се то случајно догодило и 5) извршилац дела мора да зна (да је свестан) да његова дела улазе у оквир распрострањеног или систематског напада усмереног против цивилног становништва.

Закључак

Војни или цивилни *ad hoc* трибунали формирани после Другог светског рата ради суђења учиниоцима најтежих међународних кривичних дела нису успели да задовоље захтеве правде и правичности, задовољења жртава, ни помирење побеђених и поражених. Стога су бројне међународне конференције одржане под окриљем ОУН разматрале могућност оснивања наднационалног, универзалног судског органа који би судио свима и свугде за учињена најтежа кривична дела против човечности и међународног хуманитарног права.

Но, и поред таквих захтева, почетком деведесетих година 20. века се формирају два *ad hoc* трибунала и то за бившу СФР Југославију и Руанду. Тако је маја 1993. године Резолуцијом Савета безбедности број 827 формиран Хашки трибунал за утврђивање кривичне одговорности и изрицање кривичних санкција оптуженима за повреде међународног хуманитарног права у ратним збивањима на тлу бивше СФР Југославије почев од 1991. године. Нешто касније новембра 1994. године сличан Трибунал за Руанду је формиран Резолуцијом Савета безбедности број 955.

У надлежности Хашког трибунала који је средином године "прославио" двадест година постојања и рада јесте утврђивање кривичне одговорности и изрицање казни учиниоцима најтежих међународних кривичних дела чије карактеристике и обележја бића утврђује овај Статут. То су следећа међународна кривична дела: геноцид, злочин против човечности, кршење закона и обичаја ратовања и тешке повреде женевских конвенција. Правна теорија и богата судска пракса Хашког трибунала, као и пракса кривичног

правосуђа у Србији, Хрватској и Босни и Херцеговини која се наслања на хашку праксу у потпуности су дефинисала бројна спорна питања у вези са правном квалификацијом ових међународних кривичних дела.

Литература

Bassiouni, Cherif.M., A manual on International Humanitarian Law and arm control agreements. Ardsley, 2000.

Basic Documents, United Nations, ICTY, Hague, 1995.

Degan, Vladimir Đuro, Zločin genocida pred međunarodnim krivičnim sudištima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 1-2/2008.

Димитријевић, Војин, Рачић, Обрад, Ђерић, Владимир, Папић, Татјана, Петровић, Весна, Обрадовић, Саша, Основи међународног јавног права, Београд, 2007.

Džouns, Džon R.V.D., Pauls, Stiven, Међународна кривична пракса, Сарајево, 2010.

Јовашевић, Драган, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002.

Јовашевић, Драган, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010.

Јовашевић, Драган, Међународно кривично право, Ниш, 2011.

Jovašević, Dragan, Mitrović, Ljubinko, Међународна кривична djela prema Statutu haškog tribunala i Rimskom statutu, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, Zenica, broj 5/2012.

Јовашевић, Драган, Злочин против човечности у међународном и кривичном праву Републике Србије, Војно део, Београд, број 1/2013.

Међународни кривични трибунал, Зборник документа, Београд, 1996.

Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan, Међународно кривично право, Сарајево, 2010.

Fabijanić Gagro, Sandra, Zaštita osoba u nemeđunarodnom oružanom sudkubu, Pravni vjesnik, Zagreb, broj 2/2008.

Cassese, Antonio, Међународно кривично право, Београд, 2005.

Commentaries on the International Law Commissions, Draft Code of the Crime against the Peace and Security of Mankind, AIDP, 1993.

Резиме

Ступањем на снагу Статута Хашког трибунала маја 1993. године коначно је заживела нова грана казненог права – међународно кривично право. Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства.

То су следећа кривична дела: геноцид, злочин против човечности, ратни злочини и злочин агресије. За ова кривична дела су у међународном, али и у националном кривичном праву прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. Заучиниоце ових кривичних дела у одређеним случајевима је примарна наложност међународних судских (наднационалних) органа као што су нпр. нирнбершки и токијски војни суд, Хашки трибунал, Римски кривични суд итд. У овом раду се анализирају међународна кривична дела предвиђена у Статуту Хашког трибунала како би се у потпуности могле сагледати карактеристике ових кривичних дела која су иначе предвиђена и у одредбама новог кривичног законодавства Републике Србије из 2005. године.

Dragan Jovašević,
Full professor
Faculty of Law, University of Nis

INTERNATIONAL CRIMES IN STATUTE OF HAGUE TRIBUNALE

Summary

With the entry into force of the Statute of the Hague Tribunale on May 1993, a new branch of criminal law finally live – international criminal law. International criminal law as a system of legal rules contained in the documents of international community and in the documents of national (internal) criminal law provides for criminal liability and punishment for a great number of international crimes. These crimes are acts of breaking war laws and rules of warfare (international humanitarian law) and also they are the acts of harming or imperiling the peace among nations and the security of mankind.

These are next crimes: genocide, crime against humanity, war crimes and crime of aggression. For these acts there are provided most severe penalties and measures of punishment known in the criminal law today. For perpetrators of these crimes in certain cases the primary jurisdiction is the one of international criminal court (supra-national) authorities, such as f.e. Nuremberg or Tokyo military Tribunal, Hague Tribunal, the Criminal court of Rome, etc. This paper analyzes the international crimes stated in the Hague Statute of the International criminal court, in order to be able to fully consider the characteristics of these crimes which are otherwise provided in the provisions of the new criminal legislation of Republic of Serbia adopted in 2005.

Key words: international criminal law, Hague Tribunale, crime, responsibility, penalties.

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ

Апстракт: *Заштита детета на међународном плану предвиђа се у оквиру заштите општих људских права, али и кроз посебну заштиту права детета. У раду су наведени сви значајни међународни документи, који регулишу питања права детета. То су, најпре, документи УН-а о људским правима, и то општи документи о људским правима, као и посебни уговори о људским правима. Представљени су значај и улога Комитета за права детета. Посебно су издвојени документи регионалних организација.*

Кључне речи: *права детета, зостављано дете, „комерцијално искоришћавање деце“, заштита детета.*

1. Увод

Социјални положај детета у породици и друштву може да се прати од постанка људске заједнице до данас. Специфичне биопсихолошке особине детета, које се огледају у физичкој инфериорности и егзистенцијалној зависности од старијих чланова породице, утицале су на формирање његовог потчињеног положаја, који се, у патријархалном друштву, по неким особинама није променио ни до данас. Од момента кад се роди дете почиње да развија своју личност у одређеним социјално-културним условима. Пошто је људској врсти потребно да пређе дуг пут до психофизичке, емоционалне и социјалне зрелости, рођењем детета настају обавезе и одговорност за родитеље и друштвену заједницу да се старају о новом члану. Досадашња историја указује на значајну биолошки и социјално засновану везу између родитеља и деце, којом се образује породица, као специфична друштвено-културна творевина, која је заједница личности као посебних индивидуа и као чланова породичне заједнице и део одређеног друштвено-културног система.¹ Породица је универзално

¹ Видети: М. Јањић-Комар. *Право детета на живот и здравље*, (докторска дисертација), Београд, 1981. стр. 5; М. Костић, *Личност малолетног делинквента - криминолошка обележја*, Теме. - Ниш : Универзитет, 2011. - Бр. 2 (2011), стр. 475-479.

распрострањена у свим цивилизованим људским друштвима, а судбина жене и детета увек је била везана за судбину породице. Историја породице и положаја детета у њој најлакше се може пратити кроз историјске етапе старог века, средњег века и грађанског друштва.²

Резултати истраживања упућују да су деца у савременим друштвима у великом броју изложена различитим видовима злоупотребе и злостављања који се ретко пријављују. Сви облици криминалне виктимизације детета могу се поделити на: чедоморство и убиство детета, физичко злостављање и занемаривање, емоционално (психолошко) злостављање, сексуално злостављање и економску виктимизацију. У истраживању етиологије криминалне виктимизације детета, најзначајнија виктимогена предиспозиција је узраст жртве, који је повезан са био-психолошким, психолошким и социјалним обележјима, што дете чини изложенијим појединим облицима криминалне виктимизације него што су то одрасле особе. Ризику виктимизације нису подједнако изложена сва деца, већ само она код којих се стекао већи број предиспозиција (тзв. „посебна деца“). Осим личних виктимогених предиспозиција, ту спадају и социјална обележја, однос детета са могућим извршиоцем криминалног понашања према њему, као и понашање детета уопште.

2. Међународноправна заштита деце у оквиру ОУН-а

2.1. Документи УН-а о људским правима

Основно право сваког детета је право на заштиту од свих облика насиља, злостављања, злоупотреба или занемаривања, којима се угрожава или нарушава његов физички или психички интегритет.³ Заштита детета на међународном плану предвиђа се у оквиру заштите општих људских права, али и кроз посебну заштиту права детета.

Општа правна правила међународног права о правима човека садржана су у *Повељи УН* из 1954. године, која прописује да је један од циљева ОУН „подржавање и развијање поштовања према људским правима и према основним слободама за све без обзира на расу, пол, језик или веру“ (чл. 1).⁴

2 М. Младеновић. *Увод у социологију породице*, Савремена администрација, Београд, 1973. стр. 93.

3 Б. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, ПУНТА, Ниш, 2011, стр. 241.

4 *Повеља УН*, усвојена 26. јуна 1945, а ступила на снагу 24. октобра 1945. Цитат преузет из превода *Права човека*, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991, стр. 40.

У ОУН донето је скоро 100 докумената о људским правима, кроз форме декларација појединих органа или кроз међународне уговоре. Документи УН-а о људским правима могу се поделити на опште и посебне документе. Општи или генерални документи о људским правима регулишу широк круг права, док посебни (специјални) документи регулишу само неке категорије људских права.⁵

2.2. Општи документи о људским правима

Најзначајнији општи документи о људским правима су: Општа декларација о људским правима, Пакт о грађанским и политичким правима и два опциона протокола уз њега и Пакт о економским, социјалним и културним правима. Ови се документи у литератури означавају и као Међународна повеља о људским правима.⁶

Општа декларација о људским правима предвиђа да се сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима, да су обдарена разумом и свешћу и треба једни према другима да поступају у духу братства. Свако људско биће има право на живот, слободу и безбедност личности. Породица се сматра природном и основном ћелијом друштвене заједнице и има право на заштиту друштва и државе. Брачна и ванбрачна деца су изједначена у погледу пружања социјалне заштите. Кроз образовање, деца треба да се науче разумевању, трпеливости и пријатељству међу народима, расним и верским групацијама. Значај ових одредаба *Опште декларације* је у њиховом правном карактеру и обавези држава потписница да их унесу у своје законске прописе.⁷

Генерална скупштина УН усвојила је 1966. *Међународни пакт о грађанским и политичким правима* и *Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима*.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима предвиђа посебну заштиту деце. Предвиђа се право сваког детета да стекне држављанство (чл. 24). Свако дете, без икаквог разликовања заснованог на раси, боји, полу, језику, вероисповести, националности или друштвеном пореклу,

5 Н. Раичевић, “Заштита људских права у оквиру Организације уједињених нација”, у: *Људска права – путство за употребу* (приредио Ненад Поповић), ОГИ, Ниш, 2004. стр. 95-96.

6 Ibid.

7 *Општа декларација о људским правима*, усвојена и прокламована резолуцијом Ген. ск. УН-а 217 (ИИИ) од 10. децембра 1948. Цитат преузет из превода *Права човека*, оп.цит, стр. 40.

имовини или рођењу има право на мере заштите од стране породице, друштва и државе које захтева његов положај малолетника.⁸

У Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима предвиђена је најшира могућа заштита за породицу, посебно у време њеног заснивања и док је одговорна за издржавање и одгајање деце о којој се стара. Државе уговорнице признају право сваког детета на живот и здравље без икакве дискриминације по пореклу и предвиђају заштиту од било каквог привредног или друштвеног искоришћавања. Деца могу бити изабљивана запошљавањем на радовима који штете њиховом моралу и здрављу, доводе у опасност живот детета или спречавају дететов нормалан развој. Државе су се такође обавезале да одреде доњу границу старости испод које ће запошљавање деце бити кажњиво по закону.⁹

2.3. Посебни уговори о људским правима

У литератури из области међународног јавног права, као важни документи којима се регулишу поједини аспекти људских права, наводе се: Конвенција о укидању свих облика расне дискриминације; Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена; Конвенција против мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих казни или поступака; Конвенција о правима детета, као и додатни протоколи који су донети уз неке од ових конвенција,¹⁰ као и други посебни уговори значајни за заштиту деце. У односу на одређену тему семинарског рада, биће приказани само неки од најзначајнијих докумената, као посебних уговора о људским правима, којима се непосредно или посредно предметно одређују и штите само права детета или и права детета, у склопу заштите осталих посебних људских права.

Право на равноправност и ослобађање од било ког вида дискриминације детета прописано је у неколико међународноправних аката. *Допунска конвенција о укидању ропства, трговине робљем и институција и праксе сличне ропству* из 1956. забрањује било које уступање детета од стране једног или оба његова родитеља или од његовог татора, неком другом лицу

⁸ *Међународни пакт о грађанским и политичким правима*, усвојен резолуцијом Ген. ск. УН-а 2200 А (XXI) од 16. децембра 1966. Цитат преузет из превода Права човека, оп.цит, стр. 58.

⁹ *Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима*, усвојена резолуцијом Ген. ск.УН 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. Цитат превода преузет из *Права човека*, оп.цит., стр. 41.

¹⁰ Н. Раичевић, оп. цит., стр. 103.

у циљу експлоатисања детета.¹¹ *Конвенција о борби против дискриминације у области просвете* из 1960. одређује под изразом „дискриминација“ свако прављење разлике, искључивање, ограничавање или повлашћивање, које је засновано на раси, боји коже, полу, језику, политичком или другом убеђењу, националном или друштвеном пореклу, економском положају или рођењу. Државе чланице биле би обавезне да уведу обавезно и бесплатно основно школовање, с тим да родитељи имају могућност да слободно одлучују да ли ће деца похађати државне или друге школе које испуњавају минимум услова прописаних или одобрених од стране надлежних власти, као и о избору верског и моралног образовања за своју децу.¹² *Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације* из 1965. предвиђа обавезу држава чланица да забране и укину расну дискриминацију у свим њеним облицима и да гарантују право свакоме на једнакост пред законом без обзира на расу, боју коже, национално или етничко порекло. Ово се, између осталог, нарочито односи на право на здравље, лекарску помоћ и социјално осигурање као и право на образовање и стручно оспособљавање.¹³ *Декларација УН о укидању дискриминације према женама* из 1967. прописује да родитељи имају иста права и дужности у односу на своју децу и да ће интерес деце увек бити изнад свега. Овом *Декларацијом* забрањује се закључење брака између деце и заручење младих девојака пре зрелости, с тим што су државе обавезне да утврде најнижу старост за ступање у брак.¹⁴ *Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена* из 1979. предвиђа да породично васпитање обухвата и правилно схватање материнства као друштвене функције и признање заједничке одговорности мушкараца и жена у подизању потомства. У *Конвенцији* се истиче да у свим случајевима интерес детета буде руководећи принцип у поступању.¹⁵

11 *Допунска конвенција о укидању ропства, трговине робљем и институција и праксе сличне ропству*, усвојена на Конференцији пуномоћника сазваној Рез. Економског и социјалног савета 608 (XXI) од 30. априла 1956. Цитат преузет из превода *Права човека*, оп. цит., стр. 77.

12 *Конвенција о борби против дискриминације у области просвете*, превод преузет из Архива за правне и друштвене науке, бр. 4/1968, стр. 601.

13 *Међ. конвенција о укидању свих облика расне дискриминације*, усвојена рез. Ген. ск. УН-а 2106 А (XX) од 21. децембра 1965. Цитат преузет из превода *Права човека*, оп. цит., стр. 89.

14 *Декларација УН о укидању дискриминације према женама*, превод преузет из Архива за правне и друштвене науке, бр. 4/1968, стр. 709.

15 *Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена*, усвојена 18. децембра 1979, објављена у СЛ. лситу СФРЈ – Међ. уговори, бр. 11, од 9. октобра 1981. Цитат преузет из превода *Права човека*, оп. цит., стр. 108. и 112.

Значајан међународни документ којим се штити личност човека од најраније младости је *Декларација о правима детета* из 1959. *Декларација* предвиђа заштиту све деце, без икакве разлике или дискриминације засноване на раси, боји коже, полу, језику, вероисповести, политичком или другом мишљењу, националном или социјалном пореклу, имовини или рођењу. Државе су обавезне да омогуће посебне олакшице да би се деца развијала здраво на физичком, менталном, моралном, духовном и друштвеном плану у условима слободе и достојанства. Исто тако, државни органи и институције увек треба да се придржавају примене принципа „највећег интереса детета“. Посебна друштвена заштита обезбеђује се физички, ментално или социјално запуштеној деци, као и деци која су без породице или немају довољно средстава за издржавање (на пример, плаћање посебних додатака за децу из великих породица). Школовање деце треба да буде бесплатно и обавезно бар у основном ступњу, а опште образовање које деца добијају, треба да унапреди њихову општу културу, развије способности, лично расуђивање, осећање морала и друштвене одговорности. Такође, прописује се да дете треба да има право на игру и разоноду који треба да буду усмерени истим циљевима као и образовање. Као вид друштвене заштите деце уводи се ограничење запошљавања малолетника кроз постављање најниже старосне границе за запошљавање и забрану рада на пословима штетним по здравље, образовање, физички, ментални и морални развој детета. Декларација налаже заштиту детета од свих облика занемаривања, окрутности и експлоатације и забрањује сваку могућност да дете буде предмет трговине у било ком облику.¹⁶ *Декларација*, за разлику од сличних докумената, не предвиђа никаква ограничења права. То указује на разлику у третману права и слободе одраслих и деце. Права деце се не могу ограничити нити се може укинути било које право детета. Тиме је спречена политизација права деце из које произилази потреба да се нека права посебно гарантују чак и у изузетним околностима.¹⁷

Најновији документ међународне заједнице о заштити права детета је *Конвенција УН о правима детета* из 1990,¹⁸ чији је потписник и наша земља. Према *Конвенцији* дете је људско биће све до навршене осамнаесте године живота осим ако се пунолетство не стиче раније. Државе чланице *Конвенције* обавезале су се да ће поштовати и обезбедити права која су садржана у њој, сваком детету под њиховом јурисдикцијом, без икакве

16 *Декларација о правима детета*, усвојена и прокламована резолуцијом Ген. ск. УН-а 1386 (ХИВ) од 20. новембра 1959. Цитат преузет из превода *Права човека*, оп.цит, стр. 71-73.

17 Јањић-Комар, М., *Право детета на живот и здравље*, док. дис., Београд 1981., стр. 46.

18 *Конвенција УН о правима детета*, „Сл. лист СФРЈ – Међ. уговори“, бр. 15. из 1990.

дискриминације. То пре свега, значи да државе чланице признају да свако дете самим рођењем има право на живот и да од тог тренутка оно стиче право на име, право на старање, право на држављанство и право да зна ко су му родитељи. Детету се признаје и право на слободу изражавања, слободу мишљења, савести и вероисповести. Дете нико не може одвојити од родитеља против њихове воље, осим у случајевима злостављања и занемаривања детета, као и код раставе родитеља, када се мора донети одлука о месту становања детета.

Конвенција предвиђа заштиту детета од одређених облика виктимизације. Тако, разликује сексуално изабљивање и злоупотребу детета од навођења или присиљавања детета да учествује у незаконитим сексуалним активностима, коришћења деце у проституцији и у порнографским представама и часописима. Затим, државе-чланице Конвенције обавезале су се да спречавају нелегалну трговину децом, као и да заштите децу од економске експлоатације и од обављања послова који могу бити штетни по здравље деце или омести њихов развој. Посебно је истакнута потреба да се деца заштите од употребе опојних дрога и психотропских супстанци. Но, без обзира на облик виктимизације који је дете претрпело, неопходно је пружити помоћ детету-жртви, како би се оно психички и физички опоравило у некој другој средини, у којој се подстиче здравље, самопоштовање и достојанство детета.

Сва деца имају право на највиши ниво здравствене и медицинске заштите. Међутим, за разлику од духовно и телесно здравог детета, ментално заосталом или физички инвалидном детету, треба обезбедити посебну негу и услове у којима хендикепирано дете може остварити достојанство и бити оспособљено за самосталан живот у заједници. Исто тако, Конвенција свој деци, без разлике, признаје право на образовање, с тим што основно образовање треба да буде обавезно и бесплатно. У односу на прошла времена, међународном заштитом права детета учињен је крупан корак напред за несметан и правилан развој деце, као најмање заштићених бића међу свим живим бићима.

У циљу додатне, појачане заштите дечијих права, уз Конвенцију су, 2000. године, усвојена два протокола: Факултативни протокол о учешћу деце у оружаним сукобима и Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији. Оба протокола су ступила на снагу 2002. године.

Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, уз Конвенцију о правима детета, наша земља је потврдила

Законом из 2002. године.¹⁹ У Протоколу су јасно дефинисани извесни појмови. Тако, у чл. 2 пише да продаја деце подразумева било коју радњу или трансакцију којим било које лице или група лица пребацује неко дете неком другом за новчану или било коју другу накнаду. Дечја проституција подразумева коришћење деце у сексуалним активностима за новчану или било коју дугу накнаду. Дечја порнографија подразумева било какво представљање, било којим средством, детета у стварним или симулираним експлицитним сексуалним активностима или било какво представљање сексуалних делова тела (примарних и сексуалних органа детета), првенствено у сексуалне сврхе.

Ради што ефикасније примене Закона Државе уговорнице ће усвојити или јачати, спроводити и ширити обавештеност о законима, управним мерама, социјалној политици и програмима, како би спречиле дела поменути у овом Протоколу. Посебна пажња поклањаће се заштити деце која су посебно рањива у односу на таква дела (чл. 9). Државе уговорнице ће јачати свест јавности у целини, укључујући и децу, кроз обавештавање помоћу свих одговарајућих средстава, образовање и обуку, о превентивним мерама и штетним последицама дела поменутих у овом Протоколу. При испуњавању својих обавеза из овог члана, државе уговорнице ће охрабривати учешће заједнице и посебно деце и деце жртава, у таквом обавештавању и образовању и обуци, укључујући на међународном нивоу.

Према чл. 11 Протокола, ништа из овог Протокола неће утицати на било које одредбе које су погодније за остваривање права детета а које могу бити садржане у: праву државе уговорнице и у међународном праву које обавезују ту државу.

Посебне обавезе су предвиђене задржаву потписницу у односу на комитет за права детета. Свака држава уговорница ће, у року од две године од ступања на снагу овог Протокола за ту државу уговорницу, поднети извештај Комитету за права детета, обезбеђујући свеобухватне информације о мерама које је предузела на спровођењу одредаба Протокола. Комитет за права детета може да тражи од држава уговорница додатне информације од значаја за спровођење овог Протокола (чл. 12).

Закон о потврђивању Факултативног протокола о учешћу деце у оружаним сукобима донет је, такође, у нашој земљи 2002. године.²⁰ Као мотиве за доношење овог Протокола државе уговорнице су навеле: узнемиреност

19 Закон о потврђивању Факултативног протокола о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, уз Конвенцију о правима детета, „Сл. лист СРЈ – Међ. уговори“, бр. 7/2002

20 Закон о потврђивању Факултативног протокола о учешћу деце у оружаним сукобима уз Конвенцију о правима детета, „Сл. лист СРЈ – Међ. уговори“, бр. 7/2002

због штетног и широко распрострањеног сукоба на децу и дугорочних последица које такав сукоб има на трајан мир, безбедност и развој; осуду услед одабирања деце за циљеве у ситуацијама оружаног сукоба и директне нападе на објекте који су заштићени међународним правом, укључујући места где обично борави знатан број деце, као што су школе и болнице. Такође, наводи се значај усвајања Римског статута Међународног кривичног суда, у коме је посебно квалификовање регрутације или мобилизације деце, која су млађа од 15 година или коришћење деце за активно учешће у непријатељствима у међународним и немеђународним оружаним сукобима као ратног злочина. На двадесет шестој међународној конференцији Црвеног крста и Црвеног полумесеца у децембру 1995. између осталог препоручено је да стране у сукобу предузимају све могуће кораке како би се обезбедило да деца млађа од 18 година не учествују у непријатељствима. Посебно се истиче значај једногласног усвајања, у јуну 1999, Конвенције бр. 182 Међународне организације рада о забрани и хитним акцијама за укидање најгорих облика дечјег рада, којом се, између осталог, забрањује присилна или обавезна регрутација деце ради њиховог искоришћавања у оружаном сукобу.

Овим Протоколом, државе уговорнице се обавезују да ће предузети све могуће мере како би се обезбедило да припадници њихових оружаних снага који још нису навршили 18 година не узимају директно учешће у непријатељствима (чл. 1). Државе уговорнице ће обезбедити да лица која још нису навршила 18 година не подлежу обавезној регрутацији у своје оружане снаге (чл. 2). Државе уговорнице ће подићи минималну старосну границу за добровољну регрутацију лица у своје државне оружане снаге у односу на ону постављену у члану 38 став 3 Конвенције о правима детета, имајући у виду принципе садржане у том члану и признајући да, у складу са Конвенцијом, лица млађа од 18 година имају право на посебну заштиту (чл. 3). У случајевима када државе уговорнице дозволе добровољну регрутацију у своје државне оружане снаге лицима млађим од 18 година, гарантоваће да ће као минимум обезбедити да:

- а) таква регрутација буде стварно добровољна,
- б) таква регрутација буде спроведена уз изричито пристанак родитеља или законских старатеља тог лица,
- в) су та лица у потпуности информисана о обавезама које произлазе из такве своје службе,
- г) та лица обезбеде поуздан доказ о својим годинама пре него што буду примљена у државну војну службу (чл. 3).

Оружане групе које нису оружане снаге државе, не би требало под било којим околностима да регрутују или искоришћавају у непријатељствима лица млађа од 18 година. Државе уговорнице ће предузети све могуће мере да спрече регрутацију и искоришћавање, укључујући усвајање неопходних законских мера да такве поступке забране или квалификују као кривично дело (чл. 4).

Државе уговорнице ће сарађивати у спровођењу овог Протокола, укључујући и у спречавању свих активности које су у супротности с Протоколом, и у рехабилитацији и друштвеној реинтеграцији с Протоколом, и у рехабилитацији и друштвеној реинтеграцији лица које су жртве активности које су у супротности с Протоколом, укључујући техничку сарадњу и финансијску помоћ. Ова помоћ и сарадња ће се одвијати уз консултацију са заинтересованим државама уговорницама и релевантним међународним организацијама (чл. 7). Свака држава уговорница ће, у року од две године након ступања на снагу овог Протокола за дотичну државу уговорницу, поднети извештај Комитету за права детета у коме ће пружити свеобухватне информације о мерама које је предузела за спровођење одредаба везаних за учешће и регрутацију (чл. 8).

3. Значај и улога Комитета за права детета

Конвенцијом о правима детета установљен је Комитет за права детета²¹ састављен од 18 чланова (раније 10) (чл. 43-45). Његове чланове бирају стране уговорнице на период од 4 године, између експерата високих моралних вредности и признате стручности, који су држављани државе чланице. Чланови Комитета делују у личном својству, уз поштовање равномерне географске заступљености. Стране уговорнице се обавезују да подносе Комитету извештаје о мерама које су државе усвојиле за остваривање права признатих Конвенцијом и о напретку оствареном у погледу уживња тих права.

Комитет ће сваке друге године подносити Генералној скупштини УН, преко Економског и Социјалног савета, извештаје о својим активностима. С друге стране, стране уговорнице ће обезбедити да им извештаји буду доступни најширој јавности у њиховим земљама. У оквиру својих овлашћења, Комитет може препоручити Генералној скупштини да затражи од Генералног секретара да проучи одређена питања која се односе на права детета.²²

21 Б. Јанковић, З. Радивојевић, оп. цит, стр. 261-262.

22 Конвенција о правима детета, УНИЦЕФ, Београд, стр. 35-39. [80](http://презентације.муп.гов.рс/Деца/дл/Конвенција_о_правима_детета_са_факултативним_протоколи-</p></div><div data-bbox=)

4. Документи регионалних организација

Међународноправна акта којима се штити слобода народа и друга политичка права садрже одредбе које се односе на права детета. *Декларација о ширењу међу омладином идеала мира, узајамног поштовања и разумевања међу народима* из 1965. прописује да младе људе треба одгајати у духу мира, правде, слободе, узајамног поштовања и разумевања да би се остварила равноправност свих људских бића и нација, као и економског и социјалног напретка, разоружавања и очувања међународног мира и безбедности. Средства васпитања деце, која се примењују у оквиру породице и кроз систем образовања, међу младим људима треба да негују идеје мира, човечности, слободе и међународне солидарности. Главни циљ образовања младих је развијање свих њихових способности и стицање моралних особина.²³

Неки од регионалних општих докумената о правима човека садрже и одредбе које прописују основна права детета. *Америчка декларација о правима и дужностима човека* из 1948. прописује да свако људско биће има право на живот, слободу и безбедност своје личности. Све жене, за време трудноће и дојења, као и сва деца, имају право на посебну заштиту, негу и помоћ. *Декларација* предвиђа увођење бесплатног, основног образовања.²⁴ *Афричка повеља о правима човека и народа* из 1981. породицу сматра природном заједницом и основом друштва, коју штити држава, водећи рачуна о њеном физичком здрављу и моралу. Обавеза је државе да помаже породицу и да осигура заштиту права жена и деце на начин како то предвиђају међународне декларације и конвенције. *Америчка конвенција о људским правима* из 1969. одвојено прописује права породице и права детета. Породица је природна и основна групна јединица друштва која има право на заштиту од стране друштва и државе. На државама-уговорницама лежи одговорност да обезбеде једнакост у правима и равнотежу између брачних другова у вези са браком, и у току брака, а за случај његовог раскида искључиво ће се узимати у обзир најбољи лични интереси деце (брачна и ванбрачна деца су изједначена у правима). Свако малолетно дете

ма_лат.пдф, приступ> 17.4.2012.

23 *Декларација о ширењу међу омладином идеала мира, узајамног поштовања и разумевања међу народима*, Цит. према преводу из *Архива за правне и друштвене науке* бр. 4/1968, стр. 746-747.

24 *Америчка декларација о правима и дужностима човека*. Цит. према преводу из *Архива за правне и друштвене науке* бр. 4/1968, стр. 761-763.

има право на мере заштите које су предвиђене за малолетнички статус и њих су дужни да примењују породица, друштво и држава.²⁵

Општи акти међународног значаја о правима човека из 1968. у којима су садржане одредбе о правима детета су: *Монтреалска декларација Скупштине за права човека* и *Техеранска прокламација*. *Монтреалском декларацијом* потврђује се да ниједно право нема већу потребу за признањем него што је право детета у било ком делу света. Последице које рат и насиље имају над децом привукле су пажњу јавности, али скривене неправде које проистичу из сиромаштва, незнања и дискриминације врло често пролазе незапажено.²⁶ *Техеранска прокламација* прописује да је заштита породице и деце брига међународне заједнице. Родитељи имају основно право да слободно и по савести одреде колико ће породица бити велика и у којим ће размацима рађати децу.²⁷

Пошто је сексуално злостављање и „комерцијално искоришћавање деце“ попримило облике савременог ропства, неопходна је међународна сарадња у тежњи да се ове појаве искорене. Светски конгрес против комерцијалног сексуалног искоришћавања деце по први пут је одржан у Штокхолму, од 27-31. августа 1996. Организатори су били: Фонд УН за децу (УНИЦЕФ) и Организација окончајте дечију проституцију у Азији. Конгресу су присуствовали представници влада из 122 државе, заједно са невладиним организацијама. На Конгресу је усвојена *Декларација против комерцијалне сексуалне злоупотребе деце*. Већ 19. септембра 1996. Савет Европе, са седиштем у Стразбуру, усвојио је резолуцију којом се од земаља Европске уније захтева да поведу посебну борбу против све веће распрострањености појаве сексуалног злостављања деце.

У СР Југославији облици сексуалног злостављања и злоупотребе деце инкриминисани су нормама позитивног кривичног законодавства. Такође, наша земља је потписник *Конвенције о правима детета* из 1989, којом је обухваћена и заштита интереса детета у сексуалној сфери.

Пошто СРЈ није била учесник Светског конгреса против комерцијалног сексуалног искоришћавања деце сматрамо да постоји интерес правничке јавности да се упозна са текстом овог међународног правног акта.

25 Америчка конвенција о људским правима из 1969. Цит. према преводу из *Права човека*, оп. цит, стр. 167, 182. и 183.

26 Монтреалска декларација Скупштине за права човека. Цит. према преводу из *Архива за правне и друштвене науке* 4/1968. стр. 821.

27 Техеранска прокламација. Цит. према преводу из *Архива за правне и друштвене науке*, 4/1968. стр. 838.

Наиме, према *Декларацији*, комерцијална сексуална експлоатација деце је основна повреда права детета којом се према детету поступа као према комерцијалном или сексуалном објекту. Друштвено економски фактори сматрају се главним узроком ове појаве, али не смеју представљати њено оправдање. План акције земаља потписница Декларације односи се на спровођење сарадње националних, регионалних и међународних организација против комерцијалне сексуалне употребе деце. Посебно су разрађене мере превенције ове појаве, као и заштите и опоравка сексуално виктимизираних деце. Иако Декларација представља ангажовање земаља чланица „кроз глобално партнерство против комерцијалног сексуалног искоришћавања деце“, а план акције има важност препоруке у односу на Комитет за права детета, значај Конгреса и усвајање документа имају значај посебне заштите права детета на међународном плану.

5. Закључак

Без обзира на обимну међународноправну заштиту, са великим бројем прокламованих права, стварна заштита деце од различитих облика злостављања изостала је у многим земљама света, а обим виктимизације деце се повећао (нова ратна подручја, трговина децом, све већа распрострањеност употребе дроге и алкохола међу децом). Исто тако, неке од најразвијенијих земаља света, као САД, још нису приступиле *Конвенцији УН о правима детета*, због ненадлежности федерације да регулише питања образовања, усвајања деце и заштите опште добробити детета. Због тога, многа од предвиђених права остају само на папиру. Сматрамо да би међународна заједница спровођењем мера за спречавање виктимизације детета, у смислу иницирања и вођења акција појединачно у земљама света, учинила много више да се смањи број угрожене и повређене деце.

Спречавање било којег облика злостављања детета, па и сексуалног, у пракси се може остварити само кроз промену правног положаја детета и поштравање казнене политике према извршиоцима. Исто тако, законодавац треба да прошири обим кривичноправне заштите детета, увођењем нових инкриминација, посебно у области кривичних дела против полног морала и брака и породице. Судови, тужилаштва и центри за социјални рад треба да уведу посебне уписнике са подацима о жртви. На тај начин би било једноставније доћи до података о обиму, врсти и начину злостављања деце. Јавност већину појава злостављања деце не препознаје као криминалну. Драстични случајеви који стигну до суда сматрају се изузецима, којима се не поклања много пажње.

Типично дете не постоји, али су раст и развој људске јединке континуирани, динамички процеси који се одвијају од зачећа до зрелости, у правилном низу, приближно истом за сваку особу. С друге стране, постоји типична особина „посебности“ која краси свако злостављано дете. Та се особина стално истиче у изјавама особа које злостављају децу, иако она објективно не мора да постоји. Дететова „абнормалност“ можда само тако изгледа родитељу као изазов да злоставља дете, док околина и стручњаци не виде ништа посебно што би га издвајало од друге деце. Исто тако, деца са обољењима мозга, дефектима на рођењу или ментално заостала, могу само да утичу на родитеље и своје ближње да их више воле и боље се старају о њима.

Деца било ког узраста, расе, религије, пола или социоекономског статуса могу постати жртве криминалитета. Без обзира на облик злостављања, дете-жртва трпи последице. У случајевима физичког злостављања то су видљиви хематоми, посекотме и трагови удараца, док сексуално злостављану децу можемо препознати по „празном погледу њихових очију“. Да би превенција злостављања деце била ефикасна мора се поћи од карактеристика и узорака сваке од тих појава.

Посматрано у склопу временских раздобља у развоју људског друштва, јасно је да се тек 20. век може назвати златним веком детета. Успоставља се права хумана и вишезначна емоционална веза између родитеља и деце. Људска цивилизација до сада није изградила неки други адекватнији облик који би породицу заменио у њеној социјализаторској и емоционалној функцији за развој детета. Зато је изграђен сложен систем односа између породице и државе. Држава се обавезује да обезбеди минимум социјалне сигурности породици и њеним члановима. С друге стране, родитељи су обавезни да при старању о својој деци поступају у складу са интересом или благостањем детета као руководећим принципом у породичним односима. За другачије поступање држава има право да изрекне санкције кривичноправног и грађанскоправног карактера.

„Дечји потчињени статус чији основ произлази из неспособности детета да се само брани, има корен у истом добронамерном деспотизму на основу кога су краљеви, мужеви и господари захтевали своје морално право“.²⁸ Тек када је дете почело да се посматра као личност у развоју, са својим биолошким и психолошким особинама, које су захтевале да има посебан породични и друштвени третман, заједница је наметнула правила понашања према њему, и то како породици, тако и институцијама које се

28 Wald, *Making Sense Out of the Rights of Youth, Human Rights*, 1974, str. 13, 15., cit. u Janjić-Komar, M., op. cit., str. 4.

баве дететом. Као тековина модерне цивилизације прихваћено је схватање да се свако одступање од тих правила понашања може сматрати чином виктимизације детета што повлачи одговарајуће реакције државе, на плану домаћег законодавства, али уз јасно и наглашено учешће норми међународног права.

Литература

Уџбеници, монографије, чланци

М. Јањић-Комар, *Право детета на живот и здравље*, (докторска дисертација), Београд, 1981.

Б. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, ПУНТА, Ниш, 2011.

М. Костић, *Личност малолетног делинквента - криминолошка обележја*, Теме, Ниш, 2011. - Бр. 2 (2011), стр. 475-493.

М. Младеновић, *Увод у социологију породице*, Савремена администрација, Београд, 1973.

Н. Раичевић, "Заштита људских права у оквиру Организације уједињених нација", у: *Људска права – упутство за употребу* (приредио Ненад Поповић), ОГИ, Ниш, 2004. стр. 85-114.

Документа

Америчка декларација о правима и дужностима човека. у: *Архив за правне и друштвене науке* бр. 4/1968

Америчка конвенција о људским правима из 1969. У: *Права човека*, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Декларација о ширењу међу омладином идеала мира, узајамног поштовања и разумевања међу народима, у: *Архив за правне и друштвене науке* бр. 4/1968

Декларација о правима детета, усвојена и прокламована резолуцијом Ген. ск. УН-а 1386 (ХИВ) од 20. новембра 1959. У: *Права човека*, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Декларација УН о укидању дискриминације према женама, у: *Архив за правне и друштвене науке* бр. 4/1968

Допунска конвенција о укидању ропства, трговине робљем и институција и праксе сличне ропству, усвојена на Конференцији пуномоћника сазваној Рез. Економског и социјалног савета 608 (ХХИ) од 30. априла 1956. У: *Права човека*, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Конвенција о борби против дискриминације у области просвете, у: Архив за правне и друштвене науке бр. 4/1968

Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, усвојена 18. децембра 1979, објављена у Сл. листу СФРЈ – Међ. уговори, бр. 11, од 9. октобра 1981. У: Права човека, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Конвенција УН о правима детета, „Сл. лист СФРЈ – Међ. уговори“, бр. 15. из 1990.

Конвенција о правима детета, УНИЦЕФ, Београд, [хттп://презентације.муп.гов.рс/Деца/дл/Конвенција_о_правима_детета_са_факултативним_протоколима_лат.пдф, приступ](http://презентације.муп.гов.рс/Деца/дл/Конвенција_о_правима_детета_са_факултативним_протоколима_лат.пдф, приступ) 17.4.2012

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен резолуцијом Ген. ск. УН-а 2200 А (XXI) од 16. децембра 1966. У: Права човека, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, усвојена резолуцијом Ген. ск. УН 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. У: Права човека, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Монтреалска декларација Скупштине за права човека. у: Архив за правне и друштвене науке бр. 4/1968

Међ. конвенција о укидању свих облика расне дискриминације, усвојена рез. Ген. ск. УН-а 2106 А (XX) од 21. децембра 1965. У: Права човека, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Општа декларација о људским правима, усвојена и прокламована резолуцијом Ген. ск. УН-а 217 (ИИИ) од 10. децембра 1948. У: Права човека, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Повеља УН, у: Права човека, (уредник Васиљевић, В), Прометеј, Београд 1991.

Техеранска прокламација. у: Архив за правне и друштвене науке бр. 4/1968

Закон о потврђивању Факултативног протокола о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, уз Конвенцију о правима детета, „Сл. лист СРЈ – Међ. уговори“, бр. 7/2002

Закон о потврђивању Факултативног протокола о учешћу деце у оружаним сукобима уз Конвенцију о правима детета, „Сл. лист СРЈ – Међ. уговори“, бр. 7/2002

Prof. Miomira Kostić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš,

CHILD PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW

Summary

At the international level, child protection is envisaged within the framework of general human rights protection, which provides for a special protection of children's rights. In this paper, the author explores all relevant international documents regulating various issues concerning the rights of the child. In that context, the author first focuses on the UN human rights documents, including both general documents on human rights (the UN Declaration on Human Right, the Covenant on Civil and Political Rights and its two optional protocols, the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) and special conventions on human rights(the Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women, the Convention against Torture and other forms of Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment, the Convention on the Rights of the Child, and other international documents), which are relevant for child protection. Further on, the author elaborates on the significant role of the UN Committee for the Rights of the Child and provides an overview of the regional documents containing provisions on child protection.

Key words: the rights of the child, abused child, commercial exploitation of children, child protection.

ПРАВНИ РЕЖИМ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА КАО ВИД „ХИБРИДНЕ РЕГУЛАТИВЕ“

„Тема јавно-приватног партнерства лежи на разделници између привреде и политике, повезујући јавноправни ауторитет и филозофију предузетника.

Ова симбиоза... може бити инспиративна...“

(извод из предговора књиге „Public Private Partnerships – Gestaltung aus ökonomischer und juristischer Sicht“, 2004)

Апстракт: *Полазни основ правног оквира за ЈПП је елиминисање дихотомије „хијерархија-тржиште“. Стога се рад бави питањем прожимања правних правила у ужем смислу, са једне, тржишних правила пословања, са друге стране. Прожимање правних правила у ужем смислу и „тржишно“ засноване приватне регулативе у контексту ЈПП-а има своју форму која се назива „хибридна регулација“. Како регулисање правним правилима почива на хијерархији, а тржишна регулатива функционише на основу тржишних законитости, одржив баланс између једног и другог типа регулативе кључ је за успех ЈПП пројекта. Основно питање хибридне регулације јесте на који начин обезбедити легитимност описане „хибридне регулативе“. Претпоставка за остваривање такве легитимације је: а) ограничење опортунитета приватног партнера у ЈПП пројекту у смислу да*

1 Истраживач на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

Истраживач на пројекту „Одрживост идентитета Срба и националних мањина и пограничним општинама источне и југоисточне Србије „ (179013) који се реализује на Универзитету у Нишу-Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године

поред легитимне тежње за профитом обезбеди реализацију јавног интереса; б) постављање оквира деловања јавног партнера како би се елиминисала могућност да својим поступцима (користећи суверена овлашћења) онемогући приватног партнера да тржишно функционише као актер јавно-приватног партнерства. Легитимација јавно-приватног партнерства базирана је на резултату ЈПП пројекта и перцепцији тих резултата од стране „јавности“ као политичког концепта. Тиме се амортизује дефицит демократског (политичког) легитимитета приватног партнера.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство; хијерархијско регулисање, тржишно регулисање, легитимитет.

1. Увод

Јавно-приватно партнерство (е. *Public-Private Partnership* даље и: ЈПП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре.

Јавно-приватно партнерство одговор је на потребу фузије друштвених ресурса различитог порекла (приватних, државних) у циљу реализације колективног напретка. Државе су приморане на сарадњу са приватним сектором како би остале конкурентне на глобалном тржишту. Описана сарадња захтева да држава прихвати правила и методе тржишног деловања. Полазни основ правног оквира за ЈПП је елиминисање **дихотомије „хијерархија-тржиште“**.² Границе између јавног сектора (организованог по принципу хијерархије) и приватног сектора (усмераваног тржишним механизмима) бледе са настанком полицентричног система управљања економским процесима³. У таквим околностима кооперација представља нови степен односа јавног и приватног сектора.

2 Хијерархијско управљање, карактеристично за државу, и управљање засновано на тржишним законитостима сматрају се међусобно искључивим системима усмеравања економских процеса. Јавно-приватно партнерство требало би да обезбеди синтезу ових приступа и генерише „трећи пут“ управљања економским активностима у сегменту делатности од општег интереса.

3 Полицентризам управљања економским процесима има своју вертикалну и хоризонталну димензију. Вертикална се огледа у управљању на нивоу државе, регионалних, континенталних и универзалних интеграција (најчешће са пратећом институционалном еманацијом, попут ЕУ и Светске трговинске организације). Хоризонтална

Горе описана кооперација генерише тензије и контраверзу чији је извор супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Описано двојство интереса узрокује две групе правила којима се уређује ЈПП као правни феномен.⁴

Прву групу правила чине правне норме у ужем смислу, праћене контролом извршења и санкцијом државе.

Другу групу правила чине механизми и законитости тржишног функционисања, који условљавају да приватноправни субјекти (па и они који су потенцијални или стварни партнери у ЈПП пројектима) поступају на начин који је неопходан за успешно тржишно деловање.

Разлике између ових правила проистичу из контекста у коме функционишу и који их окружује: правна правила функционишу и санкционишу се на основу монопола принуде; приватна регулатива базирана је, у коначном на санкцијама тржишног карактера (неуспех на тржишту).

Предуслов за развој јавно-приватног партнерства била је промене парадигме управљања јавним ресурсима: уместо концепта владања, прихваћен је концепт „управљања“ (R.A.W. Rhodes, 1997). Померање од владања ка управљању језгровито је дато у сентенци да „сви учествујемо у регулаторној игри“ (Levi-Faur (ed), 2011: 7). Наиме, „појединци ставарају приватне децентрализоване норме; приватноправна тела стварају централизоване приватне норме; држава проводи јавне централизоване права и регулативу“ (Murray, Scott, 2002: 502). У складу са овом променом, регулаторни приступ више није искључиво унилатералан и „*top down*“ (приступ у коме држава централистички одређује правила коришћења јавних ресурса и врши надзор над њиховим коришћењем). Комплемент унилатералног и „*top down*“ приступа је „*bottom-up*“ концепт који подразумева да нижи нивои државне власти, укључујући и локалне самоуправе, учествују и иницирају доношење одлука о стратегији и селекцији приоритета привредног и друштвеног развоја на свом подручју. „*Bottom up*“ приступ захтева транспарентност и укључивање одговарајућих референтних група (предузетника, невладиног сектора, универзитета) у установљавање концепта

димензија полицентричног управљања манифестује се кроз утицај „трећег сектора“, попут невладиних организација на регулаторни процес (ово је посебно видљиво у појединим важним областима, попут еколошког права).

4 Више о појму и карактеристикама ЈПП-а видети у: Цветковић, Миленковић-Керковић, 2011: 758-770.

предлога ЈПП пројекта. При томе, *“bottom up”* приступ не искључује *“top down”* концепт: оба концепта имају се комбиновати како би се обезбедио успех у реализацији ЈПП-а.⁵ Ипак, у случају граничних ситуација (попут угрожавања јавног интереса због неодговарајућег поступања приватног сектора) приватни интерес остаје подређен јавном.⁶

2. Јавно-приватно партнерство као пример „хибридног“ регулисања

Прожимање правних правила у ужем смислу и „тржишно“ засноване приватне регулативе у контексту ЈПП-а има своју форму која се за потребе овог рада назива „хибридна регулација“ (Levi-Faur, 2011: 1-25). Полазна претпоставка разумевања „хибридности“ регулације јавно-приватног партнерства јесу значајне разлике између природе и механизма деловања правне норме у ужем смислу и тржишне регулативе. Разлика је пре свега у циљу: правне норме теже обезбеђењу јавног интереса кроз хије-

5 Манифестација *“top down”* приступа у Закону о ЈПП и концесијама Републике Србије је овлашћење Комисије за ЈПП и концесије у односу на предлоге пројеката. Наиме, у поступку прибављања сагласности, предлог пројекта се доставља и Комисији за ЈПП ради давања мишљења и оцене да ли се конкретни пројекат може реализовати у форми ЈПП. Мада по основу Закона о ЈПП и концесијама Комисија за ЈПП само даје мишљење у поступку одобравања предлога пројекта ЈПП без елемената концесије и у поступку предлагања концесионог акта, Одлука о образовању Комисије за ЈПП („Службени гласник Републике Србије“ бр. 13/2012), као подзаконски акт, прецизира да је за спровођење сваког пројекта ЈПП неопходно прибавити позитивно мишљење Комисије, као и да такво мишљење мора бити дато уз позитиван глас члана Комисије који представља Министарство финансија.

6 Описана карактеристика ЈПП-а назива се *“хијерархијском константом”* и заснована је на следећем: мада јавно-приватно партнерство представља оквир заједничке акције јавног сектора и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, у ситуацијама када је неопходно одредити се за јавни или приватни интерес потоњи остаје у сенци хијерахије: тада се држава враћа на образац хијерархијског поступања, перманентно задржавајући право (кроз тзв. *„хијерархијску константу“*) да примени интервенционистичку парадигму. Видети више у: Ћирић, Цветковић, 2012: 618-627.

рархијске механизме претходне⁷ и накнадне⁸ контроле јавног интереса. Приватно, тржишно оријентисано регулисање базирано је на потреби установљавања оквира који обезбеђују да деловање приватног актера обезбеди највиши могући профит. Пример оваквог регулисања је ограничење опортунитета приватног актера: нпр, губитак репутације због некавалитетног снабдевања робом или услугама представља „пра-

7 Спровођење надзора над реализацијом пројекта јавно-приватног партнерства спроводи се кроз два временска оквира: фази која претходи закључењу јавног уговора (*ex ante* надзор; даље и: претходни надзор) и фази реализације пројекта (*ex post* надзор; даље и: надзор реализације). Претходни надзор утврђен је нормама Закона о ЈПП-у и концесијама. У ове норме спадају норме генералне примене (попут начела садржаних у члану 6 Закона: начела ефикасности; начела транспарентности; начела једнаког и правичног третмана; начела слободне тржишне утакмице; начела пропорционалности; начело аутономије воље; начело равноправности субјекта). Ова начела и правила генералне примене релевантна су и за фазу надзора реализације закљученог јавног уговора. Наведена начела представљају правне стандарде који се користе да се у конкретним околностима утврди да ли ЈПП (било у фази припреме-претходни надзор-било у фази имплементације-надзор реализације) служи остваривању јавног интереса. Поред генерално применљивих принципа Закона о ЈПП-у, претходни надзор остварује се кроз правила о поступку и начин доделе јавног уговора. Претходни надзор се остварује пре свега стриктним поштовањем (имајући у виду когентну природу правила Закона) норми којима се уређују: критеријуми избора приватног партнера (видети чл. 20 Закона); правила којима је уређен поступак објављивања јавног позива, укључујући и поштовање рокова за пријем понуда и њихову садржину (видети чл. 22 – 25 Закона).

8 Надзор над реализацијом ЈПП пројекта (накнадни надзор), обухваћен је пре свега одредбама којима се ограничава могућност измене закљученог уговора. Измена јавног уговора је у закону постављена као изузетак (а не правило), те се према општим правилима тумачења норме има интерпретирати уско (рестриktivно). Измене уговора не могу се тицати предмета уговора, рока на који је уговор закључен, понуђене концесионе накнаде (видети чл. 50. Закона). На овом месту ваља указати да је могуће (није искључено) да се у уговор са концесионаром унесе клаузула поновног преговарања, којом би се (уз законом предвиђена и горе наведена ограничења) омогућило преговарање о изменама већ закљученог уговора. Преоговарање се потенцијално може јавити као непоходно у поступку реализације јавног уговора, који је дуготрајан, комплексан и уз то га карактерише асиметричност информација. Асиметричност информација односи се на чињеницу да пројекти са карактером ЈПП-а са и ли без елемената концесије закључују и поред тога што се одређене важне чињенице и питања не могу решити уговором; изостанак таквих решења није резултат самовоље и небриге уговарача, већ чињенице да ЈПП пројекти укључују питања која по себи нису подобна за дефинитивно предвиђање. Ради се о питањима попут: потенцијала природног ресурса да буде економски исплатив; измена у квалитету и трајању политичке подршке пројекту; економским тешкоћама на страни учесника пројекта и слично. Суштински је, међутим, важно да се било какве измене врше на начин који не штети основном циљу ЈПП-а са или без елемената концесије: оптималном, ефикасном, ефективном и легалном остваривању јавног интереса.

вило“ које ограничава такав опортунитет. У контексту ЈПП-а, хибридно регулисање би требало да утврди шире оквире: не само оквире за ограничење опортунитета у складу са деловањем економског закона вредности, већ и границе таквом опортунитету установљене захтевом реализације и заштите јавног интереса упућеног како јавном, тако и приватном партнеру. У свом чистом виду, приватно регулисање (без претходне и накнадне контроле јавног партнера) неће регистровати ограничења заснована на јавном интересу попут заштите социјалног мира, квалитета и континуитета снабдевања добрима и услугама од јавног интереса etc.⁹

Неадекватно реализована „хибридизација“ правног и тржишног регулисања у контексту ЈПП-а може имати за резултат штету која се у литератури карактерише као резултат „токсичног микса“ (Jacobs, 1994). Кључна тешкоћа је могућност да приватни сектор прагматично (у складу са сопственом тржишном логиком) обавља улогу „регулатора“ на начин који нарушава реализацију јавног интереса. Наиме, обављање делатности од јавног интереса од стране приватног сектора чини да се овај интерес остварује кроз механизам тржишне евалуације: резултат такве евалуације може бити јавни интерес који је „тржишно модификован“, при чему те модификације потенцијално нарушавају интегритет и структуру конкретног јавног интереса на начин који штети његовој реализацији.

2.1. Хијерархија и тржиште као елементи „хибридне регулативе“

„Хибридна“ регулатива почива на прожимању правне регулативе у ужем смислу (засноване на принципу контроле и санкције суверена) и тржишног регулисања. Први тип регулативе заснован је на хијерархији; други тип регулативе функционише на основу тржишних законитости (Murphy, Scott, 2002: 504). У контексту ЈПП-а, ни један од два типа регулативе није довољан за функционисање јавно-приватног партнерства из следећих разлога:

- хијерархијски модалитет обезбеђује контролу, али неефикасан је у погледу утицаја на приватног партнера; приватни партнер неће учествовати у ЈПП пројекту уколико је остављен без маргине права на тржишно одлучивање, односно уколико је степен контроле јавног партнера такав да му такво одлучивање онемогућава;

⁹ Ова претпоставка о изостанку бриге приватног партнера за јавни интерес трпи корекцију у случају примене концепта друштвено одговорног пословања (е. „*corporate social responsibility*“).

- тржишни модалитет обезбедиће економски ефикасно искоришћавање пројекта, али није адекватан гарант заштите и унапређења јавног интереса.

Узимајући у обзир горе наведено, одговарајући баланс између једног и другог типа регулативе кључ је за успех пројекта јавно-приватног партнерства. Супротан приступ води неуспеху ЈПП пројекта и његовој „делегитимизацији“ на следећи начин:

- померање тежишта регулисања ка хијерархијском „полу“ ЈПП структуре (екстензивна и дискрециона контрола коју јавни партнер врши над приватним партнером) за практичну консеквенцу има изостанак ЈПП пројекта: нема озбиљног приватног који би учествовао у пројекту у коме му је необразложено и дискреционо ограничена слобода тржишног деловања.
- померање баланса ка полу „тржишног“ регулисања, не искључује се могућност реализације ЈПП пројекта, али постоји верованоћа да приватни партнер оствари супермацију над јавним у поступку реализације јавно-приватног партнерства, пре свега због изостанка „епистемиолошке легитимације“, односно недостатка знања јавног партнера.¹⁰

10 Ситуација у којој приватни интерес има предност над јавним може се превазићи коришћењем одређених метода избора приватног партнера, попут процедуре конкурентског дијалога. Институт „конкурентског дијалога“ предмет је регулисања новог Закона о јавним набавкама Републике Србије (видети чл. 37. Закона о јавним набавкама: на конкурентски дијалог изричито упућује Закон о ЈПП у члану 23. ст. 2. тач. 2). Наведени поступак преузет је из релевантних директива ЕУ. Намењен је за спровођење сложених јавних набавки. У контексту ЈПП концепта, јавни актер користи овај поступак када због недостатка логистике и/или експертизе не може прецизно да одреди или опише предмет јавне набавке, односно технолошко решење које жели да оствари. Поступак конкурентског дијалога има најмање три фазе. У првој фази сви заинтересовани актери подносе пријаве, на основу општих информација о пројекту; у другој фази наручилац води дијалог са свим кандидатима (којима је претходно признао квалификацију) у циљу проналажења решења. Наручилац (јавни актер) може организовати дијалог у више фаза ради смањења броја решења о којима се води дијалог. Пошто препозна једно или више решења као одговарајуће, наручилац позива кандидате да поднесу коначне понуде. При томе наручилац не може открити кандидатима решење које нуди други кандидат. Да би била спречена злоупотреба овог поступка, односно његова примена и у случајевима када то није оправдано, јавно тело које спроводи поступак конкурентског дијалога дужно је да (према изричитој дикцији Закона о јавним набавкама) пре покретања поступка прибави сагласност Управе за јавне набавке. Видети више у: (Цветковић, Голубовић, 2013: 476-489).

3. Легитимност ЈПП-а у контексту „хибридне“ регулативе

„Хибридна“ регулативе ЈПП-а заснива се на претпоставци да функционисање пројекта јавно-приватног партнерства почива на преклапању и узајамном прожимању јавноправног и приватноправног интереса. Са једне стране, кључне обавезе, дужности и одговорности јавног партнера као актера ЈПП концепта дефинисане су *ius cogens* нормама. Описано детерминисање условљено је и оправдано чињеницом да је јавни партнер еманација суверенитета чији је задатак заштита и унапређење остваривања јавног интереса. Са друге стране, пак приватни партнер функционише у оквиру тржишног (неретко спекулативног) система, као тржишни актер условљен деловањем закона вредности и тржишних кретања. Јавно-приватно партнерство као форма уређивања учешћа приватног сектора у остваривању јавног интереса не припада у потпуности нити једном нити другом правном оквиру. Укључивање елемента јавног интереса у ЈПП концепт, уз истовремену економску потребу уважавања тржишно одређене филозофије и методологије деловања приватног партнера, неопходан је услов у сагледавању правног оквира јавно-приватног партнерства као структуре *sui generis*. Комбинација јавноправног и приватноправног дискурса успешна је уколико је:

- фикасна (унапређује остваривање јавног интереса)
- легитимна.

Основно питање хибридне регулације јесте на који начин обезбедити легитимност примене правних правила и правила која су резултат приватног (тржишно оријентисаног) регулисања.

Легитимност ЈПП пројекта просуђује се према критеријумима прихваћености, подобности и прикладности ЈПП пројекта у контексту вредности, правила и схватања друштвеног оквира у коме пројекат функционише. У крајњем, легитимност произилази из потенцијала јавног и приватног партнера да мобилишу социјалне, политичке и друге ресурсе у циљу реализације пројекта.

Када се ради о легитимитету регулативе, правна норма легитимет добија на основу усвајања одлука у законом предвиђеној процедури. У контексту ЈПП-а, легитимитет одлуке органа јавног предузећа заснован је на процедури његовог постављења те надзору који држава као оснивач спроводи над радом јавног предузећа. „Легитимитет“ приватног регулисања, пак, заснован је на тржишном учинку предузећа.

Разлика у дефиницији легитимитета правне и приватне (тржиштем условљене) регулативе потиче из различитих циљева јавног и приватног

сектора. Први тежи заштити и унапређењу јавног интереса; други је фокусиран на стицање профита и увећања тржишне вредности предузећа. У ситуацији када нема прожимања јавног и приватног сектора, легитимитет обе регулативе (правне и тржишне) лако је препознатљив: у случају јавног сектора легитимитет се изводи из одлука оснивача јавног предузећа које имају за циљ остваривању јавног интереса; у случају приватног сектора легитимитет је базиран на адекватним одлукама приватног актера у наступу на тржишту и економским резултатима који су последица таквих одлука. У оба случаја јасно је структурирана и контрола легитимитета правне и приватне (на тржишту засноване) регулативе: у првом случају постоји надзор над остваривањем јавног интереса, а у другом тржишни механизми као коректив понашања предузетника.¹¹ У случају ЈПП-а, међутим, имајући у виду „хибридни“ карактер и прожимање регулативе, лоцирање легитимитета је комплексније: јавно-приватно партнерство остварује легитимитет према „јавности“ као политичком концепту. Степен легитимитета ЈПП-а условљен је степеном позитивне перцепције рада и резултата ЈПП пројекта у јавном дискурсу. На тај начин се амортизује недостатак демократске легитимације приватног актера који учествује у реализацији јавног интереса.¹²

За државе у транзицији попут Републике Србије, легитимитет јавно-приватног партнерства захтева и превазилажење одијума према учешћу приватног сектора у обављању делатности од јавног интереса. Овај је одијум има двоструко порекло: најпре, резултат је проблематичних резултата приватизације (и изједначавања ЈПП концепта са концептом приватизације); потом, постоји недостатак „институционалне меморије“ јавног сектора (искуства, знања и верификоване методологије) у погледу успостављања транспарентних и јасних односа са приватним сектором. Описани недостатак превазилази се стратешком политичком одлуком поузданог легитимитета. **Оваква је одлука неопходна будући да јавно-приватно партнерство у корену руши монопол јавних предузећа.** Јавно-приватно партнерство стога мора бити препознат као резултат јасне и неповратне одлуке да се јавни сектор отвори приватном капиталу, на начин који не угрожава остваривање и заштиту јавног интереса. Горе

11 Видети сурга напомене 6 -7. овог рада.

12 На овом месту ваља на поменути да и у политичком дискурсу, демократски легитимитет све више добија карактер легитимитета заснованог на резултату (ефикасности) управљања друштвеним (економским, социјалним, политичким) процесима, а не искључиво на обезбеђењу поштовања демократских процедура. Приватни сектор има потенцијал значајне улоге у остваривању таквог, на резултату заснованог легитимитета.

наведено је претпоставка етаблирања легитимитета ЈПП-а као општег концепта, а консеквентно томе и конкретног пројекта јавно-приватног партнерства.

3.1. Корегулативни“ приступ као метод обезбеђења „легитимности“ хибридне регулативе

У контексту јавно-приватног партнерства, основни метод „хибридног“ регулисања је корегулација. Наиме, јавни и приватни партнер заједнички раде на регулисању конкретног ЈПП пројекта. У случају хијерархијског регулисања јавно-приватног партнерства, корегулисање функционише на два нивоа: општем и конкретном. На општем нивоу, корегулисање значи да се интереси пословне заједнице која има потенцијал уплива у пројекте инфраструктуре на адекватан начин уважава (кроз консултације, учешће у припреми закона, јавне расправе и слично). *In concreto*, корегулатива се остварује „дијалогом“ јавног и приватног сектора кроз поступак избора приватног партнера. Еклатантан пример овог приступа је поступак „конкурентског дијалога“.¹³ Пример конкурентског дијалога релевантан је и за сагледавање корегулативе у којој превласт (у смислу технолошке и економске експертизе) има приватни партнер.

Успешна корегулација захтева да актери уважавају разлике у очекивањима и циљевима ЈПП пројекта: само тада пројекат ће бити ефикасан и прибавити себи карактер „легитимног“. Структура корегулације као модалитета регулисања јавно-приватног партнерства зависи од конкретних околности пројекта у питању. Почетна позиција јавног и приватног партнера је да функционишу унутар задатог оквира и модалитета поступања: за јавног партнера то је хијерархијски модел управљања, а за приватног модел заснован на развијању тржишне конкурентности. Ваља поновити: легитимација оба актера у „чистим“ моделима је лако мерљива: јавни партнер спроводи утврђену јавну политику у области од јавног интереса, док приватни партнер функционише на тржишту. У првом случају легитимност је заснована на политичкој вољи и спровођењу одређене јавне политике у области регулисања јавног интереса; у другом случају, легитимитет је заснован на тржишним резултатима приватног актера.

Одступање од описаног (*prima facie* оптималног) модалитета функционисања било јавног, било приватног партнера, захтева прожимање критеријума за установљавање легитимитета: у случају јавно-приватног партнерства, критеријум легитимитета допуњује се критеријумом ефикасности у реализацији јавног интереса (што је критеријум са

13 Видети *supra* излагање у тач. 2. овог рада.

„тржишним“ хабитусом“); код приватног партнера, пак, критеријум тржишне ефикасности допуњава се критеријумом одговорности за реализацију јавног интереса, укључујући и елемент солидарности.

Одступање од редовних модалитета регулисања јавног партнера (померање од „хијерархијског“ ка „тржишном“) и приватног актера (померање од „тржишног“ ка „хијерархијском“) оправдани су стварањем „додате вредности“ као резултата ЈПП пројекта: за приватног актера, то је економска добит. За јавноправног, социјална (политичка) корист манифестована кроз виши ниво квалитета услуга остварен ефикаснијим функционисањем, олакшаним финансирањем и применом тржишних метода пословања.¹⁴

Свако одступање од „чистих“ модела функционисања производи одређене ризике за оба партнера:

- за јавног партнера, то је ризик да одрицање од монопола над управљањем јавним ресурсима у корист приватног партнера има за резултат да коришћење описаних ресурса не буде увек у јавном интересу;

¹⁴ Јавно-приватно партнерство један је од три начина реализације пројеката инфраструктуре и обављања делатности од јавног интереса. Преостала два су: реализација ових пројеката коришћењем сопствених финансијских, персоналних и других есурса (тзв. „in house“ метод) или финансирање кроз кредитни капитал. Исплативост ЈПП-а у односу на друга два метода процењује се кроз методологију компарације вредности која се добија применом све три методе за конкретни пројекат (е. „Value for Money“). Комисија за јавно-приватна партнерства и концесије Републике Србије усвојила је документ назван „Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (Валуе –фор-Монеу) у јавно-приватном партнерству и концесијама“. Наведени документ језгровито дефинише појам методологије „вредности за новац“ (параграф 3, страна 1): „Утврђивање добијене вредности у односу на уложена средства (утврђивање «вредности за новац»; енг. *value for money, VfM*) је примена аналитичког поступка у оквиру кога се настоји квантитативним путем утврдити да ли је за пореске обвезнике од веће користи да се примени традиционални модел инвестирања у коме се јавно тело појављује у улози инвеститора, преузимајући све или претежан део ризика јавне инвестиције, или им се више исплати да набаве услугу од понуђача из приватног сектора, преносећи (алоцирајући) већину ризика на њега, када се ради о јавно-приватном партнерству (ЈПП). Дакле, у основи идеје максимизације добијене вредности за јавни новац (средства) је пренос одређених ризика јавне инвестиције на приватног партнера. У том смислу, Европска комисија дефинише јавно-приватно партнерство као партнерство између јавног и приватног сектора које има за циљ пружање услуге коју традиционално обезбеђује јавни сектор. Јавни сектор се јавља у улози наручиоца који има за циљ да обезбеди пружање јавне услуге кориснику, док се приватни сектор јавља у улози извршиоца и има за циљ да пружи јавним уговором дефинисане услуге“. Методологија је доступна на сајту комисије <http://www.ppp.gov.rs>.

- за приватног партнера, пак, настаје ризик да улажењем у јавни сектор буде ограничена могућност његовог, на тржишним принципима заснованог и профитом вођеног понашања.

Наведени ризици превазилазе се адекватном алокацијом кроз уговорно дефинисање права, обавеза и одговорности партнера.¹⁵ Тиме се елиминише могућност да држава као носилац суверенитета неоправдано фаворизује одређеног приватног партнера или злоупотреби своје прерогативе да поремети уговорну равнотежу. *Vice versa*, на тај се начин спречава да приватни партнер као „регулатор“ јавног сектора одлучује о јавним интересима искључиво кроз призму тржишног деловања (на пример, установљавање висине тарифа за јавна добра и услуге без узимања у обзир заштите социјалних категорија, давање предности смањењу трошкова на рачун квалитета услуге или добра од јавног интереса и слично).

Литература

Jacobs, Jane, (1992). *Systems of Survival: A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*. New York: Random House

Levi-Faur, D. (Ed.). (2011). *Handbook on the Politics of Regulation*. Cheltenham UK: Edward Elgar.

Levi-Faur, D. (2011). *Regulation and regulatory governance. Handbook on the Politics of Regulation* [electronic version]. <http://regulation.huji.ac.il/papers/jp1.pdf>.

Murray, A. Scott, C. (2002). Controlling the New Media: Hybrid responses to new Forms of Power. *The Modern Law Review*. Vol. 65, No. 4. 491-516.

Rhodes, R.A.W. (1997). *Understanding Governance*. Buckingham: Open University Press.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2012). Јавно приватно партнерство између „хијерархијске константе“ и „нове етике“ друштвених односа. *Право и привреда*. Бр. 4-6. 618-627.

Цветковић, П. Голубовић, С. (2013). Самоиницијативни предлог као инструмент реализације јавно-приватног партнерства. *Право и привреда*. Бр. 4-6. 476-489.

Цветковић, П. (2012). Ризици јавно-приватних партнерстава: полазна разматрања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 63. 121-146.

15 Видети више у: Цветковић, 2012: 121-146..

Цветковић, П. Миленковић-Керковић, Т. (2011). Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања. *Право и привреда*. Бр. 4-6. 758-770.

Закон о јавним набавкама („Сл. гласник“ бр. 124/2012)

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, („Сл. Гласник“ бр. 88/2011)

Резиме

Јавно-приватно партнерство одговор је на потребу фузије друштвених ресурса различитог порекла (приватних, државних) у циљу реализације колективног напретка. Границе између јавног сектора (организованог по принципу хијерархије) и приватног сектора (усмераваног тржишним механизмима) бледе са настанком полицентричног система управљања економским процесима. У таквим околностима ЈРП представља нови степен кооперације јавног и приватног сектора. Описана кооперација могућа је прожимањем две групе правила којима се уређује ЈПП као правни феномен: правним нормама у ужем смислу (прописаним, контролисаним и санкционисаним од стране суверена) и „правилима“ у форми механизма и законитости тржишног функционисања која приватни субјекти морају поштовати да би успешно пословали.

Прожимање правних правила у ужем смислу и „тржишно“ засноване приватне регулативе у контексту ЈПП-а има своју форму која се назива „хибридна регулација“. Како регулисање правним правилима почива на хијерархији, а тржишна регулатива функционише на основу тржишних законитости, одржив баланс између једног и другог типа регулативе кључ је за успех ЈПП пројекта. Основно питање хибридне регулације јесте на који начин обезбедити легитимност примене правних правила и правила која су резултат приватног (тржишно оријентисаног) регулисања.

Разлика у дефиницији легитимитета правне и приватне (тржиштем условљене) регулативе потиче из различитих циљева јавног и приватног сектора. Први тежи заштити и унапређењу јавног интереса; други је фокусиран на стицање профита и увећања тржишне вредности предузећа. У ситуацији када нема прожимања јавног и приватног сектора, легитимитет обе регулативе (правне и тржишне) лако је препознатљив. У случају ЈПП-а, међутим, имајући у виду „хибридни“ карактер регулативе, дефинисање критеријума легитимитета је комплексно: јавно-приватно партнерство остварује легитимитет према „јавности“ као политичком концепту. Степен легитимитета ЈПП-а условљен је степеном позитивне перцепције рада и резултата ЈПП пројекта у јавном дискурсу (легитимација на основу резултата).

Prof. Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE LEGAL REGIME OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AS A FORM OF 'HYBRID REGULATION'

Summary

Public-private partnership is a response to the need for fusion of social resources of different origins (private, state) in order to improve the overall wealth. The boundaries between the public sector (organized by the principle of hierarchy) and the private sector (channeled through market mechanisms) faded with the emergence of a polycentric system of economic governance. In such circumstances, PPP constitutes a new level of cooperation between the public and private sectors. Described cooperation is possible by intertwining of two groups of rules governing PPP as a legal phenomenon: the legal rules standards in the strict sense (regulated, controlled and sanctioned by the sovereign authority) and "rules" manifested in the form of market mechanisms and patterns of functioning that private operators must obey in order to achieve success on the market.

In the PPP discourse, intertwining of legal rules in the strict sense and the rules originating from the "market" based private regulation is called "hybrid regulation". As the functioning of legal rules is based on hierarchy, and market regulation operates on the basis of market principles, appropriate and sustainable balance between the two types of regulation is the key to the success of a PPP project. The main question of hybrid regulation is how to ensure the legitimacy of the application of both sets of rules..

The difference in the definition of the legitimacy of legal rules in the strict sense and private (market determined) regulation stems from the different objectives of the public and private sectors. The first aims to protect and promote public interest; the second is focused on making profit and increasing the market value of the company. In a situation where there is no mutual connection between public and private sectors, the legitimacy of both regulatory systems (legal in the strict sense and market-based) is easily recognizable. In the case of PPP, having in mind the "hybrid" character of regulations, to define the legitimacy is complex task: a public-private partnership achieves legitimacy to the "public" taken as a political concept. The degree of legitimacy of PPP depends on the degree of positive perception of the work and results of PPP projects in the public discourse (result based legitimacy).

Keywords: Public-Private Partnership; hierarchical regulation; market based regulation; legitimacy.

ПРИВАТНЕ МАРКЕ¹

Апстракт: Друштвене промене у савременом добу узроковале су својеврсна померања у сфери привредног живота, чији значајан сегмент представља жигово право. У том смислу, као корелат произвођачким жиговима, тј. маркама, појавиле су се трговачке марке.

Трговачке или приватне марке могу се дефинисати као марке у власништву посредника, односно трговаца који ангажују произвођаче за производњу производа којима ће марка бити додељена. Ове марке су почеле да се појављују у другој половини 19. века, а запаженије место и улогу на тржишту оствариле су на крају прошлог и почетку овог века. Данас оне добијају све већи значај. Велики трговински ланци (као што су: "Delhaize", "Lidl", "Idea", "Metro" и други), све више посежу за употребом ових марки, као значајном и моћном инструменту привредне утакмице у бескомпромисној борби за придобијање потрошача на тржишту.

Ове марке су постале важан елемент пословања и снажан адут за побољшање позиције на тржишту, повећање лојалности купаца и успешно диференцирање у односу на растућу конкуренцију. Међутим, овакав пораст броја производа под трговачком марком представља велику претњу произвођачким маркама посебно на подручју робе свакодневне потрошње, будући да трговачке марке омогућавају трговцима продају уз ниже трошкове. Уобичајено је да роба трговачких марки има нижу цену и нижи квалитет у поређењу с робом произвођачких марки.

Кључне предности приватних марки за трговце су: елиминисање проблема снижавања цена, потпуна контрола над дизајном,

1 Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

могућност прилагођавања производа својим спецификацијама, мања конкуренција, већи потенцијал за профитабилност, и ексклузивност.

Уз све позитивне стране приватних марки треба истаћи и једну латентну опасност коју оне носе. Реч је о легалној могућности трговаца, као носилаца ових марки, да прикрију име произвођача, па чак и на тржиште пласирају робу непознатих или сумњивих произвођача, што може имати штетне последице, нарочито по потрошаче. Надамо се да до тога у пракси неће долазити.

Кључне речи: жиг (марка), трговац, роба, потрошачи.

Увод

Време у коме живимо карактеришу структуралне и динамичне промене у различитим сферама друштва. Сагласно овом тренду и област трговине је захваћена одређеним трансформацијама и изложена свакодневним изазовима. Актуелну тржишну ситуацију карактерише немилосрдна борба и интензивирање конкуренције, с једне стране, као и проблеми на страни тражње, с друге стране. Наиме, на страни понуде осим постојеће конкуренције између самих произвођача (који конкуришу једни другима асортиманом, ценама и сл.), као и између трговаца (који конкуришу и својим продајним облицима), појавио се и трећи вид конкуренције. Реч је о борби за исти потрошачки сегмент између произвођача и трговаца, као припадницима различите касте, односно носиоцима различитих делатности. Једно од главних попришта борбе, односно подручја где је најизраженија конкуренција између наведених субјеката је подручје жигова, тј. марки.

Жиг или марка представља једно од најважнијих и најдинамичнијих права индустријске својине. Законодавства, углавном, дефинишу жиг (или марка) као право којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуга једног физичког или правног лица од исте или сличне робе, односно услуга другог физичког или правног лица (чл. 1, ст. 2).² У члану 4, прописано је да се жигом штити знак који се може графички представити под условом да је подобан за разликовање у промету робе, односно услуга једног физичког или правног лица од робе, односно услуга другог физичког или правног лица. Предмет заштите је знак и он се може састојати од речи, слогана, слова, бројева, слика, цртежа, распореда боја, тродимензионалних облика, комбинација тих знакова, као и од музичких фраза приказаних нотним писмом и сл.

² Закон о жиговима Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр 104/09 и 10/13.

Није сваки знак жиг и неће сваки знак постати жиг, већ само онај који испуњава законске формалне и материјалне услове. Жиг је правно заштићени знак који служи за обележавање међусобно сличних роба или услуга од стране једног учесника у промету, да би се разликовале од идентичних или сличних роба или услуга другог учесника у промету.³ Иначе, марка омогућује произвођачима идентификовање и позиционирање властитих производа на тржишту.

У привредном промету користе се произвођачки и трговачки жигови, односно марке. Први користе сами произвођачи роба, односно пружаоци услуга, а други користе трговци.

Као значајан инструмент привредне утакмице трговци су почели да користе трговачке жигове или марке. Оне су постале важан елемент пословања и снажан адут за побољшање позиције на тржишту, повећање лојалности купаца и успешно диференцирање у односу на растућу конкуренцију. Међутим, овакав пораст броја производа под трговачком марком представља велику претњу произвођачким маркама посебно у подручју робе свакодневне потрошње будући да трговачке марке омогућавају трговцима продају уз ниже трошкове.

Сам концепт трговачких марки темељи се на означавању генеричких производа који су се могли купити код појединих трговаца, па су, управо, они били својеврсни гарант квалитета таквих производа. Током времена, трговци су почели означавати такве производе једноставним налепницама које су истицале њихово порекло. Од прве етапе свог развоја када су то били производи нижег квалитета од производа произвођачких марака, трговачке марке еволуирале су до производа једнаког квалитета као и произвођачке марке, али још увек ценовно повољније.

Трговински знак („trademark“) дефинише се као знак распознавања неког производа/услуге насталог из власничког односа. Трговински знак, с једне стране, штити ексклузивност власника, али, с друге стране, усмерен је и ка заштити потрошача. Временом, „trademark“ је од сигнала прерастао у симбол. Од једноставне поруке коју је произвођач или трговац слао потрошачу, прерастао је у симбол који има вишедимензионално значење. Формално посматраано, „trademark“ је заштићен знак марке и као такав је основа идентитета. Елементи који сачињавају „trademark“ чине видљивим одлике идентитета. То често укључује визуелну метафору, оглашавачке кампање, слогане и остале комуникацијске активности упућене потрошачима. Марка подразумева сложеност свих тих активности, производа, паковања и трговачке марке (ознаке, „жига“).

3 World Intellectual Property Organization (WIPO), 2008, p. 3.

Понекад предузећа из одређених разлога не штите, односно не региструју своје марке, тако да на тржишту могу уз заштићене трговинске знакове постојати и незаштићени знакови или марке. Марка је виша или надређена категорија трговинском знаку. Фактички, јер има и додатне елементе идентитета којима се жели добити јединственост. Формално, јер је марка заштићена категорија.

Постоје многобројне врсте жигова које је могуће класификовати према различитим критеријумима.

Према **врсти знака** који је предмет заштите жигом, постоји подела на конвенционалне (класичне или стандардне) и неконвенционалне (нестандардне) жигове. Конвенционални жигови су они чији се знакови, тј. предмети заштите састоје од слова, бројева, речи, слика или њихових комбинација. Међутим, уз конвенционалне жигове, данас су све чешће у употреби и други неконвенционални знакови (музички, мирисни жигови, жигови у боји, жигови састављени од личних имена, холограми, покрети, анимације и др.) који све више бивају признати као жигови.⁴

Према **облику знака**, односно начину изражавања предмета заштите, жигови се деле на дводимензионалне и тродимензионалне.

С обзиром на **врсту производа** које штите, жигови могу бити робни и услужни жигови.

Према **врсти привредне делатности** на коју се односе могу бити фабрички или трговачки жигови.

Према **носиоцу** деле се на индивидуалне, колективне и жигове гаранције.

Према **територији** примене деле се на националне и наднационалне или међународне жигове.

Постоје и посебне врсте жигове (као што су нпр. дескриптивни, номинативни и сл. жигови).

Посебну врсту представљају **цертификациони** жигови којима се разликују роба или услуге које одговарају одређеним стандардима и које је одобрило сертификационо тело.

4 Марић, В.: Форма жига, Факултет за пословно право, Београд, 2003, стр. 11. Тако су прихваћени у пракси ОНМ-а неконвенционални звучни жигови СТМ 1040955 и СТМ 907527, док су одбијени звучни жигови СТМ 143891 (рика лава) и СТМ 370395 (Sound mark in the form of a click), те мирисни знак СТМ 1122118 (мирис јагоде одлуком CFI T-305/04, од 27. октобра 2005.).

Надаље, разликујемо тзв. **резервне** жигове, односно оне који су пријављени или регистровани за одређене производе или услуге, али без намере да се користе одмах по регистрацији, него тек у неком каснијем периоду.

Постоје и тзв. **дефанзивни** жигови, који се пријављују и региструју без икакве намере коришћења, већ с јединим циљем да би се конкуренцији онемогућила употреба тих знакова.

Са аспекта теме овог рада најбитинија је подела на произвођачке и трговачке жигове, тј. марке. Ови последњи се у пракси популарно називају и приватни жигови, односно марке.

2. Приватна марка нови феномен привредне праксе

2.1. Појам, настанак и врсте приватних (трговачких) марки (жигова)

Трговачке марке могу се дефинисати као марке у власништву посредника, односно трговаца који ангажују произвођаче за производњу производа којима ће марка бити додељена.⁵ С обзиром да осим трговаца, власници ове марке могу бити и остали чланови дистрибуцијског канала, у литератури се користе и термини „марка малопродаваца“, „марка посредника“, „марка дистрибутера“, „марка продавнице“ и „приватна марка“. Ако се као власник марке јавља малопродавац, марку је могуће купити само у продавницама дотичног малопродаваца.⁶ За тржишни успех сваког производа важно је позиционирање, односно перцепција купаца о вредности коју им такав производ пружа, а производ под трговачком марком, притом, није никакав изузетак. Притом, вредност се дефинише као однос перципираних користи које производ пружа купцу и цене коју купац за то плаћа.⁷ Уобичајено је да роба трговачких марки има нижу цену и нижи квалитет у поређењу с робом произвођачких марки, но однос цене и квалитета мора бити уравнотежен како би купци били уверени да су добили „вредност за новац“. Ценовни јаз између трговачке марке и произвођачке марке мора одражавати разлику у перципираним вредностима дотичних производа. Купци трговачких марки прихватају нижи квалитет, али и даље желе квалитетан производ

5 Вранешевић, Т.: Управљање маркама, Загреб, 2007, стр. 200.

6 Тако, нпр., производе марке Valea могуће је купити само у продаваоницама DM-a. С друге стране, ако је власник марке велетрговац или дистрибутер, марка је доступна свим члановима дистрибуцијског канала. Трговачка марка Аго у власништву велепродајног ланца Metro доступна је и другим трговачким посредницима.

7 Levy, M., Weitz, B. A.: Retailing Management, New York: McGraw-Hill, 2009, p. 413.

и не желе га преплатити.⁸ Потрошачи тешко перципирају мале разлике у квалитету, али примећују разлику у цени.⁹

Први писани докази о приватним маркама потичу из друге половине 19. века. У том смислу, најстарији податак о почецима производње трговачких марки код угледних трговачких ланаца датира из 1863. године када је у САД-у фирма “Great Atlantic and Pacific Tea Company” (касније позната као А&Р), у своју понуду уврстило трговачке марке “Master’s Choice и American Choice.”¹⁰ Радило се о кафи под називом “Eight O’Clock” која је постигла врло велику популарност. Из тог доба помиње се и Ј. Bunn, који је крајем 19. века у продавници мешовитом робом у граду Springfieldu, (Illionois, САД) продавао одређене производе под својим именом и именима чланова своје породице.

У Европи се трговачке марке у асортиманима трговаца појављују почетком 20. века. Међутим, значајнија експанзија ових марки забележена је тек последњих тридесетак година. На нашим просторима прве трговачке марке су се појавиле на тржишту крајем деведесетих година 20. века, путем великих трговачких ланаца (попут “dm-a” и “Getro-a”, “Delhaize-a”, “Меркатор-a” и др.).

Трговачка или приватна марка најпре се појавила у привредној, односно трговачкој пракси, да би касније нашла своје место и у легислативи. Ова марка је креирана, дистрибуирана и промовисана искључиво за један малопродајни ланац за разлику од произвођачких (националних и регионалних) марки које се слободно дистрибуирају свим малопродајним ланцима и осталим каналима продаје без ограничења. Производња производа обележених приватним маркама је веома значајна шанса за мање произвођаче који нису у стању да са сопственим производима конкуришу код великих малопродајних ланаца. Осим тога, на овај начин се отклањају и баријере за улазак на наше тржиште интернационалних малопродајних трговинских ланаца који у свом асортиману имају значајну заступљеност производа са својом трговачком марком (дисконтни ланци као што је

8 Miller. R. K. et al.: The Retail Business Market Research Handbook, Richard K. Miller & Associates Inc., 2010, p.186.

9 Организација Consumers Union спровела је 2009. године испитивање квалитета трговачких марки, на слепо. Потрошачима је стављен повез на очи и од њих се тражило да оцене квалитет трговачких и произвођачких марки. У 23 од 29 категорија потрошачи су оценили трговачке марке као једнако квалитетне или квалитетније у односу на произвођачке марке.

10 Haistead, D. i Ward, C. B.: Assessing the vulnerability of private label brands, Journal of Product & Brand Management, 4 (3), 1995, pp. 38-48.

„Lidl” који такве производе често обележавају само својим именом, без навођења имена произвођача).

Постоје различите категорије стваралаца трговачких марки, а то су:

- Велики национални произвођачи који користе своју стручност и вишак капацитета за производњу приватних марки;
- Мањи, квалитетни произвођачи, који су специјализовани за поједине линије производа и искључиво оријентисани на производњу приватних марки. Често су ове фирме у власништву корпорација које такође производе националне марке;
- Водеће велепродаје и малопродаје које поседују своје производне капацитете и саме стварају своје марке;
- Регионални произвођачи који производе под приватним маркама за различита тржишта.

Енглески трговачки ланац “Tesco” искоришћава огроман волумен података о клијентима како би знао који циљни сегмент купаца послуживати. “Wall-Mart” је признат по ефикасном снабдевању ланца, “Aldi” је трговина са изузетно ниским оперативним трошковима, док неки трговци користе богат асортиман као извор конкурентске предности. Унутар трговачког асортимана, малопродаја повећава удео приватних марки које расту знатно брже од познатих произвођачких марки. Приватне марке су сада доступне у готово свакој категорији производа, па остварују високе продајне уделе у укупним тржишним уделима. У неким земљама чак 100% домаћинства купује производе приватних марки.¹¹

Приватне марке могу се **поделити** по различитим критеријумима. На основу **назива и брендинга**, ове марке могу се креирати на начин да је:

- Име дистрибутера јасно видљиво на производу или амбалажи (тзв. “Store brands – Guess”);
- Име дистрибутера наведено на производу, али од секундарног значаја (тзв. “Store sub-brands”, ситним словима на етикети – “Zara”);
- Независно име (бренд) неповезано с именом малопродајног ланца, које се користи за више категорија тзв. “Umbrella” брендинг, или „K plus” трговачка марка “Ide-e”);

11 Walsh, G. & Mitchell, V.: Consumers’ intention to buy private label brands revisited, Journal of General Management, 35 (3), 2010, pp. 3 – 24.

- Независно име (бренд) неповезано с именом малопродајног ланца које се користи искључиво за једну категорију углавном дисконтног карактера (“Getro”-ова изворска вода “Kristina”).

По основу **ценовног позиционирања и нивоа квалитета** производа, приватне марке могу се поделити у четири основне категорије:

- Ценовно најповољнија приватна марка – нижег или средњег квалитета (тзв. “White label”);¹²
- Приватна марка средњег или вишег квалитета цене ниже од premium брендова (тј. квалитета у нивоу водећег А бренда, али ценом зависно од категорије повољнија и до 40%);
- Приватна марка (тзв. Premium квалитета, ценом и квалитетом позиционирана изнад водећег А бренда);
- Специјалне линије приватних марки.

Као што је истакнуто, две темељне одреднице тржишног позиционирања приватних марки су цена и квалитет.

Premium приватне марке (PPL) представљају нову генерацију трговачких приватних марки које се битно разликују од приватних марака из 70-их година 20. века. Ове марке заузимају место на тржишту с вишим нивоом цена у односу на генеричке производе, уз додатну гаранцију квалитета за потрошаче, о сигурности хране и заштити околине, који су урачунати у цену. Такви производи захтевају строже производне спецификације за произвођаче и захтевнију улогу трговаца у њиховој изради.¹³ Приватне марке се квалитетом и ценом све више приближавају произвођачким, тј. националним маркама, а у случајевима „premium“ марке, чак, превазилазе неке произвођачке марке. Ипак, већина приватних марки има мањи перципирани квалитет од одговарајућих произвођачких марки. То су, свакако, веома значајни елементи који опредељују потрошаче у избору врсте марке за куповину чијих производа ће се одлучити.

2.2. Приватне марке - све чешћа алтернатива брендovima

Иако су се појавиле као јефтинија супституција за скупље брендове великих и познатих имена, приватне робне марке временом су постале њихова квалитетна и достојна алтернатива. Трговински ланци на тај

12 White Label products are products of a manufacturer, not sold under its own brand, but as (apparent) product from another manufacturer or dealer under other brand.

13 Giraud-Héraud, E. et al.: Minimum Quality Standard and Premium Private Labels, Ecole Polytechnique Centre National de la recherche scientifique, 30 (3), 2008, pp. 270 – 83.

начин нуде готово све производе који се производе и дистрибуирају, а највеће интросовање је у области прехране и кућне хемије.

Основни **разлози за увођење** приватне марке у привредну праксу су следећи: 1. Повећање остварене марже кроз лансирање линија приватних робних марки које упркос нижим ценама остварују надпросечне марже;

2. Ценовно позиционирање малопродаваца који желе код купаца изградити перцепцију изузетне ценовне повољности;

3. Изградња диференцијације у односу на конкуренцију, проширењем понуде или креирањем посебне понуде (нпр. робне марке типа premium или вегетеријанске линије);

4. Потпуна или делимична супституција производа појединих добављача са којим трговац има "затегнуте" односе;

5. Прилагођавање ценовне политике постојећој тржишној ситуацији и релевантној конкуренцији.

Према Хорват-у¹⁴, приватне марке **разликују** се од произвођачких у погледу следећих елемената:

- Цена – с обзиром да власници приватних марки немају трошкове оглашавања, односа с јавношћу и трошкове посредника, цене њихове робе у већини земаља су у просеку за око 20% мање од цена произвођачких марки;
- Контрола и надзор марке – власници произвођачких марки нису у могућности надзирати своју марку у свим продавницама, док код приватних марки, с обзиром да су у власништву малопродајног ланца, постоји таква могућност;
- Смештај и количина места на полицама – већина трговаца власника приватних марки даће им предност у односу на произвођачке марке, кроз додељивање већег простора и бољих позиција на полицама. Но, при додељивању места на полицама трговци морају узети у обзир квалитет приватних марки, па ће приватне марке мањег квалитета добити и неповољнији смештај;
- Имиџ марке – власници произвођачких марки улажу знатна средства за стварање сопственог имиџа, док, с друге стране, посредници, као власници приватних марки, имају потешкоћа при изградњи властитог имиџа и имиџа приватних марки због страха да ће незадовољство

¹⁴ Хорват С.: Истраживање развоја приватних марака у Републици Хрватској, Тржиште, 21 (1), 2009, стр. 81 – 94.

купаца једном од њихових приватних марки угрозити имиџ целог ланца.

Према Pandya, A. R. & Joshi, M. A.,¹⁵ две главне предности изградње приватних марки од стране трговаца су: веће марже и повећање трговачке лојалности.

Према Timmor-у,¹⁶ **предности** које мотивишу трговце у креирању и развоју приватних марки су вишеструке: већи надзор управљања и промицања марке, ексклузивност у продаји (а тиме и повећање лојалности купаца), успостављање ближих контаката с купцима, као и успостављање бољих односа с произвођачима националних марки. Произвођачи националних марки користе трговце за дистрибуцију и продају, као и у сврху промоције властитих марки на продајним местима. Стога, трговац који поседује сопствену марку постаје произвођачима националних марки двоструки агент - клијент и конкурент - продавац произвођачевих марки, као и такмичар у конкурентској борби. Однос између произвођача и трговца може се описати као један начин зависности и борбе у дистрибутивном каналу. Тако се каже да „требају једни друге“, а истовремено се такмиче како би повећали свој тржишни удео и остваривали већу добит.

Петровић¹⁷ истиче неколико **предности** које за трговце доноси увођење асортимана производа у сопственој режији под својим именом, а то су: препознатљивост у мноштву брендова, постизање ексклузивности и стицање контроле над управљањем изворима набавке и асортиманом, потпунија контрола над разликом у цени, осигурање жељеног нивоа квалитета производа, а крајњи циљ је изградња повољнијег имиџа, повећање лојалности потрошача и већа зарада.

Резимирајући можемо навести кључне предности приватних марки за трговце:

- Елиминисање проблема снижавања цена;
- Потпуна контрола над дизајном, могућност прилагођавања производа својим спецификацијама;
- Мања конкуренција, већи потенцијал за профитабилност, и
- Ексклузивност.

15 Pandya, A. R. & Joshi, M. A.: A Comparative Study on Consumers' Attitude Towards Private Labels: A Focus on Gujarat, The IUP Journal of Marketing Management, 10 (1), 2011, pp. 19 – 34.

16 Timmor, Y.: Manufacturing for Overseas Private Labels: A Win-Win Strategy for Retailers and Producers, Int. Rev. of Retail, Distribution and Consumer Research, 17 (2), 2007, pp. 121 – 138.

17 Петровић, Н.: Специфичности менаџмента развоја трговинске марке на локалном тржишту Београда, Индустрија, 30 (1-4), 2002, стр. 99 – 112.

У прошлости се сматрало да су приватне марке креиране и намењене за потрошаче ниже куповне моћи, али су данас оне постале општеприхваћене, па их чак купују и групе потрошача високе куповне моћи. Куповина робе приватних марки је данас у тренду и сматра се „паметном куповином“. Двоје од троје купаца у свету верује да су приватне марке у супермаркетима једнако добре као и остале марке.¹⁸

Истраживања у Немачкој показала су да је квалитет приватних робних марки често и бољи него код светски познатих брендова. Последњих година, посебно у Европи, забележен је знатан пораст продаје приватних робних брендова, пре свега у маркетима у којима је чак 45% таквих производа. Информисаност потрошача, али и слаба куповна моћ, разлози су због којих они и код нас постају све популарнији. Управо, да би се на тржишту одржале само оне приватне робне марке чији квалитет цена верно приказује, неопходно је да не дозволимо да нам критеријуми слабе колико и куповна моћ.

Приватне марке имају **четири фазе** или етапе развоја. Прва етапа развоја је марка производа ниског квалитета и ниске цене, која најчешће носи исти назив као и трговачки ланац. Друга етапа развоја обухвата приватне марке нешто већег квалитета од прве, али још увек слабијег квалитета од националних марки. Трећу етапу карактерише инсистирање на квалитету производа и поступно приближавање произвођачким маркама, али уз још увек ниже цене приватних марки.¹⁹ Последња, али и најнапреднија етапа развоја приватних марки доводи до лидерства приватних марки које ће пружати иновативне, јединствене производе истог или бољег квалитета и цене од произвођачких марака.

Носиоци приватних робних марки могу бити различити субјекти:

- Велики произвођачи националних или регионалних робних марки који вишак производних капацитета искоришћавају за производњу приватних робних марки;
- Специјализовани произвођачи приватних робних марки (често делови великих предузећа која производе и националне робне марке или произвођачи слабијих Ц и Д брендова који су се фокусирали на производњу приватних робних марки) ;

18 Sasinandini, S. & Lysander M.: Apparel Private Label Brands and Store Patronage, *Advances In Management*, 3 (6), 2010, pp. 33 – 41.

19 Fraser, A.: Customer Attitudes to Private Labels: The Role of Store Image, A dissertation submitted to Auckland University of Technology in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Business, Faculty of Business and Law, New Zealand, 2009.

- Велики малопродајни ланци или велетрговци који у свом власништву поседују производњу, и
- Мали независни локални произвођачи (углавном свежи асортиман, воћа или поврћа, нпр.).

Стратегија наступа кроз приватне марке подразумева:

- Приватне марке чине одређени проценат од укупног асортимана или се ексклузивно смештају на полице с јединственим брендом (постиге се доза ексклузивности и умањује проблем држања истих брендова као и конкуренција, нпр. "Bloomingsdale's", "Saks Fifth Avenue");
- „ПРОДАВНИЦА ЈЕ БРЕНД“ – подизање сопствене марке малопродаваца на виши ниво и држање само сопствених производа (пример "G&P", "H&M").
- Носиоци приватних робних марки долазе до робе коју обележавају својим знаком, на више начина, од којих су најчешћи:
- Поседовање властитих производних компанија (малопродавци који следе филозофију „продавница као марка“, су и трговци и произвођачи, нпр. "Victoria's Secret");
- Куповина од спољних подуговарача (малопродавци који немају финансијских средстава да имају сопствене фабрике, нити стручњаке и искуство);
- Коришћење погона националних произвођача (иако је њихова примарна брига дизајн и пласирање сопствених марки на тржиште, неки од њих имају уговор с малопродавцима да производе линије који носе име малопродаваца);
- Учествовање у програмима великих купаца (избегавање трошкове попут одржавања фабрика или склапања дугорочних уговора са спољним подизвођачима), и
- Чланство у групама које се повезују са самосталним дизајнерима.

3. Стање у Србији

Једно од основних начела жиговног права (а и привредног промета уопште), јесте правило о факултативности обележавања роба и услуга жиговима, односно маркама. Сходно томе, произвођачима и трговцима је остављено на вољу да ли ће или неће обележавати жиговима своје производе и услуге. Наравно, уколико региструју неки жиг онда стоји законска

обавеза обележавања производа и услуга заштићених жигом. Управо, као својеврстан продукт начела факултативности у обележавању роба и услуга жиговима, проистекла је једна посебна, рекли бисмо међу категорија новијег доба, а то су приватне марке.

Наш Закон о жиговима (као и многи други национални прописи у овој области), дефинише жиг као право којим се штити знак који у промету служи за разликовање роба, односно услуга физичких или правних лица. Из овако широког одређења тешко је на први поглед извући закључак да ли жиг може стећи, односно регистровати само произвођач или и трговац. Пажљивом анализом наведене одредбе можемо закључити следеће. Синтагма “знак у промету” одређује поље примене жига, а то је промет роба и услуга, што је синоним за трговину. Из тога произилази логичан закључак да сваки знак који се користи у трговини за обележавање роба или услуга може бити заштићен као жиг (ако испуњава законске услове), па стога, то може бити и трговачки знак. Други део у дефиницији жига је његов функционални карактер који се читава у изразу “разликовање роба и услуга физичких и правних лица”. Тумачење овог израза је веома проблематично. Ако би смо пошли од појмовне и почетне суштине, дошли би смо до закључка да робу и услуге производе само произвођачи, па сходно томе, само они могу регистровати жигове. Трговци то неби могли, јер они ништа не производе већ само тргују. Међутим, у дефиницији то није јасно наглашено, већ нису јасно издиференцирани произвођачки и власнички однос. Сагласно изреченом, ако се посматра власнички однос чији титулар није јасно наглашен, може се извући закључак да и трговци (осим произвођача) могу бити носиоци, односно власници жигова.

Још један пропис који на велика врата уводи приватне марке је Закон о изменама и допунама Закона о трговини.²⁰ Он врши измену у одређивању појма произвођача коју је дефинисао Закон о трговини из 2010. године. У смислу новог Закона, произвођач је правно лице, предузетник или физичко лице које израђује производ или се у том својству представља стављањем на производ свог пословног имена, имена или назива, жига, или друге препознатљиве ознаке или начина. Очито да ова одредба проширује појам продавца и на трговце. На тај начин је омогућено трговинским ланцима да на производе своје робне марке ставе само своје име, а не и име, односно назив произвођача. Дакле, легално је дозвољено трговинским ланцима да на такве производе ставе само своје (трговачко) име или жиг, којим ће покрити и произвођача, чиме овај последњи може потпуно маргинализован, па чак и избрисан. На овај начин би потрошачи могли да остану без драгоцене информације о имену стварног произвођача,

²⁰ “Сл. гласник РС”, бр.10/13, од 30. јануара 2013. године.

или чак доведени у заблуду о тој чињеници.²¹ С правом се поставља питање оправданости и целисходности увођења оваквог решења у наше трговинско законодавство. Овакво решење правда се прилагођавањем европским прописима и Директиви ЕУ, а која предвиђа „да на декларацији треба да пише назив и седиште онога који робу производи, пакује или ставља у промет, а регистрован је у датој земљи”. Увођењем ове измене, у складу са законодавством и праксом која постоји на развијеним европским тржиштима, под произвођачем ће се подразумевати свако ко израђује производ или се у том својству представља стављањем на производ свог пословног имена, имена или назива, жига или друге препознатљиве ознаке.²²

Поставља се, међутим, питање какав интерес има држава да трговци развијају своје робне марке. Одговор вероватно лежи у покушају да се овим чином, којим примарно добијају трговачки ланци, на неки начин изађе у сусрет и одређеним интересима потрошача.

Вредност незаштићеног жига, односно марке уско је везана за њену препознатљивост у јавности као дистинктивне функције производа или услуга привредног субјекта. Уколико незаштићена марка има велику препознатљивост, нико други не би могао регистровати исти или сличан трговински знак на том тржишту у оквиру сличних делатности. У сваком случају, предности регистрације трговинског знака и/или жига су јасне и неспорне.

Начелно, свако лице које се бави трговином има могућност регистрације трговачког знака. Исто тако, заштита власништва може се тражити и постићи и онда кад знак није регистрован, али регистровани знак значи знатно већу извесност заштите права из власништва у случају злоупотребе и спора. Регистровањем се знатно сужавају и обесхрабрују могућности потенцијалних фалсификатора и имитатора. Произвођачи и трговци који не искористе могућност регистровања своје марку ризикују да ће можда неко други покушати да је региструје и стекне монопол на њој. Треба истаћи да теоретски и практично постоји могућност да приватна марка не буде регистрована, а да је, упркос томе, трговац користи за обележавање одређених роба. Такви случајеви постоје у пракси. Но, и у том случају

21 То конкретно значи да на паковању неког производа „Premia-e” или „K plus-a” уместо имена произвођача пише само – „Delhaize - Србија” или „Idea - Хрватска”.

22 У „Delhaize-у” истичу, да измене у декларисању артикала производа приватне робне марке представљају „значајан корак у осавремењавању домаћих закона, пре свега јер се на овај начин први пут у домаћем закону званично представљају приватне робне марке”. Измене, такође, олакшавају производњу и промет робе, што све доводи до боље и квалитетније понуде на тржишту.

субјект који користи своју трговачку марку може спречити друге трговце да користе његову марку. Носилац трговачке марке у поступку заштите неће моћи да се позива на Закон о жиговима (јер је код нас основ настанка жига регистрација, а не употреба), већ на одредбе прописа о заштити конкуренције.

Трговачке или приватне марке ушле су у наш привредни систем као један од одговора српских трговаца и произвођача на кризу, која је почела деведесетих година 20. века. Лоша глобална економска ситуација резултирала је променама у ставовима и понашању потрошача које су дале добар подстицај развоју једне у свету дуго присутне, а код нас релативно нове категорије - приватних робних марки. Паралелно са падом у вредности овог параметра могли смо да посматрамо све убрзанији раст у продаји приватних робних марки. Лако се може рећи да је криза подстакла и убрзала развој приватних робних марки, нарочито на мање развијеним тржиштима као што је наше.

Савремени канали трговине, као што су хипер и мегамаркети постају све значајнији за продају категорија робе широке потрошње – (FMCG)²³ и ови канали продаје једини су који из године у годину бележе и номинални, а нарочито вредносни раст. Овај раст праћен је падом у броју традиционалних радњи као и њиховог значаја за продају робе широке потрошње. Приметна је двосмерна веза између померања купаца ка модерним форматима и појаве и развоја приватних робних марки. Купци почињу да истражују нове, повољније опције за куповину, а трговци, у нади да ће их задржати, труде се да понуде најбољи однос цене и квалитета и да изађу у сусрет императиву “вредност за новац”.

Иако су се приватне марке појавиле у већини FMCG категорија у Србији и бележе значајан раст у последњих годину дана, њихов удео је још увек доста мали, нарочито у односу на развијена тржишта западне Европе. Швајцарска предњачи у Европи по вредносном уделу приватних робних марки и у 2009. овај удео био је чак 46 одсто. Према статистичким подацима у највећим трговинским ланцима у нашој земљи, учешће приватне робне марке у укупном промету прешло је 15 одсто, док понегде достиже и 20 одсто и више. Количине “ових производа на које смо навикли непрестано су у порасту. Од основних намирница (брашна, уља, меса, јаја...), па до сенфа,

23 Fast-moving consumer goods (FMCG) or consumer packaged goods (CPG) are products that are sold quickly and at relatively low cost. Examples include non-durable goods such as soft drinks, toiletries, and many other consumables. Брзо прометна роба или упакована роба - производи који се брзо продају и по релативно нижој цени. Примери укључују производе, такве као безалкохолна пића, средства за хигијену и друга потрошна роба.

инстант супа, кафе, чајева, зачина, сокова, папирних марамица, пелена, тоалет папира... све што може да се замисли трговци су већ „направили“.

Учешће приватних робних марки расте у последње време, како код прехранбених категорија, тако и код непрехрамбених. Тренд је исти и кад се посматрају продате количине у коадима производа и вредност продаје. Учешће је веће у каналу супермаркета него на тоталу земље, због претежне присутности приватних робних марки у овом каналу.

У погледу категорије робе која се највише продаје у оквиру приватних марки доминирају храна и пиће.²⁴ Притом, удео потрошње на храну и пиће у укупном кућном буџету у корелацији је са материјалним стањем домаћинства. Након тренда смањења удела хране и пића у кућном буџету, светска економска криза узроковала је враћање на курс од пре неколико година. Потрошачи мање куповне моћи ће засигурно куповати јефтиније производе и одрицати се луксуза, као и мање потребних производа, али ће и бирати продајне ланце и објекте са јефтинијом понудом. У таквој ситуацији пружа се додатна могућност приватним робним маркама. Ипак, међу потрошачима у Србији је изражена повезаност са традиционалним брендovima који су присутни на тржишту. Робне марке морају да прате по укусу, мирису или неким другим карактеристикама водећи бренд у категорији, што код нас углавном није случај. Још једна од могућих препрека је и мала разлика у цени у односу на већ познате брендове у категорији, која се понекада јавља у пракси.

Закључак

Поред произвођачких марки, тј. жигова на тржишту све већу улогу имају и трговачке или приватне марке. У савременом свету готово сви трговачки ланци у свом асортиману у понуди имају приватне марке, а цене таквих производа су и до 40% ниже од оних које произвођачи продају под својим маркама. Удео приватних марки свугде у свету расте, али не само због пада оданости маркама произвођача него и због повећања квалитета производа приватних марки које одражавају гесло „вредност за новац“ (“value for money“) или пружају алтернативне могућности куповине по нижим ценама. Пораст приватних марки очитује се у многим европским земљама, а поготово у Великој Британији, Швајцарској и Немачкој, где је њихов тржишни удео између 30% и 40%. У Сједињеним Америчким Државама приватне марке остварују и до 25 % тржишног удела. У Француској исто тако.

²⁴ Највећи број потрошача у Србији купује робу приватних робних марки “Fedela” (Delhaize) и “K plus” (Idea). Међу првих десет трговачких робних марки на тржишту чак пет су робне марке Delhaize ланца, а топ пет су из категорије храна и пиће.

Британски трговински ланац “Tesco” има у свом асортиману већ 50% приватних марки под марком своје фирме. Осим генералних, он има и посебне ознаке, као што су: “Tesco Organic” и “Tesco Helthy Living”, органска и здрава храна, “Tesco Free From”, без неких састојака на које су поједини потрошачи осетљиви, “Tesco Faire Trade”, који има сертификоване производе који долазе из земаља или добављача којима се помаже, као и “Tesco Kids” за децу.

Трендови развоја приватних марки најупечатљивији су у пољопривредно-прехранбеном сектору. Присутност приватних марки на глобалном тржишту органске хране је значајна, иако подаци о продаји још увек нису доступни. Тако, “Whole Foods Market” (САД), највећи трговац на мало органске хране у свету с више стотина трговина у САД-у, Канади и Великој Британији, нуди више хиљада производних јединица под различитим приватним маркама.

Приватне марке имају запажено место и на простору Азије. На кинеском тржишту трговци су различито мотивисани за стварање приватних марки, у односу на произвођаче из западноевропских земаља. Први разлог производње приватних марки је опстанак фирме, као и недостатак способности и средстава за развијање „правих“ брендова. Такође, кинески произвођачи размишљају о производњи приватних марки само као о ефикасном начину за улазак на ново тржиште.

Приватне марке у савременом свету постале су незаобилазан део већине категорија робе широке потрошње. Нарочито су развијене у прехранбеном сектору, у области козметике и других потрошних добара. Водећи светски глобални малопродајни ланци, као што су “Carrefour”, “Wall-Mart” и “Tesco”, постају главни покретачи приватних марки у готово свим категоријама робе широке потрошње.

На нашим просторима носиоци трговачких марки нису искључиво домаћи произвођачи. Домаћи произвођачи заступљени су само код прехранбених производа и то оних лако кварљивих, као што су месо и млеко, док је воћни јогурт искључиво немачки производ у подручју приватних марки. Остали производи приватних марки, бар они боље позиционирани, произведени су изван земље.²⁵

Приватне марке представљају занимљиво и ново подручје истраживања на пољу жиговног права. Приватне марке су данас незаобилазно и све

²⁵ Тако је, нпр. тестенина “K plus” производ италијанске робне марке - “Pasta Zara”, док је пиринач “K plus” тајландски. Слична ситуација је и у Србији и у земљама у окружењу. Потрошачи који су склони куповању робе трговачких робних марки нису склони куповању изворних домаћих производа.

важније подручје истраживања у савременом маркетингу и управљању марком, због све значајнијег утицаја које оне имају на избор стратешке маркетиншке опције, а последично и на дефинисање целокупне стратегије привредних субјеката. Зато закључујемо да су приватне марке снажно маркетиншко средство трговаца у савременим тржишним условима, али уједно и значајан економски фактор развоја савременог друштва.

Будући трендови који се очекују у развоју приватних марки односе се на повећање квалитета, одржавање ценовног јаза и повећање тржишнога удела приватних марки. Уз све погодности које нуде приватне марке, треба истаћи и једну реалну опасност коју оне носе. Реч је о могућности да се под окриљем приватне марке нађе и роба сумњивог, па и лошег квалитета. Ово, стога, што носиоци приватних марки не морају стриктно да означавају произвођача. Међутим, остаје нада да ће трговци бити савесни и коректни према својим потрошачима и да неће дозволити увођење овакве праксе. Ово, између осталог, и због својих интереса, јер корист од стављања свог жига на робу сумњивог квалитета била би мања од штете која би настала дискредитацијом жига и трговачког ланца у целини.

Dr Vidoje Spasić, L.L.D.

Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Aleksandra Vasić, LL.B.

Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

PRIVATE LABEL

Summary

Brand owned not by a manufacturer or producer but by a retailer or supplier who gets its goods made by a contract manufacturer under its own label. Also called private brand.

Private-label products or services are typically those manufactured or provided by one company for offer under another company's brand. Private-label goods and services are available in a wide range of industries from food to cosmetics to web hosting. They are often positioned as lower-cost alternatives to regional, national or international brands, although recently some private label brands have been positioned as "premium" brands to compete with existing "name" brands.

Private labels may be behind the decision of some companies to enter the market with products that are quite different, but somehow associable, to those that have made them famous (e.g., apparel companies launching perfumes, car companies launching watches). Private labels may be extremely profitable for companies with a dominant market share and for certain products that enjoy high customer recognition.

Private labels offer several benefits to both retailers and customers, driving the segment's rising popularity. There are various advantages for the retailers to go for private-label brands: control over product or service pricing, marketing independence, a personalized image (and higher customer loyalty), higher control of production, marketing, distribution and profits, personalized inputs such as logos and taglines, changing customer preferences.

In addition to convenience, private labels brands bring some risks. One of those is the danger that under these brands some lower quality goods might be found, or cooperation with suspicious manufacturers might take place. We, however, hope that in practice, retailers will not engage in those activities.

Key words: Label, merchant, goods, customer.

РАЗВОД БРАКА КАО СОЦИОЛОШКИ И ПРАВНИ ФЕНОМЕН¹

Апстракт: Институт развода брака је прошао пут од апсолутне забране развода, преко његове допуштености у лимитативно побројаним случајевима заснованим на скривљеном понашању супружника, до напуштања кривице као бракоразводног узрока и пружања све већих слобода брачним партнерима у сфери раскида брачне заједнице. Сагласно модерним тенденцијама у домену регулисања односа у браку и породици, савремени бракоразводни режими се одликују високим степеном либерализације, при чему је у већини правних система прихваћен објективни бракоразводни систем, који се темељи на поремећености брачних односа и поимању развода као лека за нарушене односе супружника. Ипак, принцип кривице није у потпуности изгубио на значају, будући да је у појединим савременим правима нормиран и модел развода заснован на повреди брачних дужности од стране једног супружника. Поред тога, брак се третира као приватноправни однос у чијој основи лежи сагласност воља супружника, тако да споразумни развод заузима специјалну позицију у савременим бракоразводним системима, независно од тога да ли је нормиран као посебан начин престанка брака или егзистира у оквиру општег бракоразводног узрока.

У раду је елаборирана регулатива развода у појединим европским државама, које српском законодавцу традиционално служе за узор у домену регулисања породичних односа, укључујући и важећи бракоразводни режим у Србији. Размотрени су и статистички показатељи диворцијалитета и нупцијалитета у савременом свету, са посебним акценом на кретање стопе развода у нашој земљи, а указано је и на специфичне карактеристике брака и развода, као и

¹ Чланак представља резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, број уговора 179046.

на факторе који се у актуелном временском периоду етикетају као примарни узрочници брачне нестабилности и повећања стопе диворцијалитета у модерним друштвима.

Кључне речи: *савремени свет, савремено право, супружници, диворцијалитет, нупцијалитет, објективни бракоразводни систем, развод по тужби, споразумни развод.*

1. Vorwort

Die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse, Erweiterung des Korpus der Menschenrechte und Liberalisierung der Scheidungsgesetzgebung stellen die Faktoren dar, die zum Anstieg der Ehescheidungen in der modernen Welt führen. In der Praxis kommen die Ehescheidungen immer öfter vor, und die außergewöhnliche Frequenz dieses gesellschaftlichen und rechtlichen Phänomens, wie aus dem zweiten Teil dieser Arbeit zu entnehmen ist, veranschaulicht man am besten mit den Angaben darüber, dass in den letzten sechs Jahrzehnten die Zahl der geschlossenen Ehe permanent sinkt, während die Zahl der Ehescheidungen in derselben Zeitspanne ständig steigt. Im Kontext des dramatischen Rückgangs der Eheschließungsrate wird der Anstieg der Scheidungsrate alarmierend.²

Die Ehekrisen sind nicht nur für die moderne Zeit kennzeichnend, sondern sie bestehen als solche seit eh und je, aber sie sind in den früheren historischen Epochen ignoriert worden, weil die Ehe vor allem zuerst eine wirtschaftliche, und erst dann eine emotionale Gemeinschaft der Ehegatten darstellte. Heutzutage enden die Ehekrisen immer öfter mit einer Ehescheidung. In den patriarchalischen und wirtschaftlich unentwickelten Gesellschaften mussten die Ehegatten mit der Eheschließung die auferlegten Verhaltensmodelle annehmen und in den gegebenen Rahmen erfolgreich funktionieren, weil ihr Existenz außerhalb der Familien ganz schön schwierig war. In solchen Verhältnissen waren die Fragen des Zusammenpassens der Ehegatten, der Verwirklichung des persönlichen Glücks und der (Un)zufriedenheit mit dem Eheleben nicht von Bedeutung. Im Gegensatz dazu beruht die moderne Ehe in erster Linie auf emotionale Vertrautheit, gegenseitige Liebe und Treue der Ehegatten; werden die persönlichen Erwartungen der Ehegatten nicht erfüllt, dann ist der Zweck der Ehe verfehlt, sodass in der Praxis immer mehr Ehen geschieden werden.

Die Veränderungen im Bereich der Ehe und Familie, die für moderne Gesellschaften charakteristisch sind, sind durch zahlreiche und verschiedene Faktoren verursacht worden, wie zum Beispiel: Steigung der Lebenserwartung, Senkung der Sterblichkeitsrate, Verstärkungsprozesse, Verlängerung des Schulbesuchs,

² Kitanović, T., *Sporazumni razvod braka u domaćem i uporednom pravu*, Novi Sad, 2011, S. 114.

die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts beträchtlich intensiviert wurde und die im Unterschied zu früheren Epochen zu immer späterer Eheschließung führt, vor allem wenn es sich um die weibliche Bevölkerung handelt.³ Die Gründe der psychischen, sexuellen, emotionalen und intellektuellen Disharmonie, die seit Jahrhunderten als Faktoren, die zu den Störungen in Ehebeziehungen führen, unterdrückt wurden, treten in der modernen Ehe in den Vordergrund und werden zu Scheidungsgründen *par excellence*.⁴ Die Ehe, die auf die Emotionen und Gefühle der Ehegatten gründet, kann leicht kaputtgehen, weil die Liebe eine schwankende Kategorie ist. Das moderne Leben, sein Tempo und seine Komplexität führen zur Depersonalisation der gesellschaftlichen Person, sodass der Mensch die volle Kompensation im familiären Umfeld sucht: sein eingeschränkter gesellschaftlicher Individualismus wird durch den familiären und ehelichen Individualismus kompensiert.⁵ Gehen diese Wünsche nicht in Erfüllung, dann hat die Ehe ihren Zweck verfehlt und ist zum Scheitern verurteilt. Die Ehescheidung wird zum Recht des modernen Menschen, wenn die Ehe ihm das Minimum an dessen, was er von ihm aus gutem Grund erwartet, nicht anbietet.

Da der Begriff der modernen Familie die höhere Stufe der gesellschaftlichen Sicherheit und des Schutzes des Menschen voraussetzt, vor allem dank der verschiedenen Maßnahmen des Sozialschutzes, dessen Spektrum von der wirtschaftlichen Kraft des betreffenden Landes abhängt, greifen die Ehegatten immer häufiger ohne Zögern zur Scheidung, wenn die Ehe zu deren Glück nicht mehr beiträgt. Deshalb wird die erfolgreiche und langjährige Ehe in den modernen Gesellschaften, vor allem in den sogenannten Wohlstandsgesellschaften immer mehr zu einer echten Seltenheit. Gleichzeitig bekommen die nichtehelichen Lebensgemeinschaften zwischen einem Mann und einer Frau an Attraktivität, sodass sie langsam nicht nur das Attribut der gesellschaftlich-psychologischen Akzeptabilität, sondern auch das Attribut „wünschenswert“ im Sinne des Erreichens des höchsten Grades der menschlichen Freiheit bekommen. In der modernen Welt befindet sich die Ehe im Kollaps, was aus der historisch sehr niedrigen Eheschließungsrate ersichtlich ist; deshalb sind die Empfängnis und das Großziehen der Kinder immer mehr von der Ehe getrennt.⁶ In diesem Kontext spricht man seit Langem in den modernen Gesellschaften über die Krise in der Ehe und

3 Meixner, F., „Entwicklungstendenzen im in - und ausländischen Familienrecht - zu drei Jahresberichten (Teil 1)“, *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, Vol. 1, No. 2/1999, S. 103-112.

4 Mladenović, M., *Razvod braka i uzroci za razvod braka*, Beograd, Rad, 1974, S. 391.

5 Mladenović, M., *Razvod braka i uzroci za razvod braka*, Beograd, Rad, 1974, S. 385.

6 Shaw-Spath, K., „Why Covenant Marriage May prove Effective as a Response to the Culture of Divorce“, *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century - An Agenda for Strengthening Marriage*, A. J. Hawkins, L. Wardle, D. O. Coolidge (eds.), Westport, CT: Praeger, 2002, S. 59-67.

Familie, die so tief ist, dass sie deren Fortbestand infrage stellt.⁷ Europa wird zu einer „Gesellschaft der Alleinstehenden“, und die traditionelle Familie mit beiden Eltern und den Kindern zeigt die Anzeichen einer gefährlichen Erosion.⁸

Andererseits liegt das Streben nach Sicherheit im Wesen und in der Psychologie der Menschen; die Ehe als seit Jahrtausenden bewährtes Modell der Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau verschafft diese Sicherheit. Unter Berücksichtigung der großen Bedeutung und Funktion der Ehe als der Grundlage für die Geburt, Erziehung und familiäre Sicherheit und für den Schutz der Kinder sind in den letzten Jahren die Tendenzen bemerkbar, die Ehe zu festigen, genauer gesagt, gibt es immer mehr Versuche, die Ehe zu revitalisieren.⁹ Wenn es sich um die Ehe und Familie geht, sitzt der heutige Mensch in der Klemme; einerseits ersehnt er eine stabile Ehegemeinschaft, die im Ganzen seine tiefsten emotionalen Bedürfnisse befriedigen wird, andererseits sieht er sich auf dem Weg der Verwirklichung dieser Wünsche, die oft den Wert der Ehe und der Familie infrage stellen, mit vielen Schwierigkeiten konfrontiert. Die qualitative Analyse des Individualisierungsprozesses der Ehe weist nicht nur darauf hin, dass der Begriff Ehe für alle Zeiten angeschlagen ist, sondern auch, dass schon allein das Konzept des „Lebens zu zweit“ erneut überprüft wird. Die Befragungen der europäischen Bevölkerung haben ergeben, dass die Familie einen hohen Stellenwert auf der Skala der Lebensziele behalten hat, während das Leben zu zweit immer weniger zum Hauptziel und immer häufiger zum emotionalen Bedürfnis des Einzelnen *per se* wird; dieses Ziel ist aber in den Gesellschaftssystemen, die die ständige Unsicherheit, Konkurrenz und Mobilität generieren, schwer erreichbar.¹⁰

2. Besonderheiten der Ehescheidung und Eheschließung in der modernen Welt

Die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse, Erweiterung des Korpus der Menschenrechte und Liberalisierung der Scheidungsgesetzgebung stellen die Faktoren dar, die zum Anstieg der Ehescheidungen in der modernen Welt führen. In der Praxis kommen die Ehescheidungen immer öfter vor, und die außergewöhnliche Frequenz dieses Phänomens veranschaulicht man am besten mit

7 Krause, H. D., »Marriage for the New Millennium: heterosexual, same sex – or not at all«, **Deutsches und Europäisches Familienrecht**, Vol. 2, No. 4/2000, S. 208-221.

8 Mladenović, M., «Da li porodica ima budućnost», *Pravni život*, No. 9/1996, S. 546.

9 Wardle, L., „Institutionalizing Marriage Reforms Through Federalism“, *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century - An Agenda for Strengthening Marriage*, A. J. Hawkins, L. Wardle, D. O. Coolidge (eds.), Westport, CT: Praeger, 2002, S. 167-175.

10 Bobić, M., «Tranzicija bračnog partnerstva - primer naselja Beograd», *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, No.110-111/2001, S. 197.

den Angaben darüber, dass in den letzten sechs Jahrzehnten die Zahl der geschlossenen Ehe permanent sinkt, während die Zahl der Ehescheidungen in derselben Zeitspanne ständig steigt. Anschließend werden die Indikatoren der Ehescheidung in den einzelnen europäischen Ländern behandelt, die uns traditionell als Vorbild im Bereich der Regelung der Familienbeziehungen einschließlich der gültigen Scheidungspraxis in unserem Land dienen. Weiterhin werden wir auch summarisch auf die Besonderheiten der Eheschließung in diesen Ländern hinweisen, weil die Ehescheidung als primärer Gegenstand unserer Forschung mit der Eheschließung untrennbar verbunden ist.

Zur Veranschaulichung: Am Anfang des 21. Jahrhunderts wurden in Deutschland sehr hohe, aber auch ziemlich gleichmäßige Ehescheidungsrate verzeichnet, sowohl nominal als auch im Verhältnis zu 1000 Einwohnern und bei gleichzeitiger Senkung der Eheschließungsrate. Laut statistischen Angaben wurden 2000 insgesamt 194408 Ehescheidungen (2.4 auf 1000 Einwohner), 2005 201693 Ehescheidungen (2.4 auf 1000 Einwohner), 2010 187027 Ehescheidungen (2.3 auf 1000 Einwohner) und 2012 179147 Ehescheidungen (2.3 auf 1000 Einwohner) verzeichnet. Im Vergleich mit der Ehescheidungsrate in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist die Tendenz des Anstiegs der Ehescheidungen bemerkbar. Im Jahre 1950 wurden 134600 Ehescheidungen (1.9 auf 1000 Einwohner) verzeichnet, und 1960 kam es zur Senkung der Anzahl der Ehescheidungen und damals wurden 73418 Ehescheidungen (1.0 auf 1000 Einwohner) festgestellt. Danach kommt es zum Anstieg der Anzahl der Ehescheidungen, sodass 1970 103927 Ehescheidungen (1.3 auf 1000 Einwohner), 1980 141016 Ehescheidungen (1.8 auf 1000 Einwohner) und 1990 154786 Ehescheidungen (1.9 auf 1000 Einwohner) verzeichnet wurden. Besonders beunruhigend ist die Senkung der Anzahl der geschlossenen Ehen. Im Jahre 1950 wurden 750452 Ehen (10.8 auf 1000 Einwohner), 1960 689028 Ehen (9.4 auf 1000 Einwohner), 1970 575233 Ehen (7.4 auf 1000 Einwohner), 1980 496603 Ehen (6.3 auf 1000 Einwohner), 1990 516388 Ehen (6.5 auf 1000 Einwohner), 2000 418550 Ehen (5.1 auf 1000 Einwohner) und 2010 382047 Ehen (4.7 auf 1000 Einwohner) geschlossen.¹¹

In Schweden hat sich die Anzahl der Ehescheidungen nach der Expansion in den 70-er Jahren des vorigen Jahrhunderts (die drastische Zunahme der Anzahl an Ehescheidungen wurde im Jahre 1974 verzeichnet, als 26802 Ehen geschieden wurden, was im Unterschied zum Jahr 1973, während dessen 16021 Ehescheidungen festgestellt wurden, den Anstieg um mehr als 10000 Ehescheidungen darstellt) auf etwas mehr als 20000 Ehescheidungen pro Jahr stabilisiert. 2000 wurden 21502 Ehescheidungen, 2005 20000 Ehescheidungen, 2010 23593 Ehescheidungen und 2012 23422 Ehescheidungen registriert. Im Vergleich mit der

11 Federal Statistical Office (Destatis), *Marriages, divorces - Germany*, <http://www.destatis.de/EN/FactsFigures/Indicators/LongTermSeries/Population/Irbev06.html> (23/01/2014).

Anzahl der Ehescheidungen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sieht die Ehescheidungsrate so aus: 1950. wurden 8008 Ehen, 1960 8958 Ehen, 1970 12943 Ehen, 1980 19887 Ehen und 1990 19357 Ehen geschieden. Im Gegensatz dazu wurden 1950 54222 Ehen, 1960 50149 Ehen, 1970 43278 Ehen, 1980 37569 Ehen, 1990 40477 Ehen, 2000 39895 Ehen, 2005 44381 Ehen, 2010 50730 Ehen und 2012 50616 Ehen geschlossen.¹² Aus dem Vorstehenden geht hervor, dass sich in den letzten Jahren in Schweden der Trend des leichten Anstiegs der Anzahl der geschlossenen Ehen feststellen lässt.

Im Bereich der Ehescheidung ist besonders der Fall der Russischen Föderation interessant, für die sehr hohe Scheidungsrate kennzeichnend ist, wobei im Jahre 2002 die Rekordzahl von 853647 Ehescheidungen (5.9 auf 1000 Einwohner) registriert wurde. Seit der Oktoberrevolution, und besonders nach dem zweiten Weltkrieg, steigt konstant die Anzahl der Ehescheidungen in Russland. So wurden 1950 insgesamt 49378 Ehescheidungen (0.5 auf 1000 Einwohner), 1960 184398 Ehescheidungen (1.5 auf 1000 Einwohner), 1970 396589 Ehescheidungen (3.0 auf 1000 Einwohner), 1980 580520 Ehescheidungen (4.2 auf 1000 Einwohner), 1990 559918 Ehescheidungen (3.8 auf 1000 Einwohner), 2000 627703 Ehescheidungen (4.3 auf 1000 Einwohner) und 2010 639321 Ehescheidungen (4.5 auf 1000 Einwohner) verzeichnet. Die Indikatoren der Eheschließung sehen so aus: 1950. wurden 1222971 Ehen (12.0 auf 1000 Einwohner), 1960 1499581 Ehen (12.5 auf 1000 Einwohner), 1970 1319227 Ehen (10.1 auf 1000 Einwohner), 1980 1464579 Ehen (10.6 auf 1000 Einwohner), 1990 1319928 Ehen (8.9 auf 1000 Einwohner), 2000 897327 Ehen (6.2 auf 1000 Einwohner) und 2010 1215066 Ehen (8.5 auf 1000 Einwohner) geschlossen.¹³ Man kann feststellen, dass - bei gewissen Schwankungen - die Eheschließungsrate in den letzten sechzig Jahren im Rückgang begriffen ist, obwohl die rückläufige Tendenz nicht so ausgeprägt ist, mit Ausnahme von 2000, als die außergewöhnlich niedrige Zahl der geschlossenen Ehe verzeichnet wurde. Die russische Bevölkerung steht der Ehe wohlwollend gegenüber, sodass sich die Einzelnen leicht dafür entscheiden, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu gründen; aber die geschlossenen Ehen enden zu hohen Prozenten mit einer Ehescheidung, und danach gehen die geschiedenen Ehegatten eine neue Ehe ein.

12 Statistics Sweden, *Population and Population Changes 1749-2007*, http://www.scb.se/templates/tableOrChart_26047.asp (22/10/2008); Statistics Sweden, *Population and Population Changes in Sweden*, http://www.scb.se/Pages/SSD/SSD_TablePresentation_340508.aspx?layout=tableViewLayout1&rxid=1d44 (23/01/2014).

13 Федеральная служба государственной статистики, *Демография - браки и разводы*, http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/demography (23/01/2014).

Auch in Griechenland steigt in den letzten Jahren der Anzahl der Ehescheidungen. Die Eingliederung der einverständlichen Ehescheidung in das griechische Rechtssystem, die Einführung des allgemeinen Scheidungsgrundes und die Simplifizierung der Prozedur der Ehescheidung führten zur Liberalisierung des Modells der Ehescheidung. In solchen Verhältnissen wardie Ehescheidungsrate bis 1984 stabil und betrug ungefähr 8 Ehescheidungen auf 100 geschlossene Ehen. Danach schwankte die Ehescheidungsrate von 1984 bis 1992 zwischen 8 und 10 Ehescheidungen auf 100 geschlossene Ehen. Der gleiche Trend setzt sich von 1993 bis 1994 fort, während die Ehescheidungsrate im Jahre 1995 auf 15 Ehescheidungen auf 100 geschlossene Ehen hinaufschleunigte. Die letzten statistischen Angaben zeigen eine weiter steigende Tendenz der Ehescheidungen, sodass 2004 von 100 registrierten Ehen 21 Ehen geschieden wurden, während sich 2005 diese Zahl auf 25 Ehescheidungen erhöhte.¹⁴

Die Prozesse der Abnahme der Anzahl der geschlossenen Ehen und der Zunahme der Anzahl der Ehescheidungen haben die Schweiz auch nicht umgangen. Die statistischen Indikatoren zeugen davon, dass die Eheschließungsrate von 7.9 im Jahre 1950 auf 5.5 im Jahre 2010 gesunken ist. Gleichzeitig steigt die Ehescheidungsrate von 0.9 im Jahre 1950 auf 2.8 im Jahre 2010.¹⁵ In den letzten Jahren werden in der Schweiz etwa 20000 Ehen geschieden (z.B. 2012 wurden 17550 Ehescheidungen¹⁶ registriert), während etwas mehr als 40000 Ehe (z.B. 2012 wurden 42653 Ehen¹⁷ geschlossen) geschlossen werden.

Wenn es sich um unseren Nachbarn - Ungarn handelt, ist es beunruhigend, dass die Zahl der geschlossenen Ehen in den letzten sechs Jahrzehnten drastisch gesunken ist. Die Angabe, dass 1950 106261 Ehen (11.4 auf 1000 Einwohner), und 2010 insgesamt 35522 Ehen (3.6 auf 1000 Einwohner) geschlossen wurden, ist frapant. So eine dramatische Verringerung der Anzahl der Eheschließungen kommt in keinem anderen Land vor, das den Gegenstand dieser Untersuchung in dieser Arbeit darstellt. Die Zahl der geschlossenen Ehen sinkt permanent in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, sodass im Jahre 1960 88566 Ehen (8.9 auf 1000 Einwohner), 1970 96612 Ehen (9.3 auf 1000 Einwohner), 1980 80331 Ehen (7.5 auf 1000 Einwohner), 1990 66405 Ehen (6.4 auf 1000 Einwohner) und

14 Ministry of Economy and Finance, General Secretariat of the National Statistical Service of Greece, *Vital Statistics, Analysis of Demographic Events (Marriages - Births - Deaths)*, <http://www.statistics.gr> (28/11/2008).

15 Swiss Statistics, *The Statistical Encyclopedia, Population data 1950-2011*, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/en/index/infothek/lexikon.topic.1.html> (23/01/2014).

16 Swiss Statistics, *Divorces and divortiality*, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/en/index/themen/01/06/blank/key/06.html> (23/01/2014).

17 Swiss Statistics, *Marriages and nuptiality*, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/en/index/themen/01/06/blank/key/05.html> (23/01/2014).

2000 48110 Ehen (4.7 auf 1000 Einwohner) geschlossen wurden. Gleichzeitig wird im gegebenen Zeitraum der Anstieg der Scheidungsrate festgestellt, sodass 1950 11263 Ehescheidungen (1.2 auf 1000 Einwohner), 1960 16590 Ehescheidungen (1.7 auf 1000 Einwohner), 1970 22841 Ehescheidungen (2.2 auf 1000 Einwohner), 1980 27797 Ehescheidungen (2.6 auf 1000 Einwohner), 1990 24888 Ehescheidungen (2.4 auf 1000 Einwohner), 2000 23987 Ehescheidungen (2.3 auf 1000 Einwohner) und 2010 23873 Ehescheidungen (2.4 auf 1000 Einwohner) verzeichnet wurden.¹⁸

Aus dem Vorstehenden lässt sich schließen, dass in den modernen Gesellschaften das steigende Interesse der Ehegatten an der Ehescheidung herrscht. Im Gegensatz dazu zeigen die statistischen Angaben über die Ehescheidungen in Serbien, dass in unserem Land die steigende Tendenz der Ehescheidungen nicht vorhanden ist. Sehr geringe Häufigkeit von Ehescheidungen ist für demographische Prozesse in unserem Land kennzeichnend. Genauer gesagt unterlag die Ehescheidungsrate in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts und am Anfang des 21. Jahrhunderts nicht so großen Schwankungen. So wurden 1953 7952 Ehescheidungen, 1961 10609 Ehescheidungen, 1971 10111 Ehescheidungen, 1981 9797 Ehescheidungen, 1991 8372 Ehescheidungen, 2001 8018 Ehescheidungen, 2011 8251 Ehescheidungen und 2012 7372 Ehescheidungen registriert. Die Ehescheidungsrate betrug im Jahre 1953 1.1 Ehescheidungen pro 1000 Einwohner, 1961 1.4, 1971 1.2, 1981 1.0, 1991 0.9, 2001 1.1, 2011 1.1 und 2012 1.0 Ehescheidungen pro 1000 Einwohner.¹⁹ Mit der (eventuellen) Intensivierung der wirtschaftlichen Entwicklung ist es logisch, auch die Expansion der Ehescheidungen zu erwarten.

Im Vergleich mit den europäischen Ländern gehört die serbische Bevölkerung zur Gruppe der Länder mit den mittelgroßen allgemeinen Eheschließungsraten; in dieser Gruppe befinden sich die südeuropäischen Länder und die ehemaligen sozialistischen Staaten. Was die Ehescheidungen anbetrifft, hatte Serbien in den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts die niedrigsten Scheidungsraten in Europa, wie z. B. Spanien, Griechenland und Poland; dank der Pflege der traditionellen Familienwerte und wegen des starken Einflusses der Kirche, die der Ehescheidung nicht wohlwollend gegenübersteht, ist in diesen Ländern die familiäre Kohäsion stärker ausgeprägt. Die Scheidungsraten in den osteuropäischen Ländern sind höher als die in Serbien; die Ursache dieser hohen Scheidungsraten ist sowohl

18 Hungarian Central Statistical Office, *Population, vital statistics (1949-2012)*, http://www.ksh.hu/docs/eng/xstadat/xstadat_long/h_wdsd001b.html (23/01/2014).

19 Republički zavod za statistiku, *Statistički godišnjak Srbije, 2009*, [http://pod2.stat.gov.rs/Objavljene Publikacije/G2009/pdf/G20092003.pdf](http://pod2.stat.gov.rs/Objavljene%20Publikacije/G2009/pdf/G20092003.pdf) (28/01/2014); Republički zavod za statistiku, *Saopštenje - Zaključeni i razvedeni brakovi u Republici Srbiji, 2012*, br. 201 (LXIII), od 15.07.2013., http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/07/13/SN50_201_srb-2012.pdf (28/01/2014).

die eheliche Instabilität als Erbe der sozialistischen Periode als auch die Transition der gesellschaftlichen Prozesse. Hinsichtlich des Durchschnittsalters der Personen, die zum ersten Mal die Ehe miteinander eingehen, näherte sich in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts die serbische Bevölkerung den entwickelten europäischen Ländern. Wenn es sich um die Ehescheidung handelt, hat Serbien sowie die ehemaligen sozialistischen Länder niedrigere Scheidungsrate im Unterschied zu den europäischen Wohlstandsgesellschaften.²⁰

Wir sind der Meinung, dass niedrige Ehescheidungsrate im oben erwähnten Zeitraum nicht von der Stabilität der Ehe und der Familie in Serbien zeugt. Man könnte sagen, dass in unserer Gesellschaft die Ehegatten in Situationen der extremen Zerrüttung der ehelichen Lebensgemeinschaft zur Ehescheidung greifen; diese Zerrüttung führt dazu, dass die Fortdauer der Ehe absolut nicht möglich ist. Obwohl die im letzten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts ausgesprochen niedrige Scheidungsrate auf zahlreiche Faktoren bzw. auf die damals herrschenden Verhältnisse der drastischen Verarmung eines großen Teils der Bevölkerung, der hohen Arbeitslosenrate und der niedrigen Gehälter der Beschäftigten zurückzuführen ist, kann, unserer Meinung nach, die Hauptursache der Abnahme der Scheidungsrate in Zusammenhang mit der erwarteten Verschlechterung der Vermögenslage der ehemaligen Ehegatten bzw. mit deren Unsicherheit der Existenz nach der Ehescheidung gebracht werden. Die in der Praxis oft vorkommenden Probleme mit der Realisierung der Unterhaltsforderungen, vor allem, wenn es sich um den Unterhalt der minderjährigen Kinder handelt, können die Ehegatten zusätzlich demotivieren, das Scheidungsverfahren einleiten zu lassen. In unserer Umgebung kommt es sehr oft vor, dass die ehemaligen Ehegatten auch nach der Ehescheidung in einem gemeinsamen Haushalt das Zusammenleben fortsetzen; das weist auf die Probleme mit der Aufteilung des während der Ehezeit erworbenen Vermögens sowie auf die Unmöglichkeit der geschiedenen Ehegatten, ihre Wohnungsprobleme zufriedenstellend zu lösen, hin. Zur Abnahme der Scheidungsrate hat wahrscheinlich auch ein psychologischer Moment beigetragen, und zwar die Tendenz der Einzelnen, sich der Familie in den Krisensituationen in der Gesellschaft zuzuwenden. Die Tatsache, dass die radikalen und turbulenten gesellschaftlichen Ereignisse nur die vermeintliche Festigung des familiären Zusammenhalts und der familiären Solidarität verursachen können, wobei die Familie als Stützpunkt und Zufluchtsstätte vor vielen Lebensproblemen empfunden wird, darf nicht außer Acht gelassen werden.

Besonders beunruhigend ist die Abnahme der Zahl der geschlossenen Ehen. Die Eheschließungsrate wurde in den letzten sechs Jahrzehnten um die Hälfte verringert. So wurden 1953 70875 Ehen, 1961 70201 Ehen, 1971 77845 Ehen,

20 Bobić, M., «Tranzicija bračnog partnerstva - primer naselja Beograd», *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, No.110-111/2001, S. 200.

1981 69499 Ehen, 1991 57704 Ehen, 2001 45145 Ehen, 2011 35808 Ehen und 2012 34639 Ehen geschlossen. Die Eheschließungsrate pro 1000 Einwohner hat folgende Werte: 1953 10.1, 1961 9.2, 1971 9.2, 1981 7.4, 1991 5.9, 2001 5.9, 2011 4.9 und 2012 4.8. Auf 1000 geschlossene Ehen kamen im Jahre 1953 112.2 Ehescheidungen, 1961 151.1 Ehescheidungen, 1971 129.9 Ehescheidungen, 1981 141.0 Ehescheidungen, 1991 145.1 Ehescheidungen, 2001 177.6 Ehescheidungen, 2011 230.4 Ehescheidungen und 2012 212.8 Ehescheidungen.²¹ Im Kontext des dramatischen Rückgangs der Eheschließungsrate wird die Anzahl der geschiedenen Ehen in unserem Land alarmierend.

Von großer Bedeutung ist auch die Frage der Einwirkung des Prozesses der Liberalisierung der Scheidungsgesetzgebung, der in der modernen Welt ausdrücklich intensiviert wurde, auf den Anstieg der Scheidungsrate. Um die Stabilität der Ehe und der Familie zu bewahren, war die Scheidungsgesetzgebung sehr lange äußerst restriktiv. Es gibt jedoch keine handfesten Beweise über den Zusammenhang zwischen der Stufe der Liberalisierung der Scheidungsgesetzgebung und der Anzahl der Ehescheidungen in einer Gesellschaft. Deshalb verwarf man in dem modernen Recht die Idee, nach der die Stabilität der Ehe durch ein liberales Scheidungsrecht gefährdet bzw. die Ehe durch das rigorose Gesetz gestärkt werden könnte.²²

Die moderne Scheidungspraxis propagiert meistens keine absolute Freiheit der Ehescheidung, sondern das Recht auf Ehescheidung ist durch gewisse Einschränkungen begrenzt, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe aus besonderen Gründen notwendig ist. Zur Veranschaulichung: Das deutsche Gesetzbuch²³ kennt die *Härteklauseln*, welche die Ehescheidung verhindern, obwohl die Ehe grundsätzlich gescheitert ist, wenn die Interessen eines der beiden Ehegatten oder der gemeinsamen Kinder die Aufrechterhaltung der Ehe in der Sphäre des Rechts gebieten. (§ 1568 BGB). In der Gerichtspraxis sind die Härteklauseln indes völlig entwertet, sodass sie sehr selten angewendet werden, besonders zugunsten eines der Ehegatten. Die Kinderschutzklausel kann jedoch die Ehescheidung vereiteln; eine ernsthafte Prüfung, wie eine Scheidung sich konkret auf das Kindeswohl auswirkt, unterbleibt in aller Regel. Es herrscht die Meinung vor, für die Kinder sei eine Scheidung der Eltern stets besser als das Leben in zerrütteten Eheverhältnissen. Mit dem Konzept des gemeinsamen Elternrechts nach der

21 Republički zavod za statistiku, *Statistički godišnjak Srbije, 2009*, http://pod2.stat.gov.rs/Objavljene_Publikacije/G2009/pdf/G20092003.pdf (28/01/2014); Republički zavod za statistiku, *Saopštenje - Zaključeni i razvedeni brakovi u Republici Srbiji, 2012*, br. 201 (LXIII), od 15.07.2013., http://webz.s.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/07/13/SN50_201_srb-2012.pdf (28/01/2014).

22 Ponjavić, Z., "Privatizacija razvoda braka", *Pravni život*, No. 10/2009, S. 887.

23 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html#BJNR001950896BJNE_009902377 (29/01/2014).

Scheidung untermauert man die These, dass die Ehescheidung der Eltern auf diese Weise für das Kind eher erträglich ist, da die Kinder beide Elternteile als Bezugspersonen behalten. Eine solche Handhabung der Kinderschutzklausel entspricht weder dem Gesetz noch der Realität, da es die Gefahr besteht, dass das Kind nach der Ehescheidung der Eltern die Beziehung mit einem Elternteil beträchtlich reduziert oder völlig verliert.²⁴

Andererseits umfasst die französische Scheidungspraxis keine Klauseln, mit denen in den bestimmten Situationen die Möglichkeit explizit eingeräumt wird, das Ehescheidungsbegehren nicht stattzugeben; die Entscheidungen, dass dem Scheidungsantrag nicht stattgegeben wird, kommen in der französischen Scheidungspraxis nicht selten vor, da es den Gerichten im Grunde freisteht, den Klageantrag abzulehnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zur Verkündung des Scheidungsurteils nicht erfüllt sind. Im Jahre 2000 wurden von insgesamt 114620 Scheidungsbegehren 4167 abgewiesen. Zur Abweisung des Scheidungsantrags kommt es meistens in den Situationen, wenn die Vereinbarung der Ehegatten über die Scheidung und Scheidungsfolgen fehlt, während die Verkündung des Scheidungsurteils als gewiss angesehen wird, wenn die Ehegatten die Vereinbarung über diese Fragen geschlossen haben. Die Ehegatten sind auf ihrem Weg zur Ehescheidung nur dadurch beschränkt, dass sie dazu verpflichtet sind, die Scheidungsfolgen zu regeln, indem sie das Kindeswohl und die öffentliche Ordnung beachten.²⁵

Zum Schluss nimmt die serbische Scheidungsgesetzgebung das äußerst liberalisierte Scheidungskonzept an, wobei man noch einen Schritt weiter im Gegensatz zur vergleichenden Rechtswissenschaft gegangen ist, sodass das Recht auf Auflösung der Ehe auf die Ebene der menschlichen Grundrechte gehoben wurde. Die serbische Verfassung sieht²⁶ mit dem Artikel 62 Absatz 1 vor, dass „*jeder das Recht hat, über die Schließung oder Auflösung der Ehe frei zu entscheiden*“. Hiermit ist das Recht auf Ehescheidung gewährleistet, sodass die Abweisung der Scheidung in der serbischen Gerichtspraxis nicht mehr möglich ist.²⁷ Dabei wird der staatliche Eingriff hauptsächlich auf den Schutz des Kindeswohls beschränkt, während die Regelung der gegenseitigen Beziehungen der Ehegatten immer mehr ihrer Initiative und Vereinbarung überlassen wird, womit die These über die zunehmende Privatisierung des Familienrechts untermauert wird.²⁸

24 Schwab, D., *Familienrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 2008, S. 155.

25 Ferrand, F., *Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, National Report France*, S. 6, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Divorce.pdf> (15/01/2014).

26 Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/2006.

27 Cvejić-Jančić, O., «Ustav kao izvor porodičnog prava», *Pravni život*, No. 10/2008, S. 216.

28 Ponjavić, Z., «Novo porodično zakonodavstvo - proces privatizacije porodičnog prava», *Novo porodično zakonodavstvo*, Z. Ponjavić, (ur.), Kragujevac, Pravni fakultet, 2006, S. 7.

Zahlreiche Faktoren üben Einfluss auf die Stabilität der Ehe und der Familie aus; nur einer von denen ist die rechtliche Regelung; dabei stellt es sich die Frage, ob sie genügt, um die Änderungen zur Sicherung der stabilen Ehe - und Familienverhältnisse herbeizuführen.²⁹ Da es sich um den Keim der zukünftigen Familien und um die Basis des Gesellschaftsgefüges handelt, ist die Konsolidation und Stabilisierung der modernen Ehe geboten; die Auflösung der Ehe sollte man nicht ausschließlich dem übereinstimmenden und einzelnen Willen deren Akteure überlassen. In der Situation, als sich die Bräuche und die individuelle Moral verändert haben, kann das Gesetz das einzige Hindernis für die Ehescheidung bleiben.³⁰

3. Rechtliche Regelung der Ehescheidung in der modernen Welt

In den meisten modernen Rechtssystemen wurde das objektive Scheidungssystem akzeptiert, das sich auf den allgemeinen Scheidungsgrund gründet, der als endgültiges Scheitern der Ehe oder als ernsthafte und dauerhafte Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse formuliert ist. Die Verletzung der ehelichen Pflichten ist dabei irrelevant, sowohl im Bereich der Zulässigkeit der Einleitung des Prozesses als auch im Bereich der Verkündung des Scheidungsurteils, unter der Voraussetzung, dass das Vorhandensein des gesetzlich vorgesehenen Scheidungsgrundes festgestellt wird. Der Prozess der Gestaltung der Scheidung „ohne Verschulden“, der den „freien Ausstieg aus der Ehe“ ermöglicht, ist im modernen Recht fast abgeschlossen; aber es wurde sich immer noch kein klarer Standpunkt hinsichtlich der Art und Weise der Regelung dieses Scheidungsmodells herauskristalisiert, da manche Staaten das vollständige Scheidungssystem akzeptieren, das sich auf das Scheitern der Ehe gründet, während die anderen Staaten die Scheidung „*a la carte*“ annehmen, wobei man verschiedene Scheidungsgründe vorsieht, von denen sowohl das Verfahren des Vollzugs der Scheidung als auch die Scheidungsfolgen abhängen.³¹ In diesem Kontext umfassen die einzelnen Scheidungspraxen auch einige von den Scheidungsgründen, die in der Regel einer der Ehepartner verschuldet, sodass das Verschuldensprinzip nicht ganz an Bedeutung verloren hat. Deshalb ist es in der Doktrin sowie in der Gesellschaft überhaupt, auch heutzutage strittig, nach welchen Prinzipien die Scheidungsgesetzgebung zu gestalten ist, bzw. ob das objektive Scheidungssystem in reiner Form anzunehmen ist oder ob auch die von einem der Ehepartner verschuldeten Scheidungsgründe zu behalten sind.³²

29 Cvejić-Jančić, O., «Brak - stanje u prošlosti i izazovi budućnosti», *Pravni život*, No. 10/2006, S. 15.

30 Ponjavić, Z., „Privatizacija razvoda braka“, *Pravni život*, No. 10/2009, S. 887.

31 Ponjavić, Z., „Privatizacija razvoda braka“, *Pravni život*, No. 10/2009, S. 875.

32 Schwab, D., *Familienrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 145.

Im deutschen Recht wurde ein objektiver Scheidungsgrund akzeptiert, der als Scheitern der Ehe formuliert wurde (§1564 BGB). Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen (§ 1565 I BGB). Die Scheidung ist möglich, wenn bei einem oder beiden Ehepartnern die geistigen Grundlagen der ehelichen Lebensgemeinschaft unheilbar zerstört sind. Da sich das Gericht in einer heiklen Situation befindet, weil es die Stufe der Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse feststellen muss, damit man das Eindringen in die Intimspäre der Ehegatten verhindern und die Lage des Gerichts erleichtern könnte, wurden die Vermutungen des Scheiterns der Ehe eingeführt. Es wird vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen sowie wenn einer der Ehegatten den Scheidungsantrag stellt und der Antragsgegner im Laufe des Scheidungsprozesses der Scheidung zustimmt (§ 1566 I BGB). In diesem Kontext kann man über das Vorhandensein und besondere Stellung der einverständlichen Ehescheidung im deutschen Scheidungssystem sprechen. Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben (§ 1566 II BGB). Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, so kann die Ehe nur geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde (§ 1565 II BGB). Wenn die Ehegatten gemeinsam die Ehescheidung beantragen, müssen sie die allumfassende Vereinbarung über die Scheidungsfolgen treffen und dem Gericht präsentieren. Handelt es sich um die Scheidung auf Antrag eines der Ehegatten, so kennt das deutsche Recht eine besondere Einrichtung des Scheidungsverfahrens, die die Scheidungs- und Folgesachen verbindet; so ist es möglich, über die Scheidung der Ehe und über die wichtigsten Scheidungsfolgen in einem und demselben Verfahren zu verhandeln und zu entscheiden. Mit diesem verfahrensrechtlichen Mechanismus eliminiert man die Notwendigkeit eines gesonderten Verfahrens zur Regelung der streitigen Scheidungsfolgen, flößt man den Ehegatten eine gewisse Sicherheit und das gegenseitige Vertrauen ein und bestätigt man die Idee über die reine Trennung der Ehegatten nach der Ehescheidung.³³

Das objektive Ehescheidungssystem wurde auch im positiven schweizerischen Recht akzeptiert, das die Ehescheidung ermöglicht, immer wenn die eheliche Lebensgemeinschaft den Sinn und Zweck ihres Daseins verloren hat, ohne Rücksicht auf konkrete Ursachen, die das Scheitern der Ehe heraufbeschworen haben, wobei das Verschulden eines der Ehegatten nur in den Ausnahmesituationen

33 Kitanović, T., «Institut razvoda braka u pravu Nemačke», *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, tematski broj «Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru», No. 63/2012, S. 356.

von Belang ist.³⁴ Das schweizerische Zivilgesetzbuch³⁵ unterscheidet zwei Formen der Ehescheidung: Scheidung auf gemeinsames Begehren der Ehegatten (Art. 111 ZGB) und Ehescheidung auf Klage eines Ehegatten (Art. 112 ZGB). Der Gesetzgeber bevorzugt die Auflösung der Ehe auf gemeinsames Begehren, wobei deren zwei Varianten möglich sind, und zwar je nachdem, ob die Ehegatten die Einigung über die Ehescheidung und Scheidungsfolgen, die der Disposition der Parteien unterliegen oder nur die Einigung über die Ehescheidung erzielt haben, während sie sich über die Scheidungsfolgen überhaupt nicht oder nur teilweise verständigen können; in diesem Fall regelt das Gericht die streitigen Folgen. Der Scheidungsanspruch kann durch Klageerhebung geltend gemacht werden, wenn die Ehegatten mindestens zwei Jahre ohne Unterbrechung getrennt gelebt haben (Art. 114 ZGB). Nur subsidiar und im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit, wenn das Abwarten der erforderlichen Trennungszeit als unannehmbar erscheint, steht zudem der Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe zur Verfügung (Art. 115 ZGB). Dieser Scheidungsgrund muss äußerst restriktiv angewandt werden, weil dessen eventuelle missbräuchliche Anwendung zur schnellen Ehescheidung gegen den Willen eines Ehegatten bzw. zur Repudiation führen könnte, was mit der ursprünglichen Idee des Gesetzgebers überhaupt nicht übereinstimmt; der Gesetzgeber, der diesen Scheidungsgrund vorgeschrieben hat, hat jene unzumutbare Härtefälle berücksichtigt, wo die sofortige Ehescheidung die Erleichterung und Rettung für einen der Ehegatten darstellt.³⁶

Das französische Bürgerliche Gesetzbuch³⁷ unterscheidet zwei Modelle der einverständlichen Ehescheidung: einverständliche Scheidung der Ehegatten (*divorce par consentement mutuel*; Art. 230-232 CC) und Ehescheidung aufgrund der Annahme des endgültigen Scheiterns der Ehe (*divorce accepté; d'acceptation d'après le principe de la rupture du mariage*; Art. 233-234 CC). Bei dem ersten Modell der einverständlichen Ehescheidung müssen die Ehegatten die Vereinbarung über die Scheidung und Scheidungsfolgen erzielen und dem Gericht präsentieren, während sich die Ehegatten bei dem zweiten Modell der einverständlichen Ehescheidung darüber einig werden, dass ihre Ehe endgültig gescheitert ist, während die streitigen Scheidungsfolgen durch das Gericht geregelt werden.

34 Kitanović, T., «Osnovne odlike švajcarskog brakorazvodnog sistema», *Pravni život*, No. 10/2009, S. 1124.

35 Zivilgesetzbuch (ZGB), <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html> (29/01/2014).

36 Hausheer, H., Geiser, T., Aebi-Müller, R. E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2007, S. 118.

37 Code civil (CC), <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (29/01/2014).

Außerdem gibt es noch zwei Scheidungsgründe: Scheidung wegen der unheilbaren Zerrüttung der Ehe (*divorce pour altération définitive du lien conjugal*; Art. 237 CC) und Scheidung aufgrund des Verschuldens (*divorce pour faute*; Art. 242 CC). In der Zeit der letzten Reform der Scheidungsgesetzgebung (am Anfang des 21. Jahrhunderts) wurde mit einem der Gesetzentwürfe der Abschied vom Schuldensprinzip vorgeschlagen; mit diesem Entwurf des Gesetzes wurden nur die einverständliche Ehescheidung und die Scheidung wegen der dauerhaften und unheilbaren Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse vorgesehen. Trotzdem hat der französische Gesetzgeber das Verschulden als Scheidungsgrund beibehalten, denn er ist der Meinung, dass diese Lösung der aktuellen Bedürfnisse der französischen Gesellschaft entspricht. Das Hauptanliegen des Gesetzgebers ist jedoch die Bevorzugung der Vereinbarung der Ehegatten, wobei die neu eingeführte Einrichtung der Modifikation der Grundlage zur Ehescheidung im Laufe des Scheidungsverfahrens besonders von Bedeutung ist - *modifications du fondement d'une demande en divorce*.³⁸

Das russische Familiengesetz³⁹ kennt einen allgemeinen Scheidungsgrund, der als Unmöglichkeit der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft definiert wird. Die Befugnis der zuständigen Behörden, die konkreten Scheidungsgründe bei Vorhandensein der Vereinbarung der Ehegatten zu untersuchen, wurde durch den Gesetzgeber eingeschränkt, weil die getroffene Vereinbarung darauf hinweist, dass die Ehe unheilbar gescheitert und die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr möglich ist. Die einverständliche Ehescheidung ist eng mit der bürokratischen Prozedur verbunden, die eine lange Tradition im russischen konservativen System hat. Nach dem russischen Recht kann die Ehescheidung im Verwaltungsverfahren erfolgen, wenn die Ehegatten keine gemeinsamen minderjährigen Kinder haben und wenn sie die Einigung über die Scheidungsfolgen erzielt haben sowie wenn einer der Ehegatten erwerbsunfähig ist, wenn gerichtlich festgestellt wurde, dass einer der Ehegatten vermisst ist und wenn einer der Ehegatten zu mehr als drei Jahren Freiheitsentzug verurteilt worden ist (Art. 19). Haben die Ehegatten die minderjährigen Kinder, so kann die Ehescheidung ausschließlich im gerichtlichen Verfahren erfolgen, das zwei Erscheinungsformen hat - als Streitiges und unstreitiges Verfahren - je nachdem ob sich die Ehegatten über die Scheidungsfolgen geeinigt haben, vor allem über diese, die die Kinder betreffen oder ob über diese Folgen das zuständige Gericht entscheidet. Obwohl dem Gericht große Befugnisse hinsichtlich der Untersuchung der Vereinbarung der Eltern über die Kinder erteilt worden sind, bemerkt man in der Praxis die Tendenz der Richter, diese Vereinbarungen

38 Courbe, P., *Le divorce*, Paris: Dalloz, 2004, S. 55-56.

39 Семейный кодекс и брачный договор, *Социальная защита*, 5/1996.

nicht zu prüfen oder diese Vereinbarungen werden nur der marginalen Untersuchungen unterzogen.⁴⁰

Das schwedische Ehegesetz⁴¹ behandelt die Ehe als freiwillig eingegangene Lebensgemeinschaft von Mann und Frau. Um die Scheidung zu vollziehen, genügt es, dass einer der Ehegatten die Auflösung der Ehe begehrt. Ist der andere Ehegatte damit einverstanden, kann die Ehescheidung sofort erfolgen, außer wenn die Ehegatten die Kinder unter 16 Jahren haben; in diesem Fall ist die sechsmontige Bedenkzeit geboten. Im Falle, dass einer der Ehegatten mit der Ehescheidung nicht einverstanden ist, obwohl die Ehegatten keine Kinder unter 16 Jahren haben, muss die sechsmonatige Bedenkzeit der Ehescheidung unbedingt vorangehen (Teil 5, Art. 1-2). Das schwedische Recht zeichnet sich durch ein spezifisches Ehescheidungssystem aus, das sowohl das Verschulden für die Verletzung der ehlichen Pflichten als auch die unheilbare Zerrüttung der Ehe als der Scheidungsgrund aufgibt, wobei großer Wert auf Bedenkzeit gelegt wird; nach Ablauf der Bedenkzeit muss das Gericht das Scheidungsurteil verkünden.

Das serbische Familiengesetz⁴² unterscheidet zwei Modelle der Ehescheidung - Scheidung auf Klage und einverständliche Scheidung. Entscheiden sich die Ehegatten für die einverständliche Ehescheidung, sind sie dazu verpflichtet, eine schriftliche Scheidungsvereinbarung abzuschließen, die unbedingt die Einigung über die Ausübung des Elternrechts und die schriftliche Vereinbarung über die Aufteilung des gemeinsamen Vermögens beinhalten muss (Art. 40 des Familiengesetzes der Republik Serbien). Die Vereinbarung der Ehegatten über die Ausübung des Elternrechts trägt das Gericht in den Urteisspruch ein, wenn es einschätzt, dass diese Vereinbarung im besten Interesse des Kindes liegt (Art. 225 Absatz 1 des Familiengesetzes der Republik Serbien). Den Gerichten sind die Befugnisse zur Kontrolle nicht im Ganzen entzogen worden, aber es herrscht die Tendenz der Schwächung der autorativen Macht der Gerichte, sodass ihre Macht im Verhältnis zu den vergangenen Zeiten weitaus geringer ist.⁴³

Die einverständliche Ehescheidung ist in unserem gültigen Recht so konzipiert, dass die Ehegatten die Verpflichtung haben, die vermögensrechtlichen Beziehungen untereinander einvernehmlich zu regeln; damit wird die Notwendigkeit der Führung eines Verfahrens zur Aufteilung des während der Ehezeit erworbenen Vermögens ausgeschlossen, was von großer Bedeutung ist, weil diese Prozesse in

40 Antokolskaia, M., *Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses - National Report Russia*, S. 17, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Russia-Divorce.pdf> (15/01/2014).

41 Äktenskapsbalken (SFS 1987:230), <http://www.sweden.gov.se/sb/d/3288> (29/01/2014).

42 Porodični zakon Srbije (PZS), *Sl. glasnik RS*, 18/2005, 72/2011.

43 Ponjavić, Z., «Ugovorno vršenje roditeljskog prava», *Pravni život*, No. 10/2008, S. 236.

der serbischen Gerichtspraxis zu den komplexesten, langwierigsten und zermürbendsten gehören. Dies wurde zur Bedingung gemacht, um die Ehegatten dazu zu zwingen, sich ein wenig die Mühe zu geben, damit die Ehescheidung als Ergebnis der erzielten Einigung der Ehegatten hinsichtlich der wichtigsten Fragen ihrer zukünftigen Beziehungen angesehen werden könnte.⁴⁴ Die abgeschlossene Vereinbarung über die Aufteilung des Vermögens ist ein Indikator für die Reife der Ehegatten, die davon zeugt, dass sie trotz der zwischen ihnen zweifellos bestehenden Konflikten alle Kräfte aufgeboren haben, die vermögensrechtlichen Beziehungen untereinander selbst zu regeln.⁴⁵ Beim Verfassen der Vereinbarung steht den Ehegatten frei, die Aufteilung des Vermögens ihren Bedürfnissen und Wünschen entsprechend durchzuführen. Das gemeinsame Vermögen müssen sie weder in gleiche Teile teilen noch sind sie dazu verpflichtet, den Beitrag jedes von den beiden Ehegatten zum Erwerb von Vermögen zu berücksichtigen. Wenn die Ehegatten einen Ehevertrag geschlossen haben, erfolgt die Aufteilung des Vermögens laut Bestimmungen des Vertrags. Dabei trägt das Gericht ohne Untersuchung die abgeschlossene Vereinbarung über die Aufteilung des Vermögens in den Spruch des Urteils ein, durch das die einverständliche Ehescheidung durchgeführt wird (Art. 225 Absatz 2 des Familiengesetzes der Republik Serbien).

Können sich die Ehegatten jedonch nicht über die Ehescheidung und Scheidungsfolgen einigen, obwohl die ehelichen Verhältnisse ernsthaft und unheilbar zerrüttet sind oder obwohl objektiv keine Lebensgemeinschaft mehr besteht, kann einer der Ehegatten das Scheidungsverfahren durch die Scheidungsklage anhängig machen (Art. 41 des Familiengesetzes der Republik Serbien). In diesem Fall ist es ratsam, dass die Ehegatten im Verfahren der Einigung vor dem Vormundschaftsorgan die Vereinbarung über die Ausübung des Elternrechts und die Vereinbarung über die Aufteilung des gemeinsamen Vermögens abschließen; dabei sind die Befugnisse des Gerichts hinsichtlich dieser Vereinbarungen identisch mit denen, die sie im Verfahren haben, das durch den Antrag auf einverständliche Scheidung eingeleitet wurde (Art. 240-246 des Familiengesetzes der Republik Serbien).

Nach unserem aktuellen Recht sind das Verschulden für die Ehescheidung sowie die konkreten Gründe, die zur Störung im ehelichen Verhältnis geführt haben, ohne Bedeutung, sodass die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft unmöglich ist. In der Praxis sind verschiedene Scheidungsgründe vertreten, wie zum Beispiel: Ehebruch, Unvereinbarkeit der Charaktere der Ehegatten infolge der Erziehungsunterschiede, verschiedene Lebensauffassung, verschiedene Familienwerte, verschiedene ethische Werte, schlechte Vermögenslage, Einmis-

44 Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, Dosije, 2005, S. 140.

45 Kitanić, T., «Evolucija modela sporazumnog razvoda braka u srpskom pravu», *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, No. 62/2012, S. 238.

chen der Eltern in die Beziehung der Ehegatten u.ä. Es ist nur wichtig, dass die gegenseitige Beziehung der Ehegatten ernsthaft und unheilbar zerrüttet ist, sodass die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr möglich ist. Dadurch, dass das Scheidungsrecht auf die gleiche Stufe wie das Verfassungsrecht gestellt wurde, wurde in unserem Rechtssystem der Weg zum freien Ausstieg aus der Ehe, zum Ausstieg ohne strenge materielle Bedingungen und ohne lästige Zusatzformalitäten geebnet; die Ehescheidung erfolgt dabei schnell und einfach, unabhängig davon, mit welcher Initialakte das Scheidungsverfahren anhängig gemacht wurde, während im Vordergrund die Regelung der Scheidungsfolgen durch die Vereinbarung der Ehegatten steht.

4. Schlussfolgerung

Die Ehescheidung als Institut hat viele Stadien durchlaufen müssen: von deren absolutem Verbot, über deren Zulässigkeit in den Fällen, die sich auf das schuldhafte Verhalten eines der Ehegatten beruhen und die limitativ aufgezählt werden können, bis hin zum Abschied des Verschuldens als des Scheidungsgrundes und zu zunehmenden Freiheiten der Ehegatten im Bereich der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft. Den modernen Tendenzen im Bereich der Regelung der Ehe- und Familienbeziehungen entsprechend, zeichnen sich die modernen Scheidungspraxen durch hohen Grad der Liberalisierung aus; dabei ist in den meisten Rechtssystemen das objektive Ehescheidungssystem akzeptiert, das sich auf die Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse und auf die Auffassung der Ehescheidung als des Auswegs aus den zerrütteten Verhältnissen der Ehegatten gründet. Das Verschuldensprinzip hat jedoch nicht ganz an seiner Bedeutung verloren, da in den einzelnen Rechtssystemen auch die Ehescheidung, die sich auf die Verletzung der ehelichen Pflichten seitens eines Ehegatten gründet, normiert ist.

Die Ehe wird außerdem als ein privatrechtliches Verhältnis angesehen, dessen Grundlage die Zustimmung und der Wille der Ehegatten bilden, sodass die einverständliche Ehescheidung eine Sonderstellung in den modernen Ehescheidungssystemen einnimmt, unabhängig davon, ob sie als besondere Art der Eheauflösung normiert ist oder im Rahmen des allgemeinen Scheidungsgrundes existiert.

Die modernen Scheidungspraxen propagieren meistens keine absolute Freiheit der Ehescheidung, sondern das Recht auf Ehescheidung ist durch gewisse Einschränkungen begrenzt, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe aus besonderen Gründen notwendig ist, die im Interesse der gemeinsamen minderjährigen Kinder oder eines Ehegatten, der der Scheidung nicht zustimmt, liegen. Obwohl die Ehe eine sehr wichtige Einrichtung darstellt, ist es diskutabel, ob es auf dem

heutigen Entwicklungsstand der Gesellschaft berechtigt ist, die Möglichkeit der Ehescheidung zu beschränken, mit welchen Mitteln das realisierbar ist und welche Effizienz diese Mechanismen auf dem Plan der erzieherischen Wirkung auf die Ehegatten und auf dem Plan der Senkung der Ehescheidungsrate in der modernen Welt erreichen.

Dr. Tanja Kitanović,

Dozentin

Juristische Fakultät, Universität in Niš

EHESCHIEDUNG ALS SOZIOLOGISCHES UND RECHTLICHES PHÄNOMEN

Abstract: In dieser Arbeit wird die Ehescheidung in der modernen Welt analysiert. Da die Ehescheidung mit der Eheschließung untrennbar verbunden ist, wird im ersten Teil der Arbeit auf die Besonderheiten der Ehe in den modernen Gesellschaften hingewiesen. Es wurden auch einige Faktoren berücksichtigt, die in der heutigen Zeit als primäre Ursachen der ehelichen Instabilität bezeichnet werden. In der Arbeit werden weiter die statistischen Indikatoren der Ehescheidungs- und der Eheschließungsrate in der modernen Welt ausgearbeitet, wobei das Hauptgewicht auf die Scheidungsrate in Serbien gelegt wird. Danach werden die Regelungen der Ehescheidung in den einzelnen europäischen Ländern behandelt, die uns traditionell als Vorbild im Bereich der Regelung der Familienbeziehungen einschließlich der gültigen Scheidungspraxis in unserem Land dienen. Besondere Aufmerksamkeit wurde dem Einfluss der Liberalisierung des Scheidungsrechts auf den Anstieg der Scheidungsrate in den modernen Gesellschaften gewidmet. In der Schlussfolgerung dieser Arbeit wurden die Ergebnisse der Forschung des Scheidungsphänomens in der modernen Welt summiert.

Schlüsselwörter: Scheidungsrate, Eheschließungsrate, Ehegatten, moderne Welt, modernes Recht, objektives Ehescheidungssystem, Scheidung auf Klage, einverständliche Ehescheidung.

КАРАКТЕРИСТИКЕ ЛИЧНИХ ПРАВА¹

Апстракт: Лична права су ушла у систем грађанских субјективних права тек крајем 19. века. Један од разлога је немогућност да се лично добро, које им је правни објект, изрази у новцу, што се сматрало предусловом њихове заштите имовинском санкцијом. Слабљењем догме о неопходном имовинском карактеру обавезе, у науци грађанског права створен је простор за изучавање особина личних права, па је примећено да су она по свом дејству апсолутна и искључива, да су трајна и непреносива, али и да нису лишена имовинског аспекта.

У везу са имовином свог имаоца, лична права бивају доведена посредно: или допуштеним преносом на треће лице овлашћења (ограничене) употребе личног добра, за накнаду, или санкционисањем њихове повреде обавезивањем одговорног лица на надокнаду штете или повраћај правно неоправдано стечене користи. Добијеној надокнади, која није новчани показатељ вредности личног добра, свакако се не може оспорити имовинска природа. Овај, неимовински и имовински, појавни облик личних права, вољна и наметнута ограничења у њиховом вршењу и посмртна заштита личности предмет су ауторкиног истраживања.

Кључне речи: лична права, слобода располагања личним добрима, ограничења личних права, посмртна заштита личности.

Увод

У грађанским законцима лична права нису успостављена дефинисањем свога појма, већ признањем правне, и то грађанскоправне заштите. Чини се да се полази од претпоставке да су ова права неспорна грађанска субјективна права, сама по себи разумљива, што њихово дефинисање чини излишним. Признање и заштита права личности логичне су и посве

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, финансираног од Министарства за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046.

разумљиве последице њиховог значаја за човека, његово постојање, развој и самоостварење.

Дефинисање појма права личности препуштено је правној теорији, где се она одређују као: права правних субјеката да од свих других траже и остварују поштовање и развој властите личности у складу са својим психосоцијалним ступњем развоја²; апсолутна субјективна права која овлашћују титулара да своје лично добро користи (оствари) уживајући га и располагајући њиме³; приватна права која субјекту дају непосредну, апсолутну правну власт над његовим личним, неимовинским добрима, коју он може остваривати по својој вољи, а све друге искључити, уколико то није противно туђим правима ни законским ограничењима⁴. Наглашава се такође да се лична права успостављају на добрима уско повезаним са човеком, понекад и неодвојивим од њега, коме омогућавају да у одређеној средини развије своје способности и најкорисније их, за себе и за средину којој припада, употреби^{5 6}. Дефиниције су сагласне са Хегеловим поимањем личности као основе на којој се гради правна способност појединца и читаво право, као и са Кантовим вредносним системом, у чијем су средишту достојанство, слобода воље и приватна аутономија. Слободан и самоодређујући развој личности правни поредак обезбеђује не само гаранцијом и заштитом њених имовинских права и слобода (попут слободе уговарања, слободе завештања, гаранцијом својине), већ и једнако важних неимовинских добара (попут приватности, самоодређења, угледа, части, имена). Тек у својој укупности, имовинска и неимовинска – лична добра, и на њима устанављена права, веран су израз сложеног правног концепта

2 A. Radolović, „Prava ličnosti u Zakonu o obveznim odnosima“, *Закон о облигационим односима 1978-1988, Књига о десетогодишњици, Правни живот – Часопис за правну теорију и праксу*, I том, Београд, 1988, стр. 591.

3 В. Водинелић, „Лично право као субјективно право и као грана права“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, бр. 31/1976, стр. 373.

4 N. Gavella, *Osobna prava*, I dio, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2000, стр. 27.

5 S. Krneta, „Pitanje mjesta ličnih prava u sistemu građanskog prava“, *Odabrane teme privatnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, стр. 261 (чланак је први пут објављен у *Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu*, br. V, 1957, стр. 109-125).

6 У дефиницијама права личности наглашавају се и друге њихове особине и функције: да се њима штити човекова личност и посебност, физичка и душевна опстојност (Adler), да су то права на уважавање и невређање човекове личности (Hubmann), да обухватају добра својствена свакој особи самим тим што је правни субјекат (Tercier). Видети: J. Dropulić, *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Vizura, Zagreb, 2002, стр. 10-14. Преглед идеја о личним правима и њиховом месту у систему грађанских субјективних права видети и у: В-Р. Kern, „Historische Entwicklung des Persönlichkeitsrechts in Deutschland und Kontinentaleuropa“, *Verletzungen von Persönlichkeitsrechten durch die Medien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, стр. 82-95.

какав је правни субјективитет физичких и правних лица. Установљавањем личних права као посебне категорије грађанских субјективних права, појединцу је омогућено да се оствари и као физичко и као духовно - морално биће, заштићено не само средствима јавног права, већ и грађанског као приватног права.

Из дефиниција датих у уводној речи уочљиве су неке важне карактеристике права личности, које ћемо најпре набројати, а неке од њих, на страницама које следе, и објаснити.

Правна теорија је јединствена у сврставању личних права у категорију апсолутних грађанских субјективних права. Будући да су апсолутна, дејство им је *erga omnes*, па су сва трећа лица субјекти обавезе уздржавања од повреде личних права. Број и идентитет обавезних лица нису унапред познати јер то није ни потребно. Субјекат обавезе издваја се у тренутку повреде личног права, када настаје захтев да се оно заштити, и то у односу на ово, сада тачно одређено лице. Повредом права личности, између његовог титулара и повредиоца настаје нов, најчешће дужничко-поверилачки однос, са овлашћењем да се захтева отклањање повреде (нпр., повлачењем изјаве, извињењем, објављивањем демантија, надокнадом штете или предајом неосновано стечене користи) и (овом овлашћењу) корелативном обавезом поступања по истакнутом захтеву. У неким ситуацијама дозвољена је и превентивна заштита - захтевима за пропуштање и отклањање извора опасности.

Наведене превентивна и реактивна заштита део су грађанскоправне (приватноправне) заштите. Лична добра су заштитни објект и норми јавног права – уставног, кривичног и управног (прекршајног). Ово је јавноправна заштита, којом се гарантује неприкосновеност личних добара човека као грађанина, пре свега у односу према држави. На терену јавног права, лична добра престају бити објектом личних као грађанских субјективних права; она су сада објект основних људских права и слобода гарантованих уставом.

Права личности су неимовинска права јер се њихов објект не може изразити у новцу. То су ексклузивна (искључива) и непреносива права (неотуђива⁷ и ненаследива) која може вршити само титулар овлашћења, а ако се

⁷ Изузетно, допуштено је делимично располагање попут допуштања задирања у телесни интегритет (нпр. медицински захвати, донирање органа ради пресађивања), допуштање другоме коришћења слике, гласа или имена, итд., али се тиме не мења карактеристика непреносивости, макар се радило о комерцијализацији права личности. Комерцијализација је својствена имовинским субјективним правима, али се наведеним располагањима преноси и на ова неимовинска, са важном разликом - нипошто не изражава њихову новчану вредност, јер је она немају.

ради о личним добрима којима се може (ограничено) располагати - трећа лица морају да затраже одобрење имаоца права за задирање у његово лично добро (слика, тонски запис, приватност, итд.).⁸ Утицај на лично добро другог без његове сагласности је противправан чин (под условом да нема разлога за искључење противправности таквог захвата) и санкционисан. Противправност повреде могу искључити: вршење јавне дужности, нужна одбрана, стање крајње нужде и вршење свог права (дозвољена самопомоћ)⁹, као чињенице независне од воље титулара личног права, али и његов пристанак на радњу повреде, у складу са правилом *volenti non fit iniuria*¹⁰.

Права личности не застаревају услед невршења нити могу на други начин престати. Она су везана за личност и трају колико и њихов имаоца. Њихов настанак није условљен посебним начином стицања, који се захтева код других субјективних права. Један од разлога свакако је у природи добара која су објект личних права: са већином личних добара човек се рађа, и она су део његове биолошке појавности (живот, здравље, телесни и психички интегритет). Признање личних права на добрима лишеним биолошког предзнака, каква су права на достојанство, интегритет и идентитет, приватност, произашло је из сазревања свести о значају ових права за слободан развој личности и њено самоостварење.¹¹

Објекти личних права су лична добра – која човеку припадају као биолошком (живот, здравље, тело) и психичком бићу (психички интегритет, пијетет, психичко здравље), али и она која му, као друштвеном и духовном

8 В., Н. М. Riemer, *Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis*, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1995, стр. 120-121 и 125; Н. Hausheer, R. E. Aeubi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2005, стр. 169, који наводе да се заштитом личних права према трећем лицу штити друштвена личност њиховог титулара.

9 Видети одредбе чл. 161 и 162 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93). У даљем тексту: 300.

10 „Ко на своју штету дозволи другоме предузимање неке радње, не може од њега захтевати накнаду штете проузроковане том радњом.“, чл. 163 ст. 1 300. Овом се одредбом искључује одговорност за штету причињену било ком правном добру оштећеног, не само личног. Ваљаном пристанку се придаје значај разлога искључења противправности и оних радња чије задирање у права личности није праћено штетом као последицом. Тако и: N. Gavella, *Osobna prava*, I dio, стр. 58-59.

11 „Социолошки гледано, право личности родило се у крилу хуманистичке људске мисли и само се у таквим оквирима може правилно изразити и штитити човјека као активно стваралачко биће, његов живот и рад, што је све заједно оно највише што грађанско право може дати човјечанству учењем о правима личности“, А. Radolović, *op. cit.*, стр. 590. Па, ипак, човечанство памти и догађаје из Другог светског рата, у којима су вредновање личности и гаранција неприкосновености њених права зависили од припадности групи сматраној вреднијом од осталих.

бићу, признаје правни поредак: достојанство, част, углед, приватност.^{12 13} Правна лица, будући да постоје само као правна, не и биолошка реалност, имају она лична добра одговарајућа разлозима њиховог постојања, која се могу уживати и заштитити независно од икакве биолошке појавности. Објекти личних права правних лица не могу бити телесни или психички интегритет, јер претпостављају тело у биолошком смислу, али идентитет, пословни углед, име (фирма), пословна тајна (у односу на незаштићене проналаске, *know-how* и слично), слобода привређивања, свакако да одговарају суштини њихове правне способности, израженој кроз сва субјективна права, па и лична.¹⁴

Особине правног објекта личних права

Објект личних права је личност правног субјекта, а не сâм правни субјект. Прецизније, то су лична добра која се у људском друштву признају физичим лицима (живот, телесни и психички интегритет, приватност, углед, име...), такође и правним - у мери помирљивој са њиховом неболошком природом. Тако се правно заштићеним објектима сматрају и име, пословни углед и пословна тајна правног лица.

Издвајањем ових и других облика испољавања личности, направљена је разлика између субјекта, који је титулар права, и његовог објекта, тиме и побијен један од аргумената против постојања личних као субјективних права.¹⁵

12 N. Gavella, *op. cit.*, стр. 31; В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета „Унион“ и Службени гласник, Београд, 2012, стр. 253.

13 Број личних добара и личних субјективних права најшире је постављен у системима који предвиђају општи појам права личности, попут швајцарског права. Посебна лична права признају се над личним добрима поименично наведеним у закон(иц) има, чијим нормама се уређује и њихова садржина (Немачки грађански законик, Аустријски грађански законик). Тиме се ипак не исцрпљује листа личних права и добара, нити се она у потпуности уређују, што омогућава да се круг личних права и њихове недопуштене повреде, по потреби, прошире и санкционишу.

14 Видети: S. Krneta, „Lična prava pravnih lica“, *Odabrane teme privatnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, стр. 415-428 (чланак је први пут објављен у *Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XXV, 1977, стр. 157-170).

15 Савињи је, између осталог, из ове, по њему неизбежне, подударности субјекта и објекта извео закључак да се личним правима не може признати карактер грађанских субјективних права. Слично је става био и Виндшајд, сматрајући непотребним посебно приказивање у систему субјективних права права на властиту особу. Оспоравање личних као субјективних права последица је њиховог разумевања субјективних права као правно признате и у одређеним границама делујуће моћи воље над неким

Правним субјектима се, осим имовинских грађанских субјективних права, признају и овлашћења поводом неимовинских (личних) добара, а свим трећим лицима намеће обавеза уздржавања од њихове повреде. Заједно, ова овлашћења и обавезе чине једно ново право – лично право или право личности, које је посебна категорија грађанских субјективних права. Од осталих субјективних права разликује се по нераскидивој повезаности објекта права са његовим титуларем. Објекти других права „леже изван особе субјективног права“¹⁶.

Иако су лична добра нераскидиво повезана са својим субјектом, нека дозвољавају сопствено опредељење, попут лика (фотографијом, (ауто) портретом), гласа (тонским записом), приватних података и личних записа (у дневнику, писму). Интересантна су по томе што их предметити може њихов титулар, али и друга особа - овлашћено, али и неовлашћено, када актуелном постаје правна заштита од недопуштеног задирања у права личности. Предметима прожетим („импрегнираним“, „натопљеним“¹⁷) лицем или неким његовим елементом оно може и располагати или на то овластити другога - у оба случаја уз накнаду или без ње. Неовлашћено располагање овим предметима или њихова употреба од стране трећег такође представља противправно и санкционисано задирање у туђу личну сферу.

Неотуђивост личних права и ограничена могућност располагања њиховим објектом

Неотуђивост личних права друго је име за њихову непреносивост. Лична права не учествују у оним облицима правног промета којима се преносе сва овлашћења и обавеза из којих је субјективно право сачињено; поједина овлашћења поводом личних добара могу се пренети на другог, али под строжим условима од оних предвиђених за остала субјективна права.

Неотуђивост личних права не значи да њихов титулар над њима нема никакву правну власт. Овим се правима не може неограничено слободно располагати, не само услед општих ограничења, важећих за сва субјективна права (јавни поредак, императивне правне и моралне норме, забрана злоупотребе права и друга ограничења произашла из социјализације права), већ и због специфичне природе личног добра, која то не допушта. Неким се начинима располагања противи и друштвени предметом. Више: S. Krneta, „Pitanje mjesta ličnih prava u sistemu građanskog prava“, стр. 258-260.

16 N. Gavella, *op. cit.*, стр. 28.

17 В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право...*, стр. 253.

морал, не одобравајући, нпр., продају органа ради пресађивања. Али ће, зато, непрофитним разлозима мотивисану одлуку особе да дарује свој орган ради спасавања живота примаоца, свако поздравити као пожељно и подстицаја вредно задирање у властити телесни интегритет.¹⁸

Слобода располагања нужно се ограничава и сужава, прилагођавајући се карактеристикама личних добара, понајвише чињеници да већина њих јесте саставни део личности и од ње неодвојива.¹⁹ Не треба заборавити да ни својина - школски пример потпуне и најшире правне власти замисливе на правном објекту – трпи ограничења: нека су неопходна за вршење права *civiliter* (чему служи забрана злоупотребе својинскоправних овлашћења), а нека – ради остваривања претежнијег (јавног или приватног) интереса према интересу власника да са својом ствари чини шта хоће. Могућност и допуштеност располагања личним добрима јесу скромније, али и таква правна власт, „садржајно стегнута и ограничена, довољна је да обликује посебно субјективно право једне особе“²⁰.

Неимовински и имовински појавни облик личних права

Лична права, лишена одговарајућег имовинског показатеља вредности својих правних објеката (личних добара), јесу неимовинска грађанска субјективна права. Мада неизразива у новцу, из њих могу настати нека имовинска овлашћења, и обликовати ново субјективно право, облигационо или стварно. Такво право улази у титулареву имовину, делећи судбину осталих њој припадајућих права.

Имовински аспект личних права изражава се у случају њихове повреде, уколико је њиховом титулару причињена материјална или нематеријална штета, или му је ускраћена основано очекивана корист, која је припала другоме и учинила га обогаченим без ваљаног правног основа. У оба примера повреду је могуће отклонити (а у случају нематеријалне штете само ублажити) репаративним или реститутивним мерама, по правилу

18 Давање органа у сврху пресађивања почива на начелу солидарности, а ова – на алтруизму даваоца органа или ткива (в., чл. 4 Закона о трансплантацији органа, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009). Давање органа ради лечења је општи здравствени интерес и Законом о здравственој заштити установљена дужност државе да га подстиче (нпр., пружањем грађанима научно заснованих података о користима, ризицима и последицама пресађивања, признањем даваоцима погодности у остваривању права на здравствену заштиту, попут ослобађања од плаћања трошкова лечења, предности у оперативним захватима код којих постоји листа чекања и сл.).

19 N. Gavella, *op. cit.*, стр. 17.

20 *Ibidem*, стр. 17.

плаћањем одређене новчане своте. На овај начин се заштићеном личном праву не оспорава неимовинска природа, али му се ни блискост са имовином не може порећи, макар преко средстава заштите.

Посебно имовинско право настаје и из теретног правног посла којим титулар личног права њиме допуштено располаже и у корист трећег на свом личном добру успоставља нека овлашћења. У примерима повреде личног права, настала су права на надокнаду штете и повраћај правно неоправдано стечене користи; у примеру допуштеног располагања, титулар личног права добровољно се обавезао на трпљење туђег утицаја на своју личност и лишио га атрибута противправности, а себе – права на правну заштиту.

Личних права се њихов титулар, дакле, не може одрећи, али може дозволити захват у њих или се обавезати на трпљење радње коју би иначе имао право забранити. Нема овде ни потпуног ни делимичног одрицања од права, већ пристанка да се на свом личном добру не врше поједина овлашћења²¹ или њиховог преношења на другог да их он извршава. Оваква добровољна ограничења производе дејство само ако не излазе из јавним поретком утврђених граница приватне аутономије.²²

Ни у пристанку на повређујућу радњу не треба видети одрицање од личног права, већ располагање правом на правну заштиту од такве радње. Код претходних облика добровољног ограничења властитог личног права, титулар се обавезује на правно допуштене радње, док се овде саглашава са једном недопуштеном радњом и њеном последицом (*volenti non fit iniuria*).

Правило *volenti non fit iniuria* амнестира од одговорности особу која је лично добро другог повредила са његовим пристанком. Онај ко се саглашава са повређујућом радњом или је захтева, нема право на правну заштиту, јер је се унапред одрекао.²³

Слобода располагања субјективним правима, која одговара њиховој природи, једна је од потврда аутономије воље правних субјеката, али она није неограничена.

21 Ради се о овлашћењима за која није довољно да лично добро постоји у непромењеном облику, већ траже и активност.

22 Ништава је изјава оштећеника којом је пристао да му се учини штета радњом која је законом забрањена, чл. 163 ст. 2 ЗОУ.

23 Радишић: „Пристанак (оштећеног) је, дакле, једна врста располагања правом на надокнаду штете, тј. одрицање унапред од тог права.“, *Облигационо право, Општи део*, Номос, Београд, 2008, стр. 224.

Границе дозвољеног располагања свим субјективним правима, па и личним, чије се прекорачење квалификује као несразмерно (претерано, прекомерно) самоограничење, одређене су императивним нормама, јавним поретком и добрим обичајима.²⁴ Радње обавезивања којима се трећем лицу допушта већи утицај на вољу титулара личног права од дозвољеног нису важеће, и бивају санкционисане на начин прописан правилима о ништавости правних послова²⁵ (недопуштено одрицања од (своје) правне или пословне способности, обавезивања на давање органа ради пресађивања без права на одустанак). У швајцарској правној теорији ово се назива заштитом личних права према њиховим имаоцима,²⁶ којом грађанско право настоји да ове сачува од повреда на које су пристали или их затражили, али супротно закону, јавном поретку, добрим обичајима и правилима морала.

У односу на трећа лица, лична права су заштићена од утицаја на које њихов ималац не пристаје, дакле, од оних независних од његове воље или њој противних. Услед тога, такви утицаји су најчешће противправни и недопуштени.²⁷

24 Видети чл. 10 300, којим су постављене границе аутономног поступања страна у облигационим односима.

25 Нема јединственог става о правној природи пристанка задирања у властито лично добро: може се сматрати једностраним правним послом (Gavella, *op. cit.*, стр. 58) или поступањем на сопствени ризик (Deutsch, *Unerlaubte Handlungen und Schadensersatz*, Köln-München, 1987, стр. 89-90, нав. према: Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 224). У првој варијанти, применљиве су на ваљаност пристанка правила о условима које изјава воље мора испунити да би била пуноважна, у другој – она се не би могла применити. Овде оштећени пристаје на ризик повреде, али верује да се неће обистинити проузроковањем штете, на коју не пристаје. Противправност повреде онда није искључена, тиме ни одговорност штетника. Евентуално би несмотрено поступање оштећеног могло да се цени као његов допринос настанку штете (нпр., ако је грубом непажњом или намерно превидео важне околности које су указивале на вероватноћу остварења ризика) и бити разлогом умањења висине њене надокнаде.

26 Н. М. Riemer, *Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis*, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1995, стр. 120.

27 Сусреће се и назив заштита друштвене личности, којом се појединац штити од свог социјалног окружења, посебно његови част, углед и право на приватност података. Истовремено се таквом заштитом доприноси складним друштвеним односима, јер се сваком члану заједнице, физичком и правном лицу, гарантује једнако право на поштовање интегритета. Тако: Н. Hausheer, R. E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2005, стр. 169.

Допуштена наметнута ограничења личних права

На овом месту чини се прикладним навести особину коју лична права деле са осталим субјективним правима: лична права се могу ограничити, али не у својој садржини. Узрок ограничења могу бити права и правно заштићени интереси других, чијем је остваривању, због њиховог претежнијег значаја, дата предност у односу на појединачни интерес. Због таквих, претежнијих интереса (утврђених по унапред познатим критеријумима, не произвољно), неке радње повреде туђих личних права могу се толерисати и не бити правно санкционисане. Титулару су ова ограничења наметнута, за разлику од у претходном поглављу описаних, која су вољна.

Да би друштвена заједница функционисала као уређен систем, неопходно је најпре утврдити границе власти коју субјективно право даје своме титулару, затим и амнестирати одређене радње које, објективно, јесу захват у туђе лично добро, али не бивају санкционисане, јер их оправдава важан друштвени интерес, који нужно не мора бити искључиво општи. Под изразом амнестирања радње захвата у лично добро другог (а заправо се ради о амнестирању оног ко је радњу предузео), мислимо на могућност да се она не сматра повредом личног права или, макар, не противправном и санкционисаном. Осим радњи које задовољавају законске критеријуме да се сматрају предузетим у нужној одбрани, стању нужде, у вршењу дозвољене самопомоћи или јавне дужности, чију противправност искључује сâм законодавац, теоријама социјалне адекватности и одмеравања интереса указано је на још нека допуштена задирања у права личности.

Најинтензивније су се овим теоријама бавили немачки и швајцарски теоретичари²⁸, желећи да укажу на одређене, друштвено адекватне радње које се морају прихватити зарад нормалног заједничког живота чланова заједнице.

Социјално адекватна је радња која се потпуно уклапа у историјски настало друштвеноетичко уређење људског суживота²⁹, која одговара достигнутом стању развоја заједнице и животу у њој, па се прихвата и не доживљава као повреда права. До закључка о радњи као друштвено одговарајућој

28 Учење о социјалној адекватности (*Sozialadäquanztheorie*) засновао је Ханс Велцел (Hans Welzel), а у грађанско право пренео Ниперди (Nipperdey). Да би се утврдило која је радња друштвено одговарајућа, стога и прихватљива, користи се метод одмеравања супротстављених интереса и добара (*Interessen-und Gütterabwägung*), између осталих уобличен и од Хубмана (Hubmann), једног од утемељитеља теорије о правима личности („Grundsätze der Interessenabwägung“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2/1956). Нав. према: В. Водинелић, „Лична права - Заштита личних права“, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, Службени лист СФРЈ, 1978, стр. 925-926.

29 В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 925; N. Gavella, *op. cit.*, стр. 60.

долази се методом одмеравања интереса и добара, која су у сукобу и чије истовремено остваривање није могуће.³⁰ Једно добро се мора жртвовати зарад остварења општег или појединачног интереса који се, применом ове методе, покаже као претежнији, квалитативно и квантитативно. Квалитативним поређењем одређује се ранг сукобљених интереса – оног чијем се остварењу тежи и оног на уштрб ког се овај остварује. Хијерархија вредности није једном за свагда утврђена, али има путоказа: неимовинска добра и интереси претежу над чисто имовинским, заштита личности је преча од заштите имовине, приоритет међу супротстављеним личним добрима одређен је врстом и тежином запрећене кривичноправне санкције за њихову повреду. У сумњи, узима се да су једнаки. Квантитативним мерењем прецизирају се резултати квалитативног: упоређују се ширина и интензитет сукобљених интереса, због чега ће општи интерес редовно имати предност пред приватним, а интереси којима се изражавају потребе ширег круга лица над оним који задовољавају мање интензивне потребе.³¹

Да би се радња задирања у лично право другог амнестира од противправности, потребно је да прође још један тест – тест сразмерности начина и средстава остваривања претежнијег интереса. У датим околностима, између више могућих начина поступања, треба изабрати најмање повређујући, најблажи начин, употребом (по титулара личног права) најблажег средства. Средство и начин остваривања важнијег интереса од титуларевог, да његово лично право не буде повређено, морају, дакле, бити прикладни, примерени околностима.³²

Трајање личних права и посмртна заштита личности

Својство је личних права да трају колико и лична добра, која су њихов правни објект. Разлози из којих се субјективним правима одређују временске границе, код личних не постоје³³, лична права се гасе смрћу свог титулара, према томе, она су и ненаследива.

30 *Ibidem*, стр. 925-926; *Ibidem*, стр. 61-62.

31 *Ibidem*, стр. 925-926; *Ibidem*, стр. 61-62.

32 Описана теорија и метод одмеравања интереса посебно су важни када се личном праву супротставља слобода информисања. Границе допуштеног задирања у приватност особе и право јавности да буде обавештена не само о догађајима, појавама и личностима од јавног значаја, већ и о тривијалним стварима (коју знатичељу задовољавају таблоидно новинарство и булеварска штампа), постављају се управо на основи овог метода. О томе веома детаљно: V. Vodinelić, „Prekoračenje slobode informisanja i povreda ličnosti (problem protivpravnosti)“, Beograd, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3/1978, стр. 343-364.

33 В. Водинелић, „Лична права“, *Енциклопедија имовинског права...*, 916.

Смрт особе не брише представу о њеној личности, раду и постигнућима, јер се ова задржава у сећању ужег или ширег круга људи. Одређене личне вредности треба сваког да надживе, пре свих достојанство и углед који је умрли уживао за живота. Требало би их заштитити макар од грубих повреда и оспоравања, чиме долазимо на терен проблема посмртне (*post mortem*) заштите личности. Уколико заузмемо став о неопходности овакве заштите, два су могућа приступа њеног обликовања, међусобно различита по заштићеном добру и носиоцима права на правну заштиту. Личност умрлог може се сачувати установљавањем у корист њему блиских лица посебног личног права - права на пијетет (успомену на умрлог и осећај поштовања према њему) или фингирањем да нека лична права надживљавају свог имаоца, што их, ако буду повређена, чини непосредним објектом заштите.

Право на пијетет је посебно лично право, припадајуће свакоме чије су успомене везане уз личност умрлог.³⁴ Титулар овог права је свако ко чува успомену на умрлог, и њу ће, уколико буде повређена, штитити као своје лично добро. Право се не везује искључиво уз сроднике и наследнике умрлог, па се позваним да штите светлу успомену на умрлог могу сматрати и преминулом блиске особе или удружења којима је он припадао (на пример, удружење књижевника или шахиста). Несврнисходно је стога унапред одредити круг лица којима се ово право признаје, а сасвим је неприхватљиво одредити некакав редослед по коме ће они моћи да ово право штите за случај да успомена на умрлог буде повређена.³⁵

Приступ који је објашњен одваја право на пијетет од субјективитета умрлог (јер овај престаје његовом смрћу), признајући га за посебно право личности особама блиским умрлом.³⁶ Потреба за посмртном заштитом личности може се уредити и другачије, у складу са схватањем да лична права, у извесним односима, надживљавају свог имаоца.³⁷

34 *Ibidem*, стр. 916.

35 Тако и Водинелић, *op. cit.*, стр. 916: „Јер, када се првопозвана лица не осете мотивисана да захтевају заштиту, или су сагласна са повредом, или су она управо та која повреду врше, остали чији је пијетет стварно повређен, лишени су заштите.“

36 Савременији је, прихваћен у нашој правној теорији (Крнета, Ковачевић Куштримовић и Лазић, Водинелић), такође и у швајцарској.

37 Протагониста овог схватања било је међу немачким правним теоретичарима с краја 19. и почетка 20. века, од којих су најистакнутији Колер и Хубман. Посмртну заштиту личности они објашњавају помоћу једног остатка (резидијума) личних права умрлог, које прелази на сроднике умрлог, при том не постајући њиховим властитим субјективним правом. И даље је то лично право умрлог, али га врше сродници или извршилац завештања, овлашћени да забране понашања којима се вређа достојанство умрлог. Приговори стављени овом схватању указивали су на његов сукоб са основним

У немачком праву, на пример, посмртна заштита извире из дужности државе да штити достојанство сваке особе, која се (дужност) не гаси њеном смрћу. Заштићено добро јесте достојанство преминулог, које од озбиљних (грубих) повреда бива сачувано ширим тумачењем чл. 1 Основног закона, којим је оно проглашено највишом уставном вредношћу. У случају *Mephisto* Савезни уставни суд је заузео став да свака особа заслужује заштиту од понижења и нетачног приказивања и након смрти, што је остварило једино ако се правима личности умрлог обезбеди посмртна заштита.³⁸

Ради бољег разумевања немачког концепта, потребно је разликовати титулара права на посмртну заштиту – то је умрли – од особа овлашћених да траже такву заштиту. То су особе блиске умрлом. Заштитни објект јесу нематеријалне вредности, пре свих достојанство, али и углед и дело остварено за живота умрлог, по коме би га требало памтити и сачувати од искривљавања. Полазећи од чињенице да ова добра немају одговарајући имовински израз и да умрли не може трпети повреду надокнадиву у новцу, не допуштају се новчана (репаративна или реститутивна) средства заштите (новчана надокнада нематеријалне штете је искључена), већ само натурална, попут повлачења из промета производа неовлашћено означених именом, псеудонимом или ликом умрлог. Блиским се особама не сматрају само наследници; то могу бити и особе и организације задужене за чување успомене на умрлог. Они подижу тужбу ради заштите лика и дела умрлог, која га заштита надживљава.³⁹

Дилема у вези са правно заштићеним објектом: да ли је то лично право умрлог на достојанство (које је, за потребе заштите, надживело свог титулара) или је то право на пијетет, посебно, и од личних права умрлог, независно лично право, припадајуће њему блиским лицима, решена је у корист прве наведене алтернативе. Наследници немају право да неимовинске вредности умрлог штите као своје субјективно право, тако што ће тражити накнаду нематеријалне штете због причињеног душевног

грађанскоправним правилима о престанку субјективитета физичког лица и везивању субјективних права за постојеће (живе) особе или, макар, оне у настајању (насцитурус); да ли се установљава нова категорија субјективних права – безсубјектних права? В., S. Krneta, „Pravna priroda postmortalne zaštite ličnosti“, *Odabrane teme privatnog prava*, zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007, стр. 431-439 (чланак је први пут објављен у *Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu*, godina XXVII-1980, стр. 15-33).

38 Н. Rösler, „Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of US and German Constitutional and Tort Law“, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 26, 2008, стр. 181. Датум приступа: 17. јул 2013.

39 Ibidem, стр. 183 - 184. Временом, како бледи успомена на умрлог и он прелази у заборав, тако слаби и заштита: допушта се слободније портретисање умрлог (познатог и непознатог, свеједно), мање верно његовом стварном животу, лику и делу.

бола. Ове вредности су нераскидиво повезане са умрлим, па је и њихово трајање одређено дужином његовог живота.

Уколико је, пак, туђа неовлашћена употреба личних добара умрлог повредила имовински интерес наследника, онда се грађанскоправна санкција актуелизује у свом класичном виду – као имовинска, досуђивањем новчаног обештећења. Преседан је утврђен у случају *Marlene Dietrich* из 1999. г.,⁴⁰ поводом неовлашћене употребе имена, лика и гласа умрле глумице.

На основу става немачког Савезног врховног суда, заузетог у овом случају, неовлашћена комерцијална употреба туђег имена, лика и сличних испољавања личности, може се санкционисати обавезом на надокнаду штете или предају неосновано прибављене користи, како за живота особе о чијим је добрима реч, тако и по њеној смрти. У овом другом случају, уважен је правни интерес наследника да се супротставе неодоброј комерцијализацији лика и дела свог претходника, чиме се мењају и заштитни објекат и титулар заштите. Сада су то имовински интереси наследника умрлог, као њихово посебно заштићено правно добро, а они – субјекти заштите коју остварују у своје име.⁴¹

Пандан оваквом немачком приступу, којим се комерцијално искоришћавање било ког вида испољавања личности умрлог везује за правне интересе његових наследника, у америчком праву јесте заштита права на публицитет (*right to publicity*).⁴² Њиме се штити искључиво овлашћење имовинског искоришћавања свог лика и дела, али само познатих личности. Њихово достојанство није заштићено онако широко како је у немачком праву, јер се томе супротставља слобода медија и право јавности да буде упозната чак и са тривијалним детаљима из живота познатих. Сличну немачком праву посмртну заштиту личности, стога, не треба ни очекивати.

Право на познатост, публицитет, у основи штити правна овлашћења која извиру из права својине на властитој личности. Попут права на ствари, и овде је титулару дато искључиво овлашћење употребе своје личности, посебно комерцијалне употребе. Право је наследиво: после смрти особе,

40 BGHZ, 143, 214 – Marlene Dietrich; BGH, NJW 2000, 2001 – Der blau Angel. Савезни врховни суд је у овом случају установио принцип заштите не само неимовинских вредности оличених у правима личности, већ и њиховог материјалног аспекта. Наследницима умрле глумице, чији су име, лик и глас неовлашћено комерцијално употребљени, признато је право на новчану накнаду штете, причињене њиховим имовинским интересима.

41 Н. Rösler, op. cit., стр. 181.

42 *Ibidem*, стр. 194.

допуштење за употребу њених личних добара (лика, гласа, имена) треба затражити од наследника, чији би (имовински) интереси могли бити повређени неовлашћеном употребом. Сличност са немачким приступом препознајемо у имовинској компоненти: обама правима у корист титулара се резервишу искључиво овлашћење (допуштене) комерцијализације личности и право на из тога проистекле користи. Уколико је корист неоправдано припала другоме, вратиће се или по правилима одштетне одговорности или одговорности због неоснованог обогаћења.

Нематеријална баштина умрлог (морална заоставштина), сачињена од његових нематеријалних добара, чине се да у америчком праву остаје незаштићена од утицаја трећих. У неким случајевима њихови интереси могу бити важнији од очувања достојанства умрлог. Претежнијим интересима посебно се сматрају слободе изражавања и уметничког стваралаштва и право јавности да буде обавештена о значајним појавама, догађајима и личностима (историјским личностима и савременицима).⁴³

Повреда личности умрлог, уколико није имала неповољне имовинске последице по његове наследнике, није санкционисана. Достојанство и остала лична добра умрлог, био познат или не, од повреде је могуће заштитити само посредно – уколико су истовремено повређена и лична добра њему блиских лица, на пример, њихова приватност. Оваква заштита слична је заштити права на пијетет, можда не у погледу заштићеног добра, али сигурно у погледу основне идеје да су предмет заштите лична права умрлом блиских лица, а не самог умрлог.

Закључак

Човеку, умној и слободној индивидуи, припадају одређена права која му омогућавају да се оствари као политички субјект – грађанин, али и описују слободан простор за задовољавање његових приватних интереса и потреба. У првом случају, зајемчена права су основна људска права и слободе, својеврсна брана од самовоље јавне власти, чија је дужност да их поштује, а за случај да буду повређена и заштити (свеједно да ли су повређена радњом представника власти или приватних правних субјеката). У другом случају, простор за слободно понашање изражава се феноменом грађанских субјективних права, испуњених овлашћењима и обавезама у правном односу приватноправне природе.

43 Сведочимо појави да је право јавности да буде забављена оправдан разлог упада у туђу приватну сферу, без обзира колико се тиме повређују лична права других.

Субјективно право је темељни појам грађанскоправне науке: један од могућих погледа на грађанско право јесте да је оно гарантовани систем субјективних права појединаца и њихових правно признатих облика удруживања. У том систему, лична права или права личности јесу најмлађа грађанска субјективна права, чијим се признањем појединац изборио за грађанскоправну заштиту својих најважнијих добара -личних добара (живота, здравља, достојанства, интегритета, приватности...), одговарајућу оној коју је већ уживала његова имовина.

Релативно касно признање грађанскоправне заштите личним правима (крајем 19. века) једним делом је последица њихове неимовинске природе, која одступа од имовинске - код осталих субјективних права преовлађујуће. Лична добра која су правни објекти права личности немају одговарајући новчано-вредносни израз, већина њих део је човекове физичко-биолошке појавности, тиме и неодвојива од ње. Непреносивост (неотуђивост) личних права стога је још једна карактеристика коју она не деле са осталим субјективним правима.

Насупрот двема наведеним карактеристикама, дејство *erga omnes*, искључива и непосредна правна власт на правном објекту и трајност права приближиле су их стварним и правима интелектуалне својине, са којима чине нову категорију права – апсолутна субјективна права.

Вршење правне власти коју лично право даје своме титулару прилагођено је специфичностима личних добара, па се њима може само ограничено располагати: на трећа лица се могу пренети само поједина овлашћења, садржајно и временски ограничене употребе (туђег) личног добра. Уколико је пренос извршен теретним правним послом, лична права показују свој имовински аспект, јер се на добијеној накнади конституише ново имовинско право. Са имовином свог имаоца лична права бивају доведена у везу и када се њихова повреда санкционише обавезивањем одговорног лица на надокнаду штете или повраћај правно неоправдано стечене користи. Примена грађанскоправне санкције као изразито имовинске не одузима личним правима особину непроцењивости, већ употпуњује правну заштиту личности, којој се, поред јавноправне као старије, додаје и приватноправна.

Захваљујући грађанском праву, заштита личности продужава се и након њене смрти. Лична права не надживљују свог титулара, па их се од повреде мора сачувати посредно – заштитом права на пијетет, као посебног личног права умрлом блиских лица. Посмртна заштита личности умрлог у којој је непосредни заштитни објект његово достојанство, други је могући приступ, мада ређи. Овде су особе блиске умрлом само овлашћени субјекти да

заштиту затраже и остваре, штитећи непосредно његову нематеријалну баштину, а своју успомену на њега – тек посредно.

Ivana Simonović, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CHARACTERISTICS OF PERSONALITY RIGHTS

Summary

Personality rights entered into the system of subjective civil rights only towards the end of the 19th century. One of the reasons is the inability to express the personal asset (as the legal object of these rights) in monetary terms, which was considered to be the precondition for their protection by awarding a civil law sanction. After the dogma on the necessary proprietary character of the obligation had been downscaled, there was sufficient space in civil law theory to examine the characteristics of personality rights. They are now perceived as absolute and exclusive, constant and non-transferable rights, but they are by no means deprived of their proprietary aspect.

Personality rights are related to the holder's property indirectly, who may transfer the authority for their limited use to a third party in exchange for some remuneration, or who may seek compensation for damage or transfer of unjustly acquired benefits due to a violation of these rights. Certainly, there is no dispute about the proprietary nature of the obtained compensation, which is not an indicator of the monetary value of inflicted harm. The subject matter of the author's research in this paper are the non-proprietary and proprietary aspects of personality rights, voluntary and imposed restrictions underlying the exercise of these rights and the *post-mortem* protection of personality.

Key words: personality rights, freedom to dispose of personal assets, restrictions to personality rights, *post-mortem* protection of personality.

СИСТЕМ ПРАВНИХ ЛЕКОВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ XIX ВЕКА*

Апстракт: Аутор се у раду бави постепеном изградњом кривичног поступка обновљене српске државе у 19. веку, са посебном пажњом посвећеном правним лековима. Анализа правних правила може се поделити на период од Првог српског устанка, до 1865. године, и на период након 1865. године, када је ступио на снагу први српски закон о кривичном поступку.

Кључне речи: кривични поступак, правни лекови, жалба, захтев за поновно суђење.

1. Успостављање кривичноправног нормативног оквира у обновљеној српској држави

Упоредо са борбом за ослобођење од власти Османског царства и са изградњом и обновом српске државе, текао је процес оформљења правног поретка. Имајући у виду да је период дизања устанака и борбе за државност један вид револуције, јавила се потреба за сузбијањем нарастајућег криминалитета, у условима безвлашћа. Настајућа држава је препознала потребу да правно уоквири и нормира антисоцијална понашања, и на тај начин, успостави сопствени *ius puniendi*. Први кривичноправни пропис устаничке Србије, одобрен је од стране Скупштине, који је саставио прота Матеја Ненадовић, по угледу на старо црквено право, био је Закон за кривична дела из 1804. године.¹ Годину дана касније установљена је судска власт, коју су вршили нахијски судови (магистрати), као првостепени

* Чланак представља резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, број уговора 179046.

1 Стеван Максимовић, Суђења у кнежевини Србији пре писаних законика, Пожаревац 1898., стр. 5.

судови, а по жалбама на пресуде решавао је Совјет. Од 1811. године, формиран је Народни или Велики Суд, као апелациони за кривичне, грађанске и брачне правне ствари. Судску власт, за најтежа кривична дела, вршио је и сам Вожд, односно касније Кнез.

За разлику од материјалног кривичног права, које је (барем делимично) правно регулисано, почев од 1804. године, кривични поступак није био регулисан у форми закона. У недостатку правила кривичне процедуре, судило се по здравом разуму, природном поимању правде и по савести судије.² Кривични поступак формирао се под утицајем Аустрије, стога што су први школовани људи долазили оданде. То се нарочито односи на писаре, који су имали пресудан утицај на обликовање форме кривичног поступка у Србији прве половине 19. века. Док су судије углавном биле неписмене, писари су школовани у Аустрији.³ Но, и поред утицаја аустријског кривичног поступка, у Србији тога времена још увек се назире непотпуна диференцијација између грађанског и кривичног поступка. Кривично дело се сматра јавноправним деликтом, мада је утицај странака на покретање кривичног поступка још увек значајан.

Од 1825. године наступа друга фаза парцијалног нормирања кривичног поступка. У наредних неколико година, Народни Суд и кнез Милош издали су неколико уредби. Реч је о својеврсним упутствима за судове, који се односе, како на грађански, тако и на кривични поступак.⁴ Према издатим уредбама, Кмет је био првостепени судски орган, а кнежински или нахијски другостепени судови, надлежни за лакша кривична дела. За тежа дела судији су магистрати, а за најтежа сам кнез Милош. Иако је поступак претежно оптужног карактера, ипак се признање окривљеног изузетно могло изнуђивати и применом тортуре, што је карактеристика истражног поступка.⁵

Наредна значајна промена збила се након доношења Устава из 1839. године, којим су установљени примирителни, окружни и Апелациони Суд. Наредне године издато је Устројство окружних судова. Њиме је регулисан кривични и грађански поступак. Најзначајнија је одредба из члана 11, којим је установљена надлежност кривичног гоњења, од стране среског

2 Ibid., стр. 23.

3 Божидар Марковић, Уџбеник судског кривичног поступка, Београд 1930., стр. 46.

4 Ibid., стр. 48.

5 За крају прасади и јагњади, што се сматрало ситним делом крађе, може се издејствовати признање осумњиченог применом шибана до 25 штапа (Снежана Бркић, Признање окривљеног у српском праву до 1865. године, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2004, стр. 479.).

старешине или окружног начелника. На тај начин ови државни органи преузимају улогу јавног тужиоца. Пресуда, којом је изречена казна затвора преко 3 месеца или телесна казна преко 50 штапа⁶, мора бити, по службеној дужности, испитана од стране Апелационог Суда. У осталим случајевима, странке могу изјавити жалбу на пресуду окружног суда. Апелациони суд може потврдити, преиначити или укинути пресуду. У потоњем случају, предмет се враћа на поновно суђење, ако Апелациони суд нађе да извиђање није потпуно. То имплицира да је један од жалбених разлога био недостатак у утврђеном чињеничном стању, тачније непотпуно утврђено чињенично стање. Битна одредба ове Уредбе је она, којом се суду налаже да прикупи све доказе, за и против окривљеног (члан 13), ћиме је афирмисано начело материјалне истине.

Наредни важан корак на оформљењу кривичне процедуре учињен је 1842. године. Тада је, по први пут, уређен корпус доказних средстава. До тада је важило начело слободне оцене доказа⁷, а *расписом Попечитељства правосуђа о законуј сили сведочанства (доказателства) у догађајима кривичним*, примењена је теорија законске оцене доказа. У суштини, теорија законске оцене доказа тековина је истражног типа поступка и представља заштиту од судске арбитрерности, приликом утврђивања чињеница, у кривичном поступку. Она, такође, омогућава и олакшава суду правног лека контролу утврђеног чињеничног стања.⁸ Испоставило се, међутим, да је распис заправо представљао лош превод аустријског процесног кодекса из 1803. године. Без обзира на то, доказна правила из расписа, остала су на снази све до 1863. године, када су замењена новим циркуларним *расписом Попечитељства правосуђа о доказима у кривичном поступку*⁹, који је представљао дословни превод дела аустријског закона из 1853. године. На тај начин теорија законске оцене доказа унеколико је ублажена, применом негативне варијанте, која оставља судији могућност да окривљеног не осуди, иако су испуњени законом прописани услови, који

6 Више о врстама казни у Србији у 19. веку видети: Слободанка Константиновић – Вилић, Миомира Костић, Врсте казни и облици кажњавања у Србији до краја другог светског рата, Пешчаник, бр. 3/2013 (доступно на: <http://www.arhivnis.co.rs/cirilica/idelatnost/br%203/cvrstakazni.htm>, приступ: 15.02.2014.)

7 Управо слобода у избору доказних средстава довела је до анархије и самовоље у поступању претежно неписмени судија тога доба. Увођењем законске оцене доказа настojала се елиминисати употреба анахроних доказних средстава, попут заклетве, јемства, свода итд. (Момчило Грубач, Кривично процесно право, Београд, 2009, стр. 58).

8 Тихомир Васиљевић, Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1981, стр. 20.

9 Више о томе: Тома Живановић, Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865., Београд 1967, стр. 393.

творе потпун доказ кривице.¹⁰ Негативна варијанта ове теорије налази се на размеђи између класичне инквизиционе принудне оцене доказа и теорије о слободној оцени доказа. Њена примена показује напредак у еволуцији према савременом кривичном поступку.

У годинама, након доношења Устава из 1838. године, тзв. Турског устава, приметан је пораст извршења лакших кривичних дела, тј. преступа¹¹, која у великој мери нису процесуирана од стране судова. Са друге стране, полиција није имала овлашћења да процесиура, нити да кажњава за ова дела.¹² То је имало негативне реперкусије по општу безбедност грађана. Стога се приступило кодификацији полицијских преступа, која ће их и процесуирати и за њих судити. Поступак за преступе регулисан је *Уредбом о томе како ће полицајне власти с полицајним преступницима поступати и како ће их она казнити*, из 1850. године, која се често назива „Полицијска уредба“. Она је, заправо, представљала припрему за скоро доношење Законика о кривичном поступку. Иако постоји мишљење да је Полицијска уредба минимализовала права окривљених, а повећала овлашћења полиције, то није усамљена тенденција¹³, већ општи тренд повечавања репресије у Европи након слома револуције 1848/1849 године.

Према слову Уредбе, органи надлежни за ислеђење полицијских преступа јесу: примирителни судови при срезовима и општинама, као судови нижег ранга¹⁴, срески и окружни начелници, као судови вишег ранга, али и више инстанце, као и управа вароши Београда, као суд вишег ранга примирителног суда вароши Београда. Одлука примирителног суда постаје правноснажна и извршна моментом доношења. Међутим, осуђени, након извршења пресуде, има право да се жали вишој полицијској власти (начелнику среза, односно Управи вароши Београда), ако сматра да му је тиме нанета штета.¹⁵ По изјављеној жалби, другостепени суд може донети само одлуку о њеном одбијању, као неоснованој, уколико

10 Супротно, према позитивном теорији законских доказа, судија мора да донесе осуђујућу пресуду, ако је током поступка прикупљен одређен квантитет и квалитет доказа, законом одређених.

11 У познатој диференцијацији кривичних дела, по тежини, на злочине, преступе и иступе, овде је реч о најлакшим деликтима, тј. о иступима.

12 О односу полиције и суда видети: Ивана Крстић – Мистрицеловић, Доношење и значај Полицијске уредбе из 1850. године, *Безбедност*, бр. 1-2/2009, стр. 417-418.

13 Група аутора, У немирним годинама, текст доступан на: http://www.arhiv-beograda.org/publik/images/izdanja/predgovori/knjiga_2.pdf, (приступ: 15.02.2014. године).

14 Примирителни судови су надлежни да суде за полицијске преступе за које је прописана новчана казна до 2 талира, казна затвора до 3 дана, и телесна казна до 10 штапа.

15 Ивана Крстић – Мистрицеловић, *op. cit.*, стр. 424.

након разматрања стања ствари утврди да је првостепени суд „исправно и законито“ поступио. Из тога закључујемо да је жалба на (извршену!) пресуду могла бити изјављена из стварних и правних недостатака, дакле била је потпун правни лек. У супротном, када би суд правног лека (срески начелник) утврдио основаност жалбе, издао би мишљење и жалиоца упутио надлежном окружном начелнику. Жалба окружном начелнику могла је бити изјављена и у случају ако је срески начелник одбио жалбу на пресуду првостепеног суда, као неосновану. Према томе, срески начелник био је нека врста трећестепеног суда.

Будући да срески начелници¹⁶ суде за преступе са тежим запрећеним казнама¹⁷, допуштена је жалба на пресуду, која се изјављује окружном начелнику. На пресуду окружног начелника¹⁸, као и Управе вароши Београда била је, такође, допуштена жалба, по којој је одлучивало Министарство унутрашњих послова. Полицијска уредба је остала на снази готово пола века. Иако су њене метеријалноправне одредбе укинуте доношењем Казненог закона из 1860. године, процесне одредбе важиле су за иступе, који су наследили полицијске преступе, у општој диференцијацији противправних понашања.

2. Доношење првог српског кривичнопроцесног закона

Архивска грађа говори да је први покушај израде процесног закона био 1829. године, за време владавине кнеза Милоша Обрановића. Он је наложио Вуку Караџићу да преведе Наполеонов кодекс, али је та идеја, очигледно касније напуштена.¹⁹ Први озбиљнији пројект Закона о кривичном поступку сачињен је 1857. године, упоредо са радом на изради Кривичног закона. Интересантно је да је главно обележје пројекта била усвојена теорија о слободној оцени доказа. Но политичка превирања у Србији, тачније смена кнеза Александра Карађорђевића и пад Уставобранитеља, довели су до пропасти овог покушаја уређења кривичне процедуре. Израда сасвим новог пројекта закона отпочела је 1860. године, по налогу кнеза Милоша Обреновића. Други пројекат је претрпео измене у неколико наврата, али

16 Терминолошки је исправније рећи „среско начелство“, јер начелник заправо суди у већу заједно са 2 кмета, односно 2 службеника општине.

17 Срески начелници суде за полицијске преступе са запрећеном новчано казном од 2 до 8 талира, казном затвора до 12 дана и телесна казна до 25 штапа.

18 Окружни начелник надлежан је да суди за полицијске преступе са предвиђеном новчаном казном преко 8 талира, казном затвора до 30 дана и телесном казном до 35 штапа.

19 Божидар Марковић, *op. cit.*, стр. 62.

је, захваљујући подстицању самог књаза био довршен исте године. Овај пројекат усвојио је негативну законску оцену доказа, а рађен је по узору на аустријски Закон о кривичном поступку из 1853. године. На почетку друге владавине кнез Михајло Обреновић је обновио рад на изради процесног закона, на подлози раније сачињеног пројекта. Рад на поправљању и преправљању пројекта потрајао је 5 година, а на њему су радила два министра правде. Напокон је одређена Комисија, која је прегледала текст закона и упутила поједине примедбе, које су листом усвојене од стране Државног Савета, након чега је закон ступио на снагу 10. априла 1865. године.

Текст Законика о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију из 1865. године (у даљем тексту: ЗКП) израђен је по узору на аустријски процесни закон из 1853. године. Ипак, није реч о пуком преводу страног законског текста, већ садржи неке разлике од сопственог узора. Закон садржи 28 поглавља и 345 параграфа. Основна његова карактеристика је прихваћена теорија о законској снази доказа, и то позитивна подваријанта, према већинском ставу теорије.²⁰ У односу на доказна правила из 1863. године, ово је представљало корак уназад. И аустријски процесни закон, који је послужио као узор за израду првог српског ЗКП – а, такође је прихватио негативну законску теорију доказа. Недостаци прихваћене ретроградне концепције донекле је ублажена предвиђањем теорије о слободној оцени доказа, у низу касније донетих *lex specialis* закона, као што су Закон о штампи из 1925. године, Закон о судијама из 1911. године, Закон о пороти из 1892. године и Закон о заштити јавне безбедности и поретка у држави из 1921. године. Теорија о законској оцени доказа еволуирала је у пракси судова, који су екстензивним тумачењем појединих одредби законика тежили ка слободној оцени доказа.²¹ Преображај законика на основу практичне примене била је очекивана и логична, јер су афирмацијом акузаторског принципа, те начела јавности, усмености, непосредности, заправо створене претпоставке за то.

Једно од најважнијих начела кривичног поступка уопште, које се у теорији поима и као супраначело, јесте начено материјалне истине. Законски израз овог начела налазимо у члану 5. ЗКП-а, којим је установљен циљ вођења кривичног поступка; да нико невин не буде осуђен, а кривци не избегну заслужену казну. Том одредбом прописана је дужност за државне органе, који су надлежни за вођење кривичног поступка, да *ex officio*, утврде како отежавајуће, тако и олакшавајуће околности, које казну умањују

20 Такав став заступа Божидар Марковић, Уџбеник српског кривичног поступка, Београд, 1926, стр. 262-263.

21 Ibidem.

или сасвим искључују. Том и многим другим одредбама закона (члан 20. став 2., члан 51, члан 158. став 1, члан 183. став 1. и члан 208. ЗКП-а) установљена је дужност суда да изводи доказе с циљем истинитог и потпуног чињеничног и правног оформљења кривичне ствари. Но, крупна препрека на оживотворењу начела материјалне истине представља принудна оцена законом прописаних доказа.

У глави другој (чланови 19-30 ЗКП-а) предвиђено је да судску власт врше кметови, среска и окружна полицијска власт и окружни судови (са судом вароши Београда). Интересантно је да је, према члану 23. ЗКП, у рукама истражног судије (иследног судије) сједињена и функција кривичног гоњења. Иследни судија истовремено је и јавни тужилац, што представља реликт инквизиционог поступка. Устројство редовних кривичних судова у Србији почива на разлици између првостепених и виших судова. У првом степену за иступе судили су општински судови и полиција, а за тежа кривична дела (преступе и злочине), првостепени и поротни судови. Другостепени судови били су апелациони судови у Београду и Скопљу, а поред тога постојао је и Касациони суд у Београду.

Неопходни услови и потреба за преиспитивање првостепене судске одлуке, поводом правног лека, настала је у инквизиционом поступку. Будући да над судовима није вршена контрола у току вођења поступка, постојала је потреба да се супервизија врши по његовом окончању. Испитивање судских одлука било је олакшано, јер се судило на основу списка и према законској оцени доказа. Најзад, успостављање власти суверена, који је, између осталог, вршио и судску власт, омогућило је хијерархијско разврставање судова.²² Постепено изграђена и регулативом уређена мрежа судова у Србији 19. века, дочекала је усвајање Законика о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију. С циљем долажења до правилне и законите судске одлуке, дакле у интересу правде, процесни закон омогућава поновно разматрање судских одлука, донетих у поступку првог степена. Закон не оперише изразом „правни лек“, већ „правно средство“ (члан 344. и 345.). Но, будући да је у теорији прихваћено гледиште да је правни лек ужи појам од правног средства²³, у складу са темом нашег рада, ми ћемо се служити тим појмом.

22 Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 20.

23 Види: Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – посебни део*, Ниш, 2011, стр. 148. Под правним лековима разумеју се правна средства, којим овлашћена лица побијају судску одлуку услед стварних или правних недостатака, тврдећи да је неправилна или незаконита, којим траже њено укидање или преиначење.

Законик о поступку судском у кривичним делима за књажеводство Србију познаје три правна лека: незадовољство, жалбу и молбу за поновно суђење. Од тога, незадовољство и жалба су редовни правни лекови, док је молба за поновно суђење ванредни правни лек. Док се незадовољство може изјавити само против мериторних судских одлука (осуђујућих пресуда, изузев ако је донета од стране поротног суда), дотле је жалба правни лек, којим се могу нападати како мериторне, тако и процесне одлуке суда.

3. Незадовољство

Незадовољство је редован и потпун правни лек, везан роком, са суспензивним и деволутивним дејством. Овај правни лек може се изјавити само против осуђујуће пресуде првостепеног суда²⁴ (члан 261). Првостепени суд може имати инокосни и зборни састав. У инокосном саставу, стварно је надлежан да суди за преступе, према одредбама КЗ. У зборном саставу, надлежан је да суди за мањи део преступа, изузев оних, за које је надлежан да суди инокосни састав првостепеног суда, као и за злочине, за које није надлежан поротни суд.

Реч је о потпуном правном леку, јер се пресуда може побијати по чињеничним (*error in facto*) и правним (*error iuris*) основима. Незадовољство је правни лек са суспензивним дејством. Његово изјављивање одлаже извршење првостепене пресуде (члан 259. став 3 ЗКП-а). Одлуку доноси другостепени, Апелациони суд, те је дејство незадовољства деволутивно. Првостепена пресуда се може нападати по стварним и правним основима. Правни основи се могу поделити на погрешну примену материјалног закона (*error in iudicando*) и на повреде поступка (*error in procedendo*). Стварни разлози за побијање првостепене пресуде су недостаци у утврђеном чињеничном стању. Разликују се погрешно, од непотпуно утврђеног чињеничног стања. Код погрешно утврђеног чињеничног стања, реч је о судској заблуди, стварној или правној. Стварна заблуда постоји, примера ради, ако је суд погрешно протумачио наводе сведока, а правна заблуда, ако је недостајала заклетва сведока. Непотпуно утврђено чињенично стање постоји када суду нису били познати, па самим тим, нису ни изведени сви докази. Дакле, кључна разлика између погрешног и непотпуног чињеничног стања је у доказној грађи, на коју се субјект жалбе позива. Док се, у случају погрешно утврђеног чињеничног стања, позива на постојећу доказну грађу, код непотпуно утврђеног чињеничног стања позива се на нове чињенице и нове доказе, који нису извођени у првостепеном поступку. У том случају,

24 Против ослобађајуће пресуде и пресуде којом се оптужени пушта испод суђења, дозвољена је жалба, о којој одлучује Касациони Суд.

субјект жалбе користи се повластицом новирања (*beneficium novorum*), тј. правом навођења нових чињеница и доказа, које вреди и у жалбеном поступку.

Конкретни законски основи незадовољства, наведени су у члану 246. ЗКП-а. Незадовољством се пресуда може побијати због: 1. ништавости поступка, 2. због (не)постојања кривичног дела и кривичне одговорности окривљеног, 3. због одлуке о казни и 4. због одлуке о приватном потраживању. Од наведених основа незадовољства, о повредама поступка, питању кривице и одлуци о казни, суд води рачуна по службеној дужности (члан 246. став 2). То значи да ће суд разматрати ова питања, независно од тога, да ли се жалилац позвао на њих у незадовољству. Једино о приватном потраживању суд ће одлучивати, само ако се оштећени позове на овај основ.

Законом је прописан круг процесних субјеката, овлашћених за изјављивање назадовољства (члан 258.). Државни тужилац може изјавити овај правни лек, како на штету, тако у корист окривљеног. Приватни тужилац може изјавити незадовољство, ако је реч о поступку за кривична дела, која се гоне по приватној тужби. Ако приватни тужилац има пуномоћника, и он може изјавити незадовољство. Након смрти приватног тужиоца, ово право имају његови наследници. Оштећени, као и његов пуномоћник, има ограничено право на изјављивање незадовољства. Он може побијати судску одлуку само по питању накнаде штете, ако је о томе одлучивано у кривичном поступку. У супротном, ако је за осваривање потраживања упућен на парницу, нема право на изјављивање овог правног лека. Окривљени и његов бранилац могу изјавити незадовољство по било ком, од законом прописаних основа, само у корист окривљеног. Ово право имају и супружник, родбина у правој линији и старалац окривљеног. Они могу изјавити незадовољство само у корист окривљеног, чак и против његове воље. Ово право припада им и након смрти окривљеног. Право на изјављивање незадовољства против воље малолетног окривљеног има бранилац.

Садржај незадовољства није *explicite* предвиђен у закону. Но, тумачењем појединих одредби закона, могу се идентификовати обавезни елементи. Потребно је, најпре, означити пресуду, која се побија. Након тога, потребно је навести основ побијања пресуде. Образложење законом није прописано, осим ако је незадовољство изјавио јавни тужилац. Изостављање образложења могло је довести до дисциплинске одговорности државног тужиоца.²⁵ Неопходан елемент незадовољства је захтев – да се првостепена

25 Видети: Распис Министарства правде бр. 20217, од 30.12.1911. и бр. 13807, од 01.08.1912. године.

пресуда укине или преиначи и да се донесе законита и праведна судска одлука. Најзад, потребна је аутентификација лица, овлашћеног за изјављивање овог правног лека.

Поступак по изјављеном незадовољству састоји се из два дела. Први део чини поступак пред судом, који је донео првостепену судску одлуку, а други, пред Апелационим судом. Првостепени суд, по пријему незадовољства, најпре испитује благовременост. Рок за изјављивање незадовољства износи 3 дана, од дана објављивања судске одлуке, ако је лице, које изјављује овај правни лек, било присутно у моменту објављивања. У супротном, рок од 3 дана рачуна се од дана саопштавања одлуке активно легитимисаном лицу, или од дана достављања (члан 259. став 1 ЗКП-а). Рок за изјављивање незадовољства је преклузиван. Уочљиво је остављање кратког рока за изјављивање овог правног лека, какав се данас у кривичном поступку Србије среће код жалбе на решења, којима се управља поступком. Очигледно је интенција тадашег законодавца била убрзање поступка и доношење коначне судске одлуке у разумном року, иако тај правни стандард у другој половини 19. века није био познат. Ако је незадовољство изјављено по протеклу рока, суд ће донети решење о одбацивању (члан 259. став 2.). На ово решење може се изјавити жалба. У случају пропуштања рока за изјављивање незадовољства, не постоји могућност повраћаја у пређашње стање.²⁶ Ако је незадовољство благовремено изјављено, првостепени суд ће списе доставити Апелационом суду на решавање.

Пре него што приступи решавању по поднетом незадовољству, Апелациони суд ће, најпре, поново испитати благовременост подношења, као и да ли незадовољство изјављено од овлашћеног лица. Ако утврди да је неблаговремено, или поднето од неовлашћеног лица, суд ће га решењем одбити (члан 261 ЗКП-а). Иако се у том случају није упуштао у мериторно одлучивање, закон ипак предвиђа одлуку о одбијању, а не одбацивању, што би било концепцијски исправније.

Поступак пред Апелационим судом је јаван, писмен и посредан. Суди се на основу списка предмета, искључиво у седници већа, на које се странке не позивају. Без обзира на законске основе, наведене у незадовољству, жалбени суд, по службеној дужности испитује следеће недостатке: потпуност поступка (реч је, заправо о потпуности утврђеног чињеничног стања), да ли је дело по закону кривично дело (чиме је обухваћено испитивање постојања основа, који искључују кажњивост), правну квалификацију, идентитет пресуде и оптужбе и јасноћу пресуде, те чињеничну основу пресуде (да ли су узете у обзир олакшавајуће и отежавајуће околности,

26 Божидар Марковић, *op. cit.*, стр. 488.

како су цењени наводи одбране, као и изведени докази), повреде поступка (нпр. да ли је суд био надлежан), и одлуку о кривичној санкцији. Према томе, велики број повреда суд испитује, *ex officio*, назависно од тога, да ли су наведени у незадовољству. О приватним потраживањима и трошковима поступка суд расправља, само ако је то било предмет првостепеног суђења и ако се овлашћено лице позива у назадовољству.

У случају да Апелациони суд нађе да постоје повреде поступка, укунуће пресуду и предмет вратити на поновно суђење првостепеном суду (члан 265 ЗКП-а). Иако би било логично да се ова одлука доноси у форми решења, у недостатку изричите законске одредбе, у пракси је доношена у форми писма првостепеном суду.²⁷ У случају да Апелациони суд нађе да је поступак повређен на тај начин што је изостало суђење за све наводе из оптужнице, такође ће укунути пресуду и предмет вратити на поновно суђење (члан 265. став 1.). Апелациони суд ће наложити првостепеном суду да донесе нову пресуду, којом ће у потпуности бити конзумирана оптужница.

У случају мањих пропуста у вођењу првостепеног поступка (нпр. изостанак увиђаја, или испитивања неког од сведока), Апелациони суд ће вратити првостепеном суду предмет, да на новом главном претресу допуни доказни поступак. У том случају пресуда се формалноправно не укида, већ по употпуњеном доказном поступку, Апелациони суд изриче нову пресуду (члан 265.). Апелациони суд ће овако поступити и у случају непотпуно утврђеног чињеничног стања, односно, када има места утврђивању нових чињеница и извођењу нових доказа. Овакво решење је последица концепцијске поставке, према којој Апелациони суд не доноси одлуку на главном претресу. Судска пракса је, донекле, кориговала законско решење, па се у важнијим случајевима, нова пресуда, сасвим оправано, изрицала од стране првостепеног суда, пред којим су утврђиване све чињенице и извођени докази.

У случају да Апелациони суд нађе да постоји погрешно утврђено чињенично стање, или да постоји повреда материјалног закона, изрећи ће нову пресуду. У том случају, суд може изрећи осуђујућу пресуду, ослобађајућу пресуду и ослобађајућу пресуду због недовољно доказа. До преиначења пресуде у корист окривљеног може доћи без обзира на то, ко је, и у ком смеру, изјавио незадовољство. Такав исход могућ је и у ситуацији да је само државни тужилац изјавио незадовољство на штету окривљеног. Насупрот томе, став Касационог суда био је да се пресуда може преиначити у корист

²⁷ Божидар Марковић, *op. cit.*, стр. 490.

окривљеног, једино ако је незадовољство изјављено у његову корист.²⁸ Такво схватање косило се са одредбом из члана 264 ЗКП-а, према којој суд по службеној дужности преиспитује и оцењује првостепену пресуду, у складу са начелом материјалне истине.

На другој страни. Апелациони суд је ограничен дејством принципа забране *reformatio in peius*, у случају изјављивања незадовољства, само у корист окривљеног. Дакле, до преиначења на штету окривљеног могло је доћи једино ако је незадовољство изјавио државни тужилац, на његову штету. Забрана преиначења на штету окривљеног односи се на тежу правну квалификацију или на тежу казну (члан 266.).

Ако Апелациони суд нађе да је незадовољство неосновано, доноси сопствену пресуду, којом потврђује првостепену пресуду. Пресуда Апелационог суда се јавно објављује и, након тога, шаље првостепеном суду, који о томе обавештава странке.

4. Жалба

Закон о поступку судском у кривичним делима за књажевство Србију познаје још један редовни правни лек. Жалба се може изјавити против коначних пресуда и решења нижих судова (члан 272). Потребно је истаћи да „коначне“ пресуде нису правноснажне. Реч је о судским одлукама, којима је мериторно решена кривична ствар, у последњем степену. О таквој кривичној ствари не може се више судити (*res iudicata*), већ судска одлука подлеже испитивању, само у погледу повреда закона, од стране Касационог суда. Жалба је допуштена против ослобађајућих пресуда првостепеног суда, пресуда поротног суда, пресуда апелационог суда и пресуда војних судова. Осим тога, овај правни лек могуће је изјавити против решења првостепеног, или апелационог суда, којима се решава кривична ствар. Реч је о деволутивном правном леку, о коме одлучује други суд, који није судио у првом или другом степену.

Касациони суд није надлежан за суђење у трећем степену. Овај суд је овлашћен да, по поднетој жалби, испитује повреде поступка и примену материјалног закона, на утврђено чињенично стање. Према томе, чињенична основица пресуде или решења не подлеже преиспитивању, пред Касационим судом. Жалба има делимично суспензивно дејство, у односу на осуђујуће пресуде поротног и апелационог суда, као и у односу на ослобађајућу пресуду из недостатка доказа за злочин, ако се окривљени

28 Одлука Касационог суда бр. 848, од 4.2.1898., одлука број 1487, од 21.02.1898. и одлука бр. 13441, из 1908. године.

налази у притвору. У односу на решења и ослобађајуће пресуде, она нема суспензивно дејство. Осуђујућа пресуда, којом је изречена смртна казна, подлеже преиспитивању Апелационог, односно Касационог суда, по службеној дужности (члан 261. став 2. и члан 272. ЗКП-а).

Основ за изјављивање жалбе, *in abstracto*, чине повреде закона. Реч је о непримени или погрешној примени закона. Под појам „закон“ убрајају се прописи материјалног и процесног карактера. Законодавац прави разлику између повреда материјалног закона (*error in iudicando*) и повреда поступка (*error in procedendo*). Обе врсте повреда третирају се као разлог ништавости пресуда, услед којих она мора бити укинута. Основна карактеристика овако дефинисаних основа жалбе је изостанак прављења разлике између повреда поступка, на које суд пази *ex officio*, од оних, које испитује, ако су наведени у жалби. Нису, такође, разграничене апсолутне, од релативних повреда одредаба поступка, што је у време важења овог процесног кодекса већ била карактеристика упоредног права.²⁹ Може се закључити да су све повреде закона биле релативног карактера, што значи да је суд у сваком конкретном случају утврђивао дејство повреде на законитост и правилност судске одлуке.

Повреде материјалног права, примера ради, постоје ако дело није кривично дело, затим у случају погрешне правне квалфикације, ако је погрешно утврђено или није утврђено постојање постојање неког основа, који искључује кажњивост, као и у случају повреде закона, по питању врсте и мере казне. Повреде формалног закона своде се на начела кривичног поступка и циљ вођења поступка – утврђивање материјалне истине. Повреда одредаба поступка постојаће, примера ради, ако је судску одлуку донео стварно ненадлежан суд, ако је неосновано била искључена јавност са главног претреса, те ако окривљени није имао браниоца, у случају обавезне одбране итд.

Последица постојања правила о принудној оцени доказа је могућност да се жалбом напада пресуда и решење, услед погрешне оцене изведених доказа. Приликом разматрања ове врсте повреде, Касациони суд испитује, да ли је закључак о постојању неке одлучне чињенице тачно изведен. У том случају Касациони суд заправо испитује и чињеничну основу пресуде или решења, с тим што не може утицати на њену модификацију. Још један основ жалбе, који доводи до испитивања чињеничне основе судске одлуке, је могућност добијања по основу непотпуно утврђеног чињеничног стања. Касациони суд може укинути судску одлуку, ако је услед неутврђивања неке одлучне чињенице дошло до повреде закона. Утврђивање недостајуће

²⁹ Божидар Марковић, *op. cit.*, стр. 494.

чињенице не врши Касациони суд, већ првостепени суд, на новом главном претресу, након укидања судске одлуке. Према томе, иако, као основ жалбе, не фигурирају чињеничне повреде, на посредан начин Касациони суд испитује и чињеничну подлогу судске одлуке, као претпоставку повреде права. То потврђује одредба, према којој је у жалби, на посредан начин³⁰, допуштено навођење нових чињеница и доказа (члан 278. и 344. став 2. ЗКП-а).

Обим субјектата, овлашћених да изјаве жалбу, исти је као и код незадовољства (члан 272). Поступак по жалби, такође се може поделити на два дела. Жалба се подноси оном суду, који је судио у првом степену (члан 259. став 1. и 270. став 1.), на зависно да ли се изјављује на одлуку првостепеног или апелационог суда. Рок за изјављивање жалбе на одлуку првостепеног или апелационог суда је 3 дана, а на пресуду поротног суда 5 дана. Суд, чија се одлука напада жалбом, испитује благовременост жалбе. Ако није поднета у року, решењем се одбацује (члан 259. став 2.). У супротном, жалба се, заједно са нападнутом судском одлуком и осталим списима доставља Касационом суду.

Аналогно поступку пред Апелационим судом, по изјављеном незадовољству, поступак пред Касационим судом је јаван, писмен и посредан. Најпре се испитује благовременост, као и да ли је жалба изјављена од стране овлашћеног лица. Уколико није благовремена, или је поднета од неовлашћеног лица, суд ће је решењем одбацити. У супротном, о жалби се мериторно одлучује. Пошто је Касациони суд надлежан да пази на правилну и једнообразну примену закона, одлука може бити двојака – да је суд правилно применио закон (пресуда стаје на правну снагу) и да постоји повреда материјалног или формалног закона (жалба се усваја, а пресуда поништава).

Ако суд нађе да не постоји повреда материјалног закона, нити повреда поступка, жалба је неоснована. Касациони суд ће донети решење, којим „одбацује“ жалбу, као неосновану, а судска одлука ће стећи својство правноснажности. Суд ће пресуду или решење, које је стекло својство правноснажности, послати првостепеном суду, који је дужан да је саопшти странкама и да је изврши (члан 283. став 2. ЗКП-а).

Када, након разматрања жалбе, Касациони суд нађе да је основана, усвојиће жалбу, а судску одлуку укинути. Суд може укинути пресуду у корист окривљеног, иако је жалба изјављена на његову штету. Обрато, и у поступку по жалби важи забрана преиначења на штету. Стога суд не

³⁰ Закон користи следећу формулацију: „ако нижи суд по примедбама Касационог суда буде имао допуњивати исљеђење, он ће то и учинити“.

може укунути пресуду на штету окривљеног, ако је изјављена само у његову корист. У случају укидања првостепене пресуде, суд је дужан да образложи, у чему се састоји повреда закона, и да наложи првостепеном суду да правилно примени закон. Након тога, Касациони суд враћа предмет на поновно одлучивање. Првостепени суд или Апелациони суд, ако усвоји примедбе Касационог суда, доноси нову судску одлуку. Првостепени суд ће то учинити након одржаног главног претреса, а апелациони суд у седници већа. Ако нижи суд не усвоји примедбе Касационог суда, може остати при ранијој одлуци, али је дужан да изнесе противразлоге за такав став (члан 279.). У том случају, када постоји сукоб ставова нижег и Касационог суда, одлуку доноси Општа седница Касационог суда. Ако се на Општој седници не уваже противразлози нижег суда, усвојиће се и образложити закључци о повреди права, који су за нижи суд обавезујући, те је дужан по њима поступити (члан 279. став 2.).

5. Захтев за поновно суђење

Закон о поступку судском у кривичним делима за књажеводство Србију, поред редовних, предвиђа и један ванредни правни лек. Некада је потребно да се правноснажна судска одлука ревидира, у интересу утврђивања материјалне истине, правичности и законитости. Та потреба настаје, ако се након доношења правноснажне судске одлуке, појаве нове чињенице и нови докази, који би, да су били познати, довели до другачије судске одлуке. Захтев за поновно суђење је ванредни правни лек, са недеволутивним и, по правилу, несуспензивним дејством, којим се тражи укидање судске одлуке и доношење нове, након одржаног новог главног претреса (члан 335. став 1., 336, 337 и 340). Овај правни лек подноси се против правноснажних пресуда или решења, а дозвољен је само за злочине и преступе, не и за иступе, што је био крупан недостатак закона. Поновно суђење, према одредбама закона, могуће је како у корист, тако и на штету окривљеног. Овај правни лек могуће је изјавити против ослобађајућих и осуђујућих судских одлука.

У закону су предвиђени основи за поновно суђење (члан 340.). Они су подељени на основе за поновно суђење у корист окривљеног и основе за поновно суђење на његову штету. Поновно суђење у корист окривљеног може се тражити, ако је пресуда на штету окривљеног донета на основу лажног исказа сведока или вештака, или на основу лажне исправе. Овај захтев могуће је истаћи и ако је судска одлука донета од стране подмићеног судије, или ако је бранилац окривљеног био подмићен. Понављање поступка у корист окривљеног могуће је, такође, ако се појаве нове чињенице или

нови докази, који би сами за себе, или у спрези са осталим доказима, довели до блаже осуде. Потребно је да је овлашћено лице сазнало за нове чињенице наком доношења правноснажне судске одлуке (члан 334. став 2. ЗКП-а). Најзад, поновно суђење у корист окривљеног може се тражити у случају да је више саокривљених у двојеним поступцима осуђено, а испостави се да је неко од њих неосновано осуђен.

Поновно суђење на штету ослобођеног, могуће је ако је либераторна пресуда, донета услед недостатка доказа, или услед утврђене невиности окривљеног, као и по решењу којим се окривљени пушта испод суђења. У случају либераторне одлуке, поновно суђење могуће је, ако је судска одлука донета услед лажног сведочења, лажне исправе, или услед кривичног дела судије или тужиоца (члан 335а). Други основ је судско признање окривљеног, дато након доношења правноснажне ослобађајуће пресуде (члан 335б). За поновно суђење, након доношења ослобађајуће пресуде услед недостатка доказа, прописана су, такође, два посебна основа. Први је доношење судске одлуке на основу кривичног дела судије или тужиоца, као и услед давања лажног исказа. Други је појава нових основа сумње или нових доказа, који би самостално, или у вези са осталим доказима, довели до образовања потпуног доказа о кривици окривљеног. Понављање поступка на штету осуђеног могуће је, такође, ако је дошло до погрешне квалификације дела услед кривичног дела судије или тужиоца, или услед лажног сведочења или на основу лажне исправе. Реч је о ситуацији, када је суд противправно понашање квалификовао као преступ или иступ, уместо као злочин. Други основ односи се на ситуацију, када је ослобађајућа пресуда донета услед непостојања приватне тужбе. Понављање поступка могуће је ако се накнадно појави приватни тужилац, али и ако се утврди да је реч о кривичном делу, за које се гони по службеној дужности.

За подношење захтева за поновно суђење овлашћени су државни тужилац, приватни тужилац, окривљени, као и остала лица, која су овлашћена на изјављивање правних лекова. Подношење захтева није везано за рок. Понављање поступка може се тражити у било које време, чак и након смрти осуђеног (члан 346.). Од битних елемената, захтев мора садржати законски основ, као и доказе, на које се овлашћено лице позива. У случају позивања на доношење судске одлуке, услед извршења кривичног дела неког од органа вођења поступка, или браниоца окривљеног, та се чињеница доказује искључиво правноснажном пресудом. Но, од овог правила постоје изузеци, у случају да пресуда није могла бити изречена, услед постојања неких стварних или правних запрека. У том случају, суд ће ценити наведене друге доказе, којима се поткрепљују тврдње овлашћеног лица, о постојању кривичног дела (члан 343.).

Захтев за поновно суђење упућује се оном суду, који је донео првостепену пресуду. Првостепени суд најпре одлучује о допуштености захтева, те ће га одбацити, ако је изјављен од неовлашћеног лица, или ако судска одлука, која се напада није правноснажна, као и ако у захтеву није наведен законски основ, или докази, којима се подупире законски основ (члан 341.). Овај правни лек, по правилу, не одлаже извршење судске одлуке, осим ако за то постоје нарочити разлози (члан 348. став 4.).

Одредбе о поступку по захтеву за поновно суђење биле су оскудне, што је узроковало диференцирање поступања, у пракси судова.³¹ Захтев се, најпре доставља супротној странци на одговор, у остављеном року. Након тога, суд који је донео првостепену судску одлуку, може приступити прикупљању доказа, који су наведени у захтеву (нпр. саслушање предложених сведока, прибављање исправа итд.). Ову делатност обавља истражни судија првостепеног суда. Након извиђања, истражни судија саслушава странке и предочава им резултате прибављања доказа, ако нису присуствовали. Након тога, веће у нејавној седници доноси одлуку о томе, да ли ће се дозволити поновно суђење³². У случају позитивне одлуке о поновном суђењу, долази до повраћаја у пређашње стање. Поступак се враћа у фазу пре отпочињања главног претреса. Целокупни доказни поступак, на новом главном претресу, почиње изнова. Допуштено је предлагање нових доказа, чак и ако они нису наведени у захтеву за поновно суђење. Након одржаног новог главног претреса, доноси се нова пресуда, искључиво на основу резултата доказног поступка поновљеног суђења (члан 348. став 2.). Ако је поновно суђење одобрено у корист окривљеног, важи забрана *reformatio in peius*, као у поступку по редовним правним лековима.

31 Божидар Марковић, *op. cit.*, стр. 526.

32 До поновног суђења обавезно долази у случају доношења одлуке од стране Краља и тада се поступак може поновити искључиво у корист окривљеног.

Ivan Ilić, LL.B.

Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

LEGAL REMEDIES SYSTEM IN SERBIA CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE XIX CENTURY

Summary

Along with the struggle for liberation from the rule of the Ottoman Empire and the construction and reconstruction of the Serbian state, a process of forming the country's legal system was flowed. Bearing in mind that the period of raising a rebellions and struggle for statehood is one aspect of the revolution, there was a need to combat to the growing crime, in conditions of anarchy. Emerging country recognized the need for legal framing and the standardisation of the antisocial behavior, and thus, to establish their own *ius puniendi*. The text of the Code of Judicial Procedure in criminal acts for Princedom Serbia, from 1865 was made on the model of the Austrian procedural Code from 1853. However, it is not a mere translation of a foreign legal text, but it contains some differences from their own model. The Act contains 28 chapters and 345 paragraphs. The Code recognizes three remedies: dissatisfaction, complaint and request for a new trial. Of these, dissatisfaction and complaint are regular remedies, while asking for a retrial is an extraordinary remedy. While dissatisfaction may be filed only against the meritorial judicial decisions (the convictions, unless if it is adopted by the Assize Court), the appeal is remedy, by which the meritorial and the procedural decisions of the court can be attacked.

Keywords: Criminal Proceedings, Legal remedy, Appeal, Request for retrial.

ФАКУЛТАТИВНИ ПРОТОКОЛ УЗ КОНВЕНЦИЈУ О ПРАВИМА ДЕТЕТА О ПОСТУПКУ ДОСТАВЉАЊА И РАЗМАТРАЊА ПРЕДСТАВКИ – ПРЕДНОСТИ И МАНЕ У СВЕТЛУ МОГУЋЕГ ПРИСТУПАЊА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ¹

Апстракт: Сагласно члану 19, Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о поступку достављања и разматрања представки ступио је на снагу 14. априла 2014. године. Њиме се тројако проширује надлежност Комитета за права детета, и то: 1) разматрањем индивидуалних представки, 2) разматрањем међудржавних представки, и 3) могућношћу покретања истраге по службеној дужности у случају тешког или систематског кршења права детета. На овај начин, систем заштите људских права на универзалном нивоу бива заокружен, будући да је и Комитет за права детета коначно добио надлежности које други комитети већ имају. Република Србија је поменути Протокол потписала још 28.02.2012. године, те се сада поставља питање да ли треба да њиме буде коначно обавезана. У раду се управо анализирају поменуте надлежности Комитета и обавезе држава уговорница које из тога произилазе, уз истовремено анализирање позитивних и негативних последица приступања Србије том уговору.

Кључне речи: трећи факултативни протокол, права детета, индивидуалне представке, међудржавне представке, поступак истраге, Република Србија

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. Уводне напомене

У циљу унапређења заштите људских права, уговори из ове области донети на универзалном нивоу предвиђају стварање посебних надзорних комитета.² Упоредо са повећањем њиховог броја, приметна је тенденција проширивања и допуњавања њихове надлежности, што се најчешће чини усвајањем факултативних протокола. Након што је 2008. године усвојен Факултативни протокол уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима,³ Комитет за права детета (надаље: Комитет) остао је једини орган надзора чија је надлежност одударала од надлежности осталих комитета. Овај комитет једино је могао да разматра извештаје држава уговорница⁴ и даје опште коментаре, док, за разлику од других комитета, није имао могућност разматрања међудржавних или појединачних представки, нити је имао надлежност за покретање истраге по службеној дужности у случају тешког или систематског кршења права детета.

Подсетимо, овај Комитет успостављен је Конвенцијом о правима детета (надаље: Конвенција),⁵ ради надзора над применом и поштовањем

2 Засад је формирано 9 комитета, и то: Комитет за људска права, Комитет за економска, социјална и културна права, Комитет за укидање дискриминације жена, Комитет за укидање расне дискриминације, Комитет против тортуре, Комитет за права особа са инвалидитетом, Комитет за заштиту права радника миграната и чланова њихових породица, Комитет против присилних нестанака, као и Комитет за права детета, који ће бити у фокусу рада. По правилу, називи комитета су идентични називима уговора (тачније пактова и конвенција), сем када је реч о Комитету за људска права, који је формиран на основу Пакта о грађанским и политичким правима.

3 Наиме, њиме је Комитету за економска, социјална и културна права на троструки начин проширена надлежност, и то: 1) разматрањем међудржавних представки, 2) разматрањем индивидуалних представки, 3) могућношћу покретања истраге по службеној дужности у случају масовног и систематског кршења економских, социјалних и културних права. Овај протокол је усвојен 19. јуна 2008. године, а ступио је на снагу 05. маја 2013. године.

4 На основу чл. 44 Конвенције, извештаји држава уговорница могу бити тројаки: а) иницијални извештај, који се подноси у року од две године од тренутка ступања на снагу Конвенције за конкретну државу; б) редовни извештај, који се поноси периодично на сваких пет година; и в) ванредни извештај, који се подноси само у ситуацији када Комитет то затражи.

5 Након десетогодишњих преговора, 20. новембра 1989. године усвојена је Конвенција о правима детета, а убрзо је и ступила на снагу, већ 2. септембра 1990. године. Од 1991. године, формиран је и почео је са радом Комитет за права детета, састављен од 18 чланова 18 чланова бираних од стране држава уговорница на период од четири године из редова експерата за међународно право, медицину, социологију и образовање.

дечијих права,⁶ гарантованих не само њом, већ и њеним факултативним протоколима материјалног карактера.⁷ Упркос општој прихваћености Конвенције,⁸ државе су оклевале да начине наредни корак, којим би се проширила надлежност Комитета и тиме остварила боља заштита права детета. Другим речима, државе су масовном ратификацијом Конвенције и два факултативна протокола потврдиле да прокламација дечијих права није спорна, али су оклевањем да прошире надлежност Комитета показале да нису спремне да прихвате надзор над поштовањем тих права.

Због наведеног, рад на усвајању Трећег факултативног протокола уз Конвенцију о правима детета о поступку достављања и разматрања представки (надаље: Протокол, Трећи протокол)⁹ отпочео је тек 2009. године.¹⁰ Након две године преговора, Протокол је усвојен од стране Генералне скупштине Организације уједињених нација 19. децембра 2011. године, а отворен је за потписивање и ратификацију 28. фебруара 2012. године. У складу са чл. 19 (1), Протокол је ступио на снагу три месеца након десетог положеног инструмента о ратификацији или приступању, односно 14. априла 2014. године, и досад га је потписало 48, а ратификовало 14 држава.¹¹

6 Конвенција је дефинисала генералне обавезе држава и утврдила детаљан каталог права детета. Поред основних права која припадају свим људским бићима, Конвенцијом су гарантована и додатна, специфична права, с обзиром на специфичан положај и завистан однос деце. Конвенцијом је *дете* дефинисано као свако људско биће млађе од 18 година, сем када се националним законодавством пунолетство не стиче раније.

7 Два факултативна протокола усвојена су истовремено, 25. маја 2000. године. Факултативни протокол о учешћу деце у рату имао је за циљ подизање минималног узраста лица која учествују у оружаним сукобима на 18 година, будући да је према одредбама међународног хуманитарног права ова граница одређена на 15 година живота, док је Факултативни протокол о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији инкриминисао одређене акте усмерене против деце. Први протокол ступио је на снагу 12. јула 2002. године, а други нешто раније, 18. јануара 2002. године.

8 Она није ратификована од свега 3 државе: Сједињених Америчких држава, Сомалије, и младе државе - Јужног Судана. Преостале државе света, њих 194, ратификовале су ову Конвенцију. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en (25.11.2014.)

9 U.N.Doc. A/RES/66/138 од 19. децембра 2011.

10 Прве иницијативе појавиле су се још 2002. године, међутим, рад је започет у години прославе 20 година од усвајања Конвенције. О току преговора и поступку усвајања, видети: С. Ђорђевић, Трећи факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, 2012, стр.507-511.

11 Списак потписница и уговорница овог протокола доступан је на линку: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en

У овом раду биће дат приказ новоуведених надлежности Комитета, указаће се на њихове предности и мане, и извршити анализа потенцијалних позитивних и негативних последица коју би Србија имала ратификацијом или приступањем¹² Трећем протоколу.

2. Домен примене Протокола

Материјална примена Трећег протокола постављена је доста широко, будући да се три нове надлежности Комитета односе на заштиту права детета гарантованих било којим досад усвојеним универзалним уговорима из ове области, тј: 1) Конвенцијом о правима детета, 2) Факултативним протоколом о учешћу деце у оружаним сукобима или 3) Факултативним протоколом о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији.¹³ Протоколом се омогућује заштита свих категорија права, тј. права обе генерације: грађанских и политичких, као и економских, социјалних и културних права деце. Треба очекивати да ће у пракси тежиште у реализацији и заштити дечијих права бити на грађанским и политичким правима. Специфична одступница у случајевима разматрања повреда економских, социјалних и културних права детета већ је дата у самом уговору, истицањем да у таквим предметима Комитет мора водити рачуна о стандарду „разумности“ предузетих мера од стране државе.¹⁴

Персонална примена Протокола такође је постављена широко, јер он пружа заштиту свој деци која су у надлежности државе уговорнице, без обзира на њихово држављанство.

Када је реч о временској примени, Протокол је ограничен тиме што се може односити на случајеве повреде права детета учињене након његовог ступања на снагу, чиме је искључено ретроактивно дејство. Од оваквог, уобичајеног правног решења, једини изузетак могућ је у ситуацији континуиране повреде неког права. У односу на државу која се њиме коначно обавезе, Протокол почиње да важи 3 месеца након полагања

(25.11.2014.). Република Србија је једна од држава које су потписале Протокол. У нашој држави, иницијатива за извршење ратификације и доношење одговарајућег закона о потврђивању, већ је упућена председнику Народне скупштине.

12 Чл. 18 Протокола једино истиче да се коначно обавезивање може извршити ратификацијом или приступањем, без даљег прецизирања у којим ситуацијама ће превагнути који начин. Из тог разлога, Србији стоје на располагању обе могућности, али ће се у раду користити термин приступање, будући да је он чешће коришћен у ситуацији коначног обавезивања уговором који је већ ступио на снагу.

13 U.N. Doc. A/HRC/17/36, пара. 5.

14 Чл. 10 (4) Протокола.

њеног ратификационог инструмента, што омогућава значајан *vacatio legis* ради додатног упознавања са предвиђеним правним решењима.

За разлику од материјалне и временске, територијална примена Протокола није јасно дефинисана.¹⁵ Сматра се да подносилац представке мора бити под јурисдикцијом државе уговорнице, што уобичајено значи да се налази на њеној територији, а према новијим тенденцијама, и на другој територији над којом држава има јурисдикцију, односно врши ефективну власт (тзв. екстериторијална обавеза).¹⁶ Поред оваквог специфичног вида проширивања територијалне надлежности, могуће је и њено сужавање, тако што је могућа примена међународних уговора само на једном делу, а не на целокупној територији државе уговорнице.

3. Надлежности Комитета за права детета на основу Протокола

Факултативним протоколом о поступку достављања и разматрања представки проширена је надлежност Комитета за права детета на тростуки начин. Овим уговором Комитет је добио следеће надлежности: 1) разматрање појединачних представки; 2) разматрање међудржавних представки; и 3) покретање истраге у случајевима тешког или систематског кршења права детета.

3.1. Индивидуалне представке

Индивидуалне представке омогућавају појединцима и групама појединаца заштиту права пред надлежним универзалним комитетима за заштиту људских права. Постојање овог механизма заштите посебно је важно у случајевима непостојања домаћих или регионалних механизма заштите или када су они недовољни.

Формирање посебног механизма заштите, специјализованог само за права детета,¹⁷ правдало се двоструким разлозима: 1) пракса је показивала да примена постојећих процедура није одговарајућа, јер не успоставља

15 Одсуство прецизирања територијалне примене постоји и код саме Конвенције, према: M. Milanovic, *Extraterritorial application of Human Rights Treaties – Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011, p. 17.

16 U.N.Doc.CRC/GC/2003/5, 2. новембар 2003, пара. 24. Општи коментар број 5 Конвенције о правима детета о општим мерама спровођења дефинише примену права као „процес којим државе уговорнице предузимају мере како би се обезбедило остваривање свих права из Конвенције за сву децу у њиховој надлежности“. Екстериторијалне обавезе државе постоје уколико су сви услови вршења ефективне власти испуњени.

17 Newell је прокоментарисао да, поред домаћих правних поступака, приступ судовима и информацијама на начин примерен дечијем узрасту, као и постојање

холистички приступ деци и њиховим правима¹⁸; 2) дотад постојећи механизми заштите нису били довољно познати нити коришћени. Сам Комитет је истакао да „специјални и завистан положај деце ствара бројне потешкоће у коришћењу њихових права и правних лекова“, као и да „јаз између обавеза предузете од стране држава и степена до којег се права детета реализују и уживају у стварности... много дугује недостатку ефикасних механизма на националном, регионалном и универзалном нивоу, којим би се омогућило деци и њиховим представницима да укажу на кршења права и добију одговарајуће правне лекове“.¹⁹

Аргумент о недостатку механизма за заштиту права деце не би се могао прихватити, док се други аргумент у вези са њиховим малим степеном искоришћености може сматрати тачним. Истина је да засад постоји само један систем заштите дечијих права који је донекле специјализован и он је успостављен на регионалном нивоу, Афричком повељом о правима и добробити детета.²⁰ На основу чл. 44 Повеље, Афрички комитет експерата о правима и добробити детета може разматрати „представке појединаца, групе или невладине организације коју признаје Афричка унија, затим од стране државе или УН, за било које право обухваћено Повељом“. Досад су овом Комитету упућене свега две представке из области права детета.²¹

Остала два регионална система заштите људских права не познају посебну заштиту деце, али ипак имају одређену праксу везану за дату материју. У оквиру америчког система заштите људских права, успостављених на основу Америчке конвенције о људским правима, представке појединаца ради заштите дечијих права²² нису биле упућиване ни Међу-америчкој комисији ни Међу-америчком суду, већ је богата пракса створена

специјализованих, дечијих омбудсмана, може играти велику улогу у пружању ефикасне заштите права детета; U.N.Doc. A/HRC/WG.7.1.CRP.2 од 09.12.2009.

18 U.N. Doc. A/HRC/17/36, пара. 5.

19 U.N.Doc. A/HRC/WG.7/1/CRP.2 од 9. децембра 2009. Submission by Peter Newell to the First session of the Open-Ended Working Group of the Human Rights Council considering the possibility of elaborating an Optional Protocol to provide a communications procedure for the Convention on the Rights of the Child, para.1.

20 Усвојена је 1990, а ступила на снагу 1999. године.

21 На основу информација са: <http://acerwc.org/the-committees-work/communications/> (25.11.2014.). Треба истаћи да је разматрана само једна представка, иако су укупно поднете две. Назив предмета по коме је вршено одлучивање је Institute for human rights and development in Africa (IHRDA) and Open society justice initiative on behalf of children of Nubian descent in Kenya v. The government of Kenya, Decision No 002/Com/002/2009, 22.03.2011.

22 Представке појединаца регулисане су чл. 44 Америчке конвенције о људским правима.

искључиво представкама невладиних и других овлашћених организација и удружења.²³ Не тако бројна, али ипак постојећа пракса Европског суда за људска права,²⁴ а раније и Европске комисије, доказују да су и у европском систему заштите разматрана питања права детета.²⁵

Поред регионалних механизма надзора, индивидуалне представке које се односе на повреде дечијих права, разматране су и на универзалном нивоу од стране: Комитета за људска права,²⁶ Комитета против расне дискриминације,²⁷ Комитета против тортуре,²⁸ као и Комитета против свих облика дискриминације жена.²⁹ Због свега наведеног, може се закључити да ни досад није постојала празнина у систему заштите права детета, као и да је наведена пракса већ успоставила извесне стандарде заштите.

Дакле, чак и уколико државе не ратификују овај уговор, могућност обраћања појединаца другим универзалним и регионалним надзорним телима већ постоји. У том случају, жртве под јурисдикцијом државе не-уговорнице Трећег протокола, једино би могле да појединачну представку, која се делом односи и на права детета, упуте неком од других комитета. У таквим специфичним ситуацијама, поставља се питање да ли би ти други комитети, који нису специјализовани за заштиту права детета, одбацили представку као очигледно неосновану или упућену погрешном адресату.

23 Villagran Morales vs Guatemala, 1999; Molina Theissen v. Guatemala, 2004; Instituto de Reeducación del Menor (Institute of Re-education for Minors) v. Paraguay, 2004; The Yean and Bosico children v. The Dominican Republic, 2005; Vargas-Areco v. Paraguay, 2006. Поред тога, Међу-амерички суд, на захтев Комисије, издао је значајно саветодавно мишљење 2002. године „Правни статус и људска права детета“ (Advisory Opinion OC-17/2002).

24 Најзначајнији случајеви права детета разматрани пред Европским судом за људска права су: Tyrer v UK, 1978; Marckx v Belgium, 1979; X and Y v the Netherlands, 1985; Nielsen v Denmark, 1988; Costello-Roberts v UK, 1993; A v UK, 1998; T. and V. v. UK, 1999; D., H., and Others v. the Czech Republic, 2000.

25 У процесу решавања спорова, Европски суд је у више наврата истицао Конвенцију о правима детета као референтни међународни уговор, а на најизразитији начин је то исказано у случају Sahin против Немачке, 8. јула, 2003.

26 Најзначајнији случајеви поводом права детета поднети Комитету за људска права су: Darwinia Rosa Monaco de Gallicchio v. Argentina, 1995; Hendrick Winata and So Lan Li v. Australia, 2001; Bakhtiyari v. Australia, 2003; Leirvag v. Norway, 2004.

27 Упућивање представки могуће је једино уколико су уговорнице дале посебну изјав на основу чл. 14 истоимене конвенције. Ипак, примери упућених предмета, који су углавном тицали Рома су: Communication 13/1998 и Communication 31/2003.

28 Примера ради: T.A. v. Sweden, communication 226/2003; C.T. and K.M. v. Sweden, communication 279/2005.

29 Засад је могуће говорити само о једном случају који се тицао деце, Communication 2/2003.

Засад је тешко дати прецизан одговор, али ако је судити по досадашњој пракси осталих комитета, који су исказивали доста флексибилности, чини се да не би дошло до одбацавања представке, ако се она макар у једном сегменту тиче заштите права из њихових надлежности.³⁰

Свакако, новоуспостављени механизам, уведен Трећим протоколом, на адекватнији ће начин водити рачуна о специфичностима деце као и надзора над њиховим правима. Основни циљ усвајања Протокола је и био увођење и регулисање индивидуалних представки, као уско специјализованог механизма заштите дечијих права, те је предвиђено да се надлежност по њима установљава *ex iure conventionis*, односно аутоматски, самим чином коначног обавезивања државе.³¹

3.1.1. Услови прихватљивости индивидуалних представки

Услови прихватљивости индивидуалних представки слично су дефинисани као и код осталих комитета и Европског суда за људска права, а Протокол те услове наводи у чл. 7.³² Према Пословнику Комитета, да би представка била одбачена због неиспуњавања услова прихватљивости, одлука о одбацавању мора бити донета једногласно.³³

Општи услов прихватљивости представке јесте да је подносилац претходно исцрпео све доступне унутрашње правне лекове, сем оних који би довели до претераног одуговлачења. Индивидуална представка може бити поднета било од стране жртве или групе жртава, те је идеја да се Комитету првенствено обраћају деца, њихови родитељи и старатељи,³⁴

30 Издвајање права деце врши се због њиховог зависног и рањивог положаја, те је дошло до извесне специјализације надзорног механизма заштите. Међутим, заштита њихових права може се вршити и на општи начин, обраћањем свим осталим комитетима.

31 Чл. 1 Протокола.

32 Реч је о следећим условима: 1) пре упућивања представке, у држави морају бити исцрпљени сви унутрашњи правни лекови; 2) сама представка подноси се од стране жртве или других лица у име жртве; 3) представка не сме да буде анонимна; 4) представка не сме представљати злоупотребу права, а под тим се чак подразумева и коришћење непристојних израза; 5) представка не сме бити очигледно неоснована или неспојива се одредбама Конвенције или два факултативна протокола; 6) представка мора бити поднета у одређеном року; 7) истоветан случај не сме бити већ разматран од стране Комитета; 8) истоветан случај не сме бити разматран од стране другог међународног тела.

33 Rules of Procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, Rule 20-21, CRC/C/62/3, 16 April 2013

34 Уколико је поднета од стране других субјеката, неопходно је да је поднета у име жртве и са њеним пристанком. Ипак, постоји могућност изостанка пристанка, ако

као активно легитимисани субјекти. Представка мора бити поднета у писаној форми, при чему је неопходно достављање података о подносиоцу. Изузетно, када то околности захтевају, а подносилац затражи, може се обезбедити анонимност у односу на ширу јавност.³⁵ Претпоставка је да ће се код Комитета за права детета такав захтев чешће јављати у пракси него код осталих комитета, нарочито имајући у виду намеру да се увек поступа у складу са најбољим интересом детета. Поред тога, представка не сме да буде неспојива са одредбама Конвенције и њена два протокола, очигледно неоснована, недовољно утемељена или једино заснована на медијским извештајима, а такође не сме бити супротна предмету и циљу Протокола, односно представљати злоупотребу права.

Интересатна разлика у односу на преостале комитете је прописивање рока за подношење појединачне представке који износи свега годину дана од исцрпљења³⁶ унутрашњих правних лекова.³⁷ Ипак, треба истаћи да је могуће одступање од овог услова, али само уколико подносилац представке докаже да није био у могућности да поднесе представку на време из објективних разлога. Надаље, индивидуална представка не сме имати за предмет истоветан случај који се разматра или је већ био разматран пред Комитетом или неким другим међународним телом. Ово поставља значајно питање односа Комитета за права детета и Европског

подносилац докаже оправданост такве ситуације.

35 За разлику од Афричке повеље о правима и добробити детета, као и првобитном нацрту Протокола, не постоји могућност истицања колективних представки, што се чини проблематичним са аспекта очувања анонимности, претежно због страха од евентуалних репресалија од стране државе против које је поднета представка. Свакако, у чл. 4 Протокола, наведено је да ће државе „предузети све одговарајуће мере да осигурају да појединци под њеном јурисдикцијом не буду подвргнути било каквом кршењу људских права, зостављању или застрашивању, као последица представке или сарадње са Комитетом на основу овог Протокола“. Међутим, оправдано је очекивати да ће држава пружити одговарајућу заштиту када су прекршиоци права детета трећа лица, но поставља се питање примене ове одредбе када се у улози прекршиоца јавља сама држава. Више о колективним представкама, С. Ђорђевић, *op.cit.*, 2012, стр. 513-514.

36 Језичка формулација истоветна је са чл. 3 Факултативног протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима. Језичким тумачењем ове одредбе, једногодишњи рок почиње да тече од момента када је у националном правном систему поднет последњи доступан правни лек. Уколико би процедура по њему трајала дуже од годину дана, жртва би била лишена могућности обраћања Комитету. Стога се чини исправнијим да рок почиње да тече од тренутка доношења одлуке последње инстанце у националном правном поретку, према: Н. Раичевић, Факултативни протокол уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Заштита људским и мањинских права у европском правном простору – тематски зборник радова, Ниш, стр. 379.

37 За разлику од тога, код осталих комитета, не постоји рок за подношење представке.

суда за људска права. Питање међусобног искључивања надлежности, због забране двоструке литиспенденције, мора се посебно размотрити као важно питање са практичног аспекта, како за Србију, тако и за сву децу која се налазе на њеној територији.

Приликом процене да ли се извесна европска држава треба коначно обавезати Протоколом, мора се имати на уму и околност да се одређена права детета могу штитити и пред Европским судом за људска права и пред Комитетом за права детета, односно да у извесној мери може доћи до њиховог међусобног поклапања у надлежностима. Притом, генерално је правило да се поступци пред Судом и пред Комитетом међусобно искључују, уколико се исти предмет истовремено разматра.

Према „Практичном водичу кроз услове прихватљивости“³⁸, под термином „друго међународно тело“ подразумевају се сви комитети уговорног карактера створени на универзалном нивоу. Тачније, према чл. 35, ставу 2 (б) Европске конвенције о људским правима о основним слободама, Суд не поступа по индивидуалној представци која је „...у суштини истоветна с представком која је већ поднета некој другој међународној инстанци, ради испитивања, односно решавања, а не садржи нове релевантне чињенице.“ Коментар на дати члан истиче да је основна сврха овакве одредбе избегавање многобројних међународних поступака који би се односили на идентичне предмете.³⁹ Међутим, поступак пред другим међународним телом мора бити извесног квалитета, односно поседовати следеће карактеристике, како би био сматран индивидуалном представком у смислу чл. 34 Конвенције: 1) сам поступак мора бити јаван, међународни, судски, независан и акузаторан; 2) све одлуке морају бити разумно образложене, достављене странкама и објављене; 3) поступак не сме бити превентивног карактера; 4) мора постојати могућност утврђивања одговорности; 5) поступак мора бити делотворан и имати за циљ престанак кршења. Имајући у виду све наведено, изричито је речено да се поступци пред Комитетом за људска права Уједињених нација, Комитетом за слободу удруживања МОРа и Радном групом УН за самовољно лишење слободе могу сматрати поступцима пред другим међународним телом.

Да ли се на тај начин може утврдити да постоји аналогија и поводом обраћања Комитету за права детета, или је намерно, од свих досад

38 Издат од стране Савета Европе, односно Европског суда за људска права, 2011. године, стр. 30-32, доступно на: http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SRP.pdf (25.11.2014.)

39 ОАО Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, 08.03.2012, para. 520; Eđitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey, 25.12.2012, para. 37.

постојећих осам комитета, издвојен само један, односно Комитет за људска права? Када је реч о међусобном односу, тј. искључивању могућности истовременог подношења истоветне представке Европском суду за људска права и Комитету за људска права, као најстаријим телима, већ је установљена пракса поступања,⁴⁰ која подразумева међусобно искључивање надлежности.

Тумачећи правила о прихватљивости од стране Комитета у контексту остварене праксе осталих комитета,⁴¹ долази се до закључка да ће појединачна представка бити проглашена неприхватљивом уколико се о њој тренутно расправља пред Европским судом за људска права, или је то већ раније учињено.⁴²

Имајући у виду правну обавезност његових пресуда, за очекивати је да ће се појединци првенствено обраћати Европском суду за људска права у намери заштите права детета. Овако постављен алтернативни однос између Комитета за права детета и Европског суда за људска права, намеће питање да ли тиме могућност подношења индивидуалних представки Комитету за права детета губи на важности и практичном значају.

Поред реченог, ваља истаћи и две крупне разлике приликом избора адресата за подношење индивидуалне представке. Прва разлика тиче се врсте заштићених права, будући да Европски суд за људска права штити само грађанска и политичка права. Стога би се практичан значај обраћања Комитету нужно јавио у сфери заштите економских, социјалних и културних права. Друга разлика тиче се прописаног рока за обраћање као услова прихватљивости појединачних представки. Наиме, код Европског суда он засад износи 6 месеци, са тенденцијом скраћивања на 4 месеца, док код Комитета износи годину дана. У том смислу, жртве би се Комитету обраћале једино уколико су пропустиле рок за подношење представке Европском суду за људска права.

40 За детаљнији предглед, видети: P.V. Dijk-G.J.H. Hoof, Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима, Сарајево, 2001, стр. 61-64.

41 За детаљнију анализу, погледати: http://c.ymcdn.com/sites/www.ispcan.org/resource/resmgr/crc_complaints_mechanism_too.pdf (25.11.2014.)

42 У случају кумулације представки пред Комитетом за људска права и Европског суда за људска права, разликујемо три ситуације: истовремено разматрање, као и разматрање представке прво пред једним од поменута два органа. Више: З. Радивојевић, Кумулација представки појединачно пред Европским судом и Комитетом за људска права после ратификације Европске конвенције о људским правима и основним слободама, Европски систем заштите људских права – искуства и нови изазови, Ниш, 2005, стр. 150-158.

3.1.2. Поступак

Поступак по индивидуалним представкама одвија се у писаној форми, при чему се могу истаћи неки повољни елементи по државу, али и бројне обавезе. Након упућивања представке и потврђивања кумулативне испуњености услова прихватљивости из чл. 7 Протокола, она се држави доставља поверљивим путем, без јавних саопштења, чиме се смањује притисак медија и шире јавности. У специфичним ситуацијама, ради спречавања настанка даље неотклоњиве штете, Комитет може затражити предузимање привремених мера, а сам поступак ће у таквој ситуацији бити убрзан.⁴³ Сагласно начелу *audiatur et altera pars*, држава добија прилику да се у писаној форми изјасни о наводима из представке у року од 6 месеци.⁴⁴

Попут процедуре код осталих комитета, није реч о судском решавању спора, те нема правно обавезујућег мишљења, и напори се усмеравају ка постизању пријатељског поравнања. Ради постизања тог циља, Комитет пружа добре услуге. Повољност мирења је двострука: држава остаје ван домета јавности, чиме по правилу постаје спремнија за сарадњу, а кршење права детета на одговарајући начин бива разрешено. Са једне стране, увођењем пријатељског поравнања успостављена је симетрија са надлежностима осталих комитета, док са друге, овакво окончање спора је често у најбољем интересу детета.

У случају, пак, непостизања поравнања, Комитет прикупља све неопходне информације за одлучивање, при чему није ограничен само на писане представке и изјаве страна у спору, већ може разматрати и информације добијене од других међународних и невладиних организација, међународних фондова и програма, као и трећих лица.

Након разматрања представке, Комитет усваја правно необавезујуће мишљење⁴⁵ и доставља држави извесне препоруке. Упркос *de iure* правној необавезности, *de facto* је реч о мишљењима која собом носе велики значај и политичку тежину.⁴⁶ Из тог разлога, односна држава би морала да озбиљно размотри и имплементира на што бољи начин дате препоруке. Поступак по слову Протокола предвиђа да држава мора у року од 6 месеци од достављања мишљења да Комитету пошаље писани одговор описујући све предузете активности.⁴⁷

43 Правила о привременим мерама стипулисане су чл. 6 Протокола.

44 Чл. 8 Протокола.

45 Чл. 10 (3) Протокола.

46 М. Пауновић-Б.Кривокапић-И.Крстић, Међународна људска права, Београд, 2011, стр. 129-130.

47 Чл. 11 Протокола. Некада су те активности толико значајне и радикалне, да се врше путем усвајања или измене закона.

3.2. Међудржавне представке

Иако међудржавна саопштења постоје у многим другим сличним уговорима на универзалном нивоу заштите људских права, мора се истаћи да су веома ретко коришћена, те за сада имају мали практичан значај. Протокол предвиђа овакву врсту надлежности у чл. 12, али треба нагласити да је реч о факултативној надлежности. Наиме, заинтересоване државе уговорнице морају дати посебну изјаву којом прихватају надлежност Комитета да разматра представке ове врсте. Оваква *opt-in* клаузула је супротно правнотехничко решење у односу на установљавање надлежности поводом индивидуалних представки, која је установљена *ipso iure*. Ова посебна изјава шаље се и депонује код генералног секретара УН,⁴⁸ при чему се обавезно прослеђује и осталим уговорницама, будући да је покретање ове процедуре могуће једино на бази реципроцитета. То ће представљати значајан чинилац приликом опредељивања држава за прихватање поменуте надлежности Комитета, а до сада је свега 5, од укупно 14 уговорница дало такву изјаву.⁴⁹

Друга значајна чињеница, о којој ће држава водити рачуна приликом опредељивања о прихватању ове надлежности, је могућност да уговорница дату изјаву може повући у свако доба. Свакако, повлачење изјаве неће утицати на већ започете поступке, те ће процедуре по представкама међу државама бити окончани без обзира на повлачење.

Међудржавна представка поднеће се у ситуацији када нека од уговорница сматра да друга уговорница не поштује права детета. Она тада писаним путем упозорава државу која врши наводна кршења, а при том може упозорити и Комитет. Држави против које је саопштење поднето, стоји на располагању рок од 3 месеца да се у писаној форми изјасни о наводима. Циљ је да у року од 6 месеци од иницирања процедуре, државе међусобно самостално реше спор. Ако у овој фази не дође до решења, свака од односних држава има право изношења спора пред Комитет. Као што је уобичајено, да би Комитет могао да се бави случајем, претходно морају бити исцрпљена сва домаћа правна средства. Комитет и у овој ситуацији, попут процедуре по индивидуалним представкама, нуди своје добре услуге у циљу постизања пријатељског поравнања. Уколико до тога дође, Комитет усваја извештај који неопходно садржи кратак опис чињеничног

48 Примери датих декларација, односно *opt-in* клаузула, којима поједине државе прихватају надлежност разматрања међудржавних представки, може се погледати на: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en (25.11.2014.)

49 Реч је о Албанији, Белгији, Немачкој, Португалији и Словачкој.

стања и коначно решење, чиме се спор окончава. У супротном, Комитет се на затвореним седницама упушта у детаљно разматрање представке. У овој процедури разликује се писана и усмена фаза, а у поступку учествују представници држава у спору, док сам Комитет преузима активну улогу, и може прикупљати додатне информације које стране у спору нису самостално изнеле. Резултат рада Комитета је правно необавезујући извештај који мора садржати све релевантне чињенице као и мишљење Комитета о спору.

3.3. Истрага у случају тешког или систематског кршења права детета

Попут других модерних међународних инструмената о људским правима, и Протокол предвиђа надлежност Комитета у случају тешког или систематског кршења права детета (чл. 13-14). Аутоматски пристанак на овакву врсту надлежности Комитета даје се самим чином коначног обавезивања Протоколом, као и код индивидуалних представки, али за разлику од њих, уколико држава да изјаву да не жели да прихвати ову надлежност Комитета (*opt-out* клаузула),⁵⁰ она може бити искључена. Дата изјава се може повући у било које време.⁵¹

У случају постојања поузданих информација које указују на грубо или систематско кршење права наведених у Конвенцији или факултативним протоколима, Комитет по сопственој иницијативи покреће процедуру по истрази против уговорнице која је пристала на овакву надлежност. Комитет ће, најпре, контактирати државу која наводно крши права, ради провере прикупљених информација и добијања одговора државе. Након тога, позваће државу да сарађује у истрази и, у том циљу, поднесе своје примедбе и запажања. Комитет затим одређује једног или више својих чланова да спроведу истрагу, која се, изузетно, може водити и на територији државе у питању, али само са њеним пристанком. У случају да то није могуће, чланови ће хитно поднети извештај Комитету. Процедура истраге има поверљив карактер због велике потребе за остваривањем сарадње са државом која наводно врши кршења. Поступак се завршава усвајањем закључака, препорука и коментара Комитета, који се затим прослеђују односној држави. Иако препоруке и закључци Комитета нису правно обавезујући, од државе се очекује да у року од 6 месеци обавести Комитет о свом ставу и предузетим мерама. Након тога, Комитет може

50 За сада је једино Монако дао овакву врсту изјаве, односно *opt-out* клаузулу.

51 Слично као и код међудржавних представки, и овде се дате изјаве депонују код генералног секретара УН који о томе обавештава све друге државе уговорнице.

тражити допуну информација о даљим предузетим мерама, или позвати државу да у оквиру својих редовних извештаја укључи информације о предузетим мерама након извршене истраге. Уколико то држава дозволи, Комитет може кратак пресек резултата истраге да представи у оквиру свог годишњег извештаја о раду, која се доставља Генералној скупштини Организацији уједињених нација сваке 2 године.⁵²

4. Међународна помоћ и сарадња

Међународна помоћ и сарадња регулисани су чл. 15 Протокола, јер се једино здруженим деловањем, како националних, тако и регионалних и међународних органа и програма може достићи пуно остваривање права детета. Уколико ставови или препоруке Комитета указују на потребу за техничким саветом или помоћи,⁵³ а држава пристане да се специјализованим агенцијама Уједињених нација, фондовима, програмима и другим надлежним органима достављају такве информације, они ће са своје стране, понудити помоћ и сарадњу. Поред мишљења Комитета, овим органима прослеђују се и евентуалне примедбе и сугестије државе уговорнице. Упркос томе што се овим Протоколом не установљава посебан фонд за помоћ у остварењу права детета, попут оног који би требало да се оформи на основу Факултативног протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима,⁵⁴ јасно изражена намера пружања помоћи и сарадње представља позитиван аргумент у дебати поводом коначног обавезивања Протоколом.

5. Да ли Република Србија треба да приступи Протоколу?

Република Србија је ратификовала скоро све уговоре универзалног карактера којима су основана посебна тела за надзор над применом и поштовањем одређених категорија људских права, или заштите одређених категорија лица. Досад једино није ратификовала: Факултативни протокол уз Пакт о економским, социјалним и културним правима, Конвенцију о правима радника миграната и чланова њихових породица,⁵⁵ као и Трећи факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о поступку

52 Чл. 16 Протокола.

53 Ово овлашћење Комитета одговара овлашћењима која има на основу чл. 45 Конвенције, којим се такође регулише размена информација у циљу сарадње.

54 Н. Раичевић, *op.cit.*, стр. 386-387.

55 Конвенцији о правима радника миграната и чланова њихових породица, усвојена је 1990, а ступила на снагу 2003. год; Факултативни протокол уз Пакт о економским, социјалним и културним правима, усвојен је 2008, а ступио на снагу 2013. год.

достављања и разматрања представки, који је предмет разматрања у овом раду. У том смислу, било би похвално да Србија настави са проактивним приступом у ратификацијама и приступању универзалних уговора о заштити људских права.⁵⁶

Република Србија, као држава сукцесор, обавезана је Конвенцијом о правима детета од 12. марта 2001. године.⁵⁷ Први факултативни протокол о минималном узрасту за учешће лица у оружаним сукобима ратификовала је 31. јануара 2003. године, а други, о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, пар месеци раније, тачније 10. октобра 2002. године.⁵⁸ Приметно је да је тадашња Државна заједница Србија и Црна Гора извршила ратификацију факултативних протокола свега неколико месеци након њиховог ступања на снагу у објективном смислу. Интересанто је истаћи да је Србија потписала трећи Факултативни протокол о поступку достављања и разматрања представки истог дана када је и отворен на потписивање, 28. фебруара 2012. године, али још увек није њиме коначно обавезана. Имајући то у виду, ваља анализирати позитивне и негативне стране које би овај уговор имао по Србију.

Трећи факултативни протокол је, по својој правној природи, процедуралног карактера, јер је њиме уведена могућност Комитета за права детета да разматра индивидуалне и међудржавне представке, као и да покреће истрагу у случају тешког или систематског кршења права детета. Прва и трећа надлежност настају *ipso facto*, док је за установљавање надлежности разматрања међудржавних представки потребна додатна изјава уз ратификациони инструмент.

Процедура разматрања индивидуалних представки, која је у сржи Протокола, има особености у односу на традиционалне услове прихватљивости који се срећу код већине других комитета. Као најзначајније одступање, прописан је *рок од годину дана* за подношење представке, што са аспекта будућих држава уговорница представља значајно и добродошло одступање од постојећих решења која се јављају

56 Детаљан преглед доступан на: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx

57 Наиме, држава претходница, односно СФР Југославија положила је ратификациони инструмент на овај уговор још 3. јануара 1991. године, и том приликом ставила резерву.

58 На основу поменута три уговора, Република Србија је у обавези да две године након ратификовања поднесе тзв. иницијални извештај, а редовне периодично на пет година. Сви извештаји и документи које је Србија поднела 2010. године, доступни су на: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=380&Lang=en (25.11.2014)

приликом обраћања другим комитетима универзалног карактера, где рок није предвиђен.

Приликом процене да ли Србија треба да приступи Протоколу, мора се имати на уму и околност да се одређена права детета могу штитити и пред Европским судом за људска права и пред Комитетом за права детета, односно да у извесној мери може доћи до њиховог међусобног поклапања у надлежностима. Поклапање у надлежностима јавља се поводом заштите грађанских и политичких права, а имајући у виду да Европски суд за људска права доноси правно обавезујуће пресуде као и забрану двоструке литиспенденције, велика је вероватноћа да ће обраћање Комитету у таквим случајевима бити секундарно и изузетно. Тиме се поставља питање практичног значаја приступања Србије овом Протоколу. На основу максиме *qui potest plus potest et minus*, приступањем овом уговору не би дошло до повећања стандарда заштите права детета, те аргументи или бојазан ове врсте не могу бити оправдани.

Међутим, преклапање у надлежностима поменутих надзорних тела није потпуно, јер Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода не штити економска, социјална и културна права. Надзор над заштитом друге генерације људских права на универзалном нивоу врши Комитет за економска, социјална и културна права, али Србија није прихватила надлежност овог тела у погледу разматрања представки, јер није ратификовала Факултативни протокол уз Пакт о економским, социјалним и културним правима.⁵⁹ Са друге стране, на регионалном нивоу, Србија је уговорница Ревидиране Европске социјалне повеље⁶⁰, али само у ограниченом обиму. Наиме, она није приступила Протоколу бр. 3 уз ову Повељу, и самим тим није прихватила надлежност по колективним представкама. Стога, једина њена обавеза на бази овог уговора је подношење две врсте националних извештаја, пошто могућност подношења индивидуалних представки уопште не постоји по овом

59 Видети *supra* 3.

60 Србија је приступила овом уговору 14. септембра 2009. године.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/SignaturesRatificationsMarch2013_en.pdf (25.11.2014.) Значајна је пракса Европског комитета за социјална права у сфери заштите права детета разматрањем колективних представки: 1/1998, *International Commission of Jurists v. Portugal*; 13/2002, *Autism-Europe (IAAE) v. France*; 14/2003, *International Federation of Human Rights Leagues v. France*; 17/2003, *World Organisation against Torture (OMCT) v. Greece*; 18/2003, *OMCT v. Ireland*; 19/2003, *OMCT v. Italy*; 20/2003, *OMCT v. Portugal*; 21/2003, *OMCT v. Belgium*; 34/2003, *OMCT v. Portugal*; 15/2003, *European Roma Rights Center (ERRC) v. Greece*; 27/2004, *ERRC v. Italy*.

регионалном систему.⁶¹ С обзиром да поклапање надлежности између Комитета за права детета и Европског суда за људска права није потпуно, апсолутно има смисла разматрати приступање наше државе поменутом Протоколу.⁶² У том случају, интересантно је да би заштита друге генерације људских права у Србији била пружена једино лицима млађим од 18 година,⁶³ при чему ће се Комитет руководити правним стандардом *разумности* приликом оцене да ли је дошло до повреде економских, социјалних и културних права.

За разлику од индивидуалних представки, разматрање међудржавних представки могуће је само ако државе уговорнице дају посебну изјаву о прихватању те надлежности (тзв. *opt-in* клаузула). Поред тога, покретање ове процедуре биће могуће само уз поштовање принципа реципроцитета. Повољности процедуре по међудржавним представкама су за државу уговорницу многобројне: поверљивост, односно затворене седнице, заснивање надлежности искључиво на бази реципроцитета, велики напори за проналажењем компромисног решења у фази која претходи самом поступку, као и каснијој тежњи за пријатељским поравнањем, чињеница ретког коришћења процедуре, као и усвајање правно необавезујућег мишљења. Имајући у виду супротне аргументе: са једне стране, податак да је на овакву надлежност пристала свега трећина досадашњих уговорница, а са друге, пракса државе која је приликом ратификовања скоро свих уговора о људским правима прихватила све облике надлежности (па и тзв. *ex officio* надлежност), као и чињенице да се овакве представке ретко користе, треба добро промислити да ли наша држава треба да упути односну изјаву. Поново се враћајући на максимуму *ко може више, може и мање*, чини се да претежу аргументи за давање изјаве на основу чл. 12 Протокола.

Аргументи такође говоре у прилог прихватања и треће врсте надлежности Комитета, односно овлашћења да покреће истрагу у случају тешког или систематског кршења права детета. Имајући у виду да је од укупно 14 уговорница, за сада *opt-out* клаузулу дала само једна, као и чињенице да

61 За детаљније информације, погледати: Б. Јанковић-З.Радивојевић, Међународно јавно право, Ниш, 2014, стр. 275-276.

62 Као држава која се налази на простору Европе, Србији није од великог значаја додатна разлика међу уговорима, односно универзалност Комитета за права детета. Насупрот томе, примера ради, државама у Азији је обраћање овом Комитету једина могућност заштите права детета, због непостојања регионалног система заштите.

63 Имајући у виду да се радна способност стиче са навршених 15 година старости, тиме би умногоме била сужена могућност повреде поменутих економских права. Са друге стране, практичну примену имало би, по многим, најзначајније културно право – право на образовање, нарочито у ситуацији када је онемогућено због дискриминације.

је Србија већ прихватила надлежност покретања истрага по службеној дужности код Комитета против тортуре, Комитета против укидања свих облика дискриминације жена, Комитета за права особа са инвалидитетом, као и Комитета против присилних нестанака,⁶⁴ чини се логичним одлука да наша држава пристане на овакво овлашћење Комитета за права детета.

Протокол ступа на снагу у односу на државу 3 месеца након полагања њеног ратификационог инструмента. Пошто је наш Устав из 2006. године усвојио монистички приступ у погледу односа унутрашњег и међународног права, и непосредну примену потврђених међународних уговора⁶⁵ који се односе на људска и мањинска права, *vacatio legis* од 3 месеца чини се адекватним за припрему домаћих органа за непосредну примену Протокола, односно њихово упознавање са предвиђеним правним решењима.

У вези са поменутом суженом територијалном применом уговора, поставља се питање оправданости, правне технике и целисходности упућивања изјаве уз евентуално депоновање ратификационог инструмента, којом би се искључила примена Протокола на територији аутономне покрајине Косова и Метохије. Досадашња пракса потврђује да оваква изјава није нужна, јер се дозвољава сужена територијална примена на основу *de facto* непостојања ефективне власти на овој територији. Самим тим, Србија није одговорна за примену потврђених међународних уговора на датој територији.⁶⁶

Иако значајан ради заокруживања система заштите људских права на универзалном нивоу, основни недостатак свих комитета, па и Комитета за права детета на основу разматраног Трећег протокола, је усвајање правно необавезујућих мишљења.

Због свега наведеног, већи број аргумената говоре у прилог приступања Србије овом уговору. Међутим, суштинска заштита људских права, па и права деце, није у потпуности остварива уколико се напори не улажу и на пољу ојачавања националних мера заштите. Пуко ратификовање или приступање бројним међународним уговорима остаће без свог пуног правног дејства, уколико се не ради на ојачавању домаћих механизма назора. У том смислу, интересантно је предложено решење о формирању

64 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=SRB&Lang=EN (25.11.2014.)

65 Чл. 18 Устава Републике Србије.

66 Као пример наведеног, управо може послужити један од документа дат приликом достављања извештаја Србије Комитету за права детета 2009. године, на стр. 5 документа са сл. адресе: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC-OP-AC/Shared%20Documents/SRB/INT_CRC-OP-AC_STA_SRB_54_11301_E.pdf (25.11.2014.)

посебног Омбудсмана за права детета, или пак јасног дефинисања националне стратегије о заштити дечијих права, као и правоваљане имплементације свих предлога који следе након подношења редовних извештаја о стању права детета у нашој држави. Једино на тај начин, уз савесну и детаљну имплементацију предузетих међународних обавеза, Србија оствариће напредак у сфери дечијих права.

Sanja Đorđević, LL.B.

Teaching assistant,
Faculty of Law, University of Niš

**OPTIONAL PROTOCOL TO THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF
THE CHILD ON A COMMUNICATIONS PROCEDURE - ADVANTAGES
IN LIGHT OF POSSIBLE ACCESSION OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Pursuant to Article 19, the third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure entered into force on April 14th, 2014, ie. three months after the date of the deposit of the tenth instrument of ratification or accession. It extends the jurisdiction of the Committee on the Rights of the Child in a triple way, by intrducing the possibility of: 1) filing of individual complaints; 2) filing of interstate communications; as well as 3) initiating inquiry procedures in cases of grave or systematic violations of the rights of the child. By doing so, the universal human rights protection system nas been completed, since the last human rights treaty-based body, ie. the Committee on the Rights of the Child, has the same jurisdictions already existant in other committees. Although the Republic of Serbia has signed the said Protocol 28.02.2012, the question remains whether and when it would be finally bound by it. Having that in mind,, this paper presents the newly introduced competences of the Committee, analyses it's advantages and disadvantages, and it's potential positive and negative consequences on Serbia, should it acced to the Protocol.

Keywords: third optional protocol, rights of the child, communications procedure, individual communications, inter-state communications, inquiry procedure, Republic of Serbia.

НАЧЕЛО ЕФИКАСНОСТИ У СТО СИСТЕМУ РЕШАВАЊА СПОРОВА¹

Апстракт: Брзина којом се трговински спорови решавају један је од основних елемената делотворности система решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације (СТО). Са друге стране, неопходно је и балансирање између начела материјалне правде, односно захтева да одлуке буду што квалитетније, и начела ефикасности. Тај задатак лежи на панелима и на Апелационом телу, као судећим органима СТО. Путем своје дугогодишње праксе, Апелационо тело је у већем броју извештаја наглашавало значај брзог решавања спорова и његово остваривање повезивало, како са делатношћу панела и својом сопственом делатношћу, тако и са делатношћу самих страна у спору. Иако је данашњи систем решавања спорова у оквиру СТО далеко ефикаснији од система који му је претходио у оквиру ГАТТ-а 1947, приметне су утемељене критике и на његов рачун у том погледу. Међутим, постоје бројне околности које могу значајно продужити трајање поступка, а које се не могу приписати одговорности судећих тела СТО.

Кључне речи: Светска трговинска организација, решавање спорова, ефикасност, DSU Споразум.

1 Рад је резултат истраживања на пројекту: "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», бр. 179046 који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Уводна разматрања

Савремени мултилатерални трговински систем је заснован на правним нормама и институционалном механизму Светске трговинске организације (СТО), а систем решавања спорова у оквиру ове Организације је у литератури описан као „драгуљ у круни“ СТО.² Механизам решавања спорова је заснован на Договору о правилима и процедурама за решавање спорова (скраћени назив на енглеском: *Dispute Settlement Understanding – DSU*).³ Брзина којом се трговински спорови решавају је један од основних елемената делотворности СТО система решавања спорова. Како је истакла некадашња директорка Секретаријата Апелационог тела, данас професорка Универзитета у Отави, *Debra Steger*, „правовременост је фундаментална одлика СТО система решавања спорова“ и додаје да су „преговарачи током Уругвајске рунде успоставили експлицитне временске оквире путем већег броја одредби *DSU* Споразума, како би осигурали да се поступци завршавају на благовремен и ефикасан начин“. Према њеним речима, ова одлика је од круцијалне важности за пословну заједницу где је време новац.⁴

У литератури се често указује на значај правовременог решавања међудржавних трговинских спорова. *Goh* и *Morgan* наводе да је начин на који панели и Апелационо тело извршавају своје дужности од круцијалног значаја за ефикасност и легитимитет система решавања спорова, а следствено и за ефикасност и легитимитет СТО као такве.⁵ *Khan* посебно наглашава значај ефикасног и брзог решавања међудржавних трговинских спорова, указујући на опасности ако оно изостане:

„У материјализованом свету трговински конфликти су неизбежни и ако се не решавају благовремено и ефикасно, могу довести до трговинских ратова између нација.“⁶

2 Gavin Goh, David Morgan, Political Considerations and Pragmatic Outcomes in WTO Dispute Rulings, *UNSW Law Journal*, Volume 30(2), 2007, стр. 478; Humayun Rasheed Khan, Ambitious Quest for Rule- Oriented Dispute Settlement System of WTO, *Asian Journal of Multidisciplinary Studies*, Volume 2, Issue 10, 2014, стр. 90.

3 Уопште о механизму решавања спорова пред СТО видети више у: Александар Ђирић, „Поступак решавања спорова пред Светском трговинском организацијом“, *Правни живот*, тематски број: Право и простор, Бр. 11, том 3/2010, стр. 313-328.

4 Debra Steger, Strengthening the WTO Dispute Settlement System: Establishment of a Dispute Tribunal, *The Future and the WTO: Confronting the Challenges. A Collection of Short Essays*; ICTSD Programme on Global Economic Policy and Institutions, Geneva, Switzerland, ICTSD, 2012, стр. 113.

5 Gavin Goh, David Morgan, *op. cit.* стр. 478.

6 Humayun Rasheed Khan, *op.cit.* стр. 89.

Значајан број одреби *DSU* има за циљ остварење начела ефикасног, односно брзог решавања спорова. Међутим, основна одредба која садржи овај принцип је чл. 3(3) *DSU* који гласи: „Брзо решавање ситуација, у којима Чланица сматра да је било која повластица која јој је додељена, директно или индиректно, на основу обухваћених споразума, умањена мером предузетом од стране друге Чланице, је есенцијално ради ефикасног функционисања СТО и ради одржавања одговарајућег баланса између права и обавеза Чланица.“

У наведеној одредби је употребљен термин „брзо решавање ситуација“ (е. *“prompt settlement of situations”*). Употреба термина „брзо“ (е. *prompt*) уместо термина „ефикасно“ и „ситуација“ уместо „спорова“ (е. *disputes*), не би требало да изазива нарочите недоумице у погледу значења и домета одредбе 3(3). Термини „брзо“ и „ефикасно“ се често користе као синоними. Са друге стране, и ако уважимо одређене разлике између значења ова два термина, не може ништа бити ефикасно уколико није брзо, нити обратно. Што се тиче употребе термина „ситуације“ уместо „спорови“, у контексту *DSU* се ова два термина такође могу посматрати као синоними. Са друге стране, термин „ситуација“ има шире значење од термина „спор“ и обухвата све ситуације у којима настају неспоразуми између чланица поводом одређених трговинских питања.

Брзо и ефикасно решавање спорова је једна од основних тековина настанка СТО и новоуспостављеног механизма за решавање спорова на основу *DSU* Споразума. Генерално, систем решавања спорова је, као такав, окарактерисан као један од најпозитивнијих аспеката трансформације *GATT*-а 1947 у СТО. Систем решавања спорова у оквиру *GATT*-а 1947 често је критикован као недовољно ефикасан и спор. Један од главних разлога неефикасности огледао се у недостатку „одговарајуће машинерије“ за решавање спорова, каквом се може окарактерисати данашњи механизам у оквиру СТО.⁷ Недовољно брзом решавању спорова у оквиру *GATT*-а 1947 допринела је и околност да су се спорови решавали више дипломатским него правним средствима и да је систем решавања спорова био заснован на политичком односу снага у спору (е. *power oriented approach*). Управо су то били разлози да успостављање ефикасног система решавања спорова буде један од главних реформских циљева оснивача СТО. Тако је, заједно са СТО, успостављен и систем решавања спорова заснован на *DSU* Споразуму, који почива на начелу примене права (е. *rule oriented approach*).

⁷ *Ibid.* стр. 96.

На који начин је схваћен значај начела брзог решавања спорова у јуриспруденцији СТО, најбоље показује Извештај у спору *US — Stainless Steel (Mexico)*⁸, где је Апелационо тело ово начело сврстало уз основни прокламовани циљ целог система решавања спорова у СТО - сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система.⁹ Издвајајући их од осталих начела, и наглашавајући њихов значај, Апелационо тело је ова два принципа препознало као есенцијалне за функционисање целокупног механизма решавања спорова и остваривање његових циљева.¹⁰

Овај рад има за циљ да прикаже на који начин је начело ефикасности, односно, начело брзог решавања спорова у оквиру СТО, сагледала пракса панела и Апелационог тела. Такође, неизоставна је анализа и одговарајућих ставова доктрине поводом овог начела. На почетку рада следи објашњење начела брзог решавања спорова као конститутивног елемента ефикасности, без чега се не може замислити остварење процедуралне правде. Указује се на важност балансирања између начела материјалне правде и начела ефикасности. У том смислу је надаље у раду приказана и одговарајућа пракса Апелационог тела. На крају се рад бави критичким освртима доктрине у погледу успеха, односно неуспеха, судећих органа СТО да остваре примену начела брзог решавања спорова у пракси. Приказани су резултати одређених емпиријских истраживања који дају основ за критику коју у том смислу треба упутити панелима и Апелационом телу. Међутим, у раду су појашњене и околности које могу значајно продужити трајање спорова, а за чије се постојање не могу окривити судећа тела СТО.

1. Начело ефикасности као елеменат процедуралне правде

Начело ефикасности у СТО систему решавања спорова је неизоставни елеменат процедуралне правде, коју творе, поред овог начела, и начело правичног процеса¹¹ и добре вере¹² у вођењу поступка и предузимању процедуралних радњи. Један од основних задатака панела и Апелационог тела је да се старају о примени процедуралне правде.

Процедуралну правду треба разликовати од субстантивне правде, односно од чињеничне и материјално-правне исправности налаза и

8 Appellate Body Report, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, adopted 20 May 2008.

9 Видети чл. 3(2) *DSU*.

10 Видети параграф 161. Извештаја.

11 Marion Panizza, *Fairness, Promptness and Effectiveness: Creating a Faith Standard for WTO Dispute Settlement Procedures*, *NCCR Trade Working Paper No 2007/19*, 2007, стр. 15.

12 *Ibid.*

препурука садржаних у извештајима. Постизању субстантивне правде у великој мери кореспондира начело правичног, односно фер процеса¹³ (е. *due process*), иако оно, *per se*, представља саставни део процедуралне правде. У том смислу се у литератури и судској и арбитражној пракси често полемише да ли би предност приликом решавања спорова требало дати начелу правичног и фер процеса, које је, *prima facie*, у функцији остварења субстантивне правде, или начелу ефикасности. Остављајући ову расправу по страни, важно је да укажемо да се задатак панела и Апелационог тела састоји у томе да постигну одговарајући баланс између материјалне и процедуралне правде, као што је наведено у Извештају Апелационог тела у спору *US – Foreign Sales Corporations (US-FSC)*¹⁴, о чему ће касније детаљније бити речи. Наклоњеност постизању једне правде, на рачун друге, не може на крају довести до фер одлуке. У смислу наведеног, уколико судеће тело као основни циљ постави што брже доношење одлуке, ризикује да одлука не буде ваљана у материјално-правном и чињеничном смислу, што на крају може резултовати, *a fortiori*, значајним продужењем трајања поступка, будући на велику извесност преношења предмета на другостепени орган ради исправљања материјалних и чињеничних недостатака у одлуци. Са друге стране, уколико судећи орган занемари начело ефикасности ради постизања што исправније одлуке у материјално-правном и чињеничном смислу, опет долази у ризик да таква одлука дође закаснело, што може значајно депривирати страну од правде коју је очекивала.

У смислу горе наведеног, треба тумачити и чл. 12(2) *DSU* Споразума који гласи: „Панелска процедура треба да обезбеди довољну флексибилност како би обезбедила високо квалитетне извештаје панела, без неоправданог одуговлачења процеса“. У овој одредби је на најбољи начин изражена потреба баланса између процедуралне и материјалне правде, односно „између брзине и флексибилности, са једне, и материјалног квалитета извештаја, са друге стране.“¹⁵ Иако се чл. 12(2), *per se*, односи на процедуру у оквиру панела, ова одредба се може, по аналогiji, применити на све процедуре у оквиру СТО система решавања спорова. Она имплицитно садржи обавезу ефикасног поступања, и одговорност у том смислу која лежи на панелима и Апелационом телу.¹⁶

13 О обавези поштовања принципа правичног процеса приликом решавања спорова у СТО видети више у: Предраг Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010, стр. 141-147.

14 Appellate Body Report, *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, WT/DS108/AB/R, adopted 20 March 2000, DSR 2000:III, 1619.

15 Marion Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, Oxford: Hart Publishing Ltd, 2006, стр. 283.

16 Marion Panizzon (2007), *op.cit.* стр. 16-17.

У претходно поменутом спору *US-FSC*, Апелационо тело је истакло да процедурална правила решавања спорова у СТО нису креирана да промовишу развој процедуралних техника, него фер, брзо и ефикасно решавање трговинских спорова.¹⁷ Оваквим ставом, Апелационо тело је и само указало на потребу баланса између постизања процедуралне и материјалне правде. Другим речима, специфичност СТО ситема решавања спорова се не огледа толико у правним механизмима који тај систем предвиђа, већ у методама којима се они комбинују ради решавања трговинских спорова на начин који координира са општим циљевима СТО.¹⁸

Извештај у спору *US-FSC* је важан јер је донео значајну новину у дотадашњем поимању приоритета међу експертима који су поступали као панелисти и чланови Апелационог тела. Пре доношења и усвајања овог Извештаја, била је приметна тенденција да се спорови решавају на практичан и ефикасан начин¹⁹, док је принцип фер и правичног процеса, према мишљењу појединих аутора, био у другом плану.²⁰

Недуго након Извештаја у спору *US-FSC*, Апелационо тело је и демонстрирало примену изнетог става у том Извештају, па је у спору *EC — Asbestos*²¹ начелу правилног утврђивања чињеница доделило приоритет у односу на начело ефикасности, позивајући се на своју ограничену надлежност у погледу питања која се могу разматрати у другостепеном поступку. Наиме, одредба 17(6) *DSU* Споразума ограничава надлежност Апелационог тела у поступку преиспитивања извештаја на разматрање само оних правних интерпретација и правних питања која су већ била обухваћена и разматрана у претходном извештају панела. Уколико би се Апелационо тело упуштало у утврђивање оних околности које није утврђивао поступајући панел, прекорачило би своју надлежност детерминисану *DSU* Споразумом.

17 Видети параграф 166. Извештаја.

18 У вези са тим видети: Emanuela Ceva, Andrea Fracasso, Seeking mutual understanding: a discourse – theoretical analysis of the WTO Dispute Settlement System, *World Trade Review*, Volume 9, Issue 03, 2010, стр. 461-462.

19 Као пример оваквог настојања, наводи се став бившег члана и председавајућег Апелационог тела, *J. Bacchusa*, који је истакао да чланице СТО треба да успоставе, пре свега, користан, изводљив и ефикасан систем решавања спорова. Видети: James Bacchus, "Lecky's Circle", Thoughts from the Frontier of International Law, Address by James Bacchus, Chairman Appellate Body of the WTO at the Institute of Advanced Legal Studies, University of London, London, United Kingdom, 10 April 2003, Доступно на: <http://www.worldtradelaw.net/articles/bacchuslecky.pdf>, стр. 8.

20 Marion Panizzon (2007), *op.cit.* стр. 14.

21 Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, DSR 2001:VII, 3243.

Апелационо тело је одбило да уместо поступајућег Панела одлучи по тужбама Канаде, будући и да сам Панел није одлучивао по тим тужбама. Наиме, Канада је у тужбама тврдила да одређене одредбе садржане у француском Декрету о азбесту и производима које садрже асзбест представљају мере које су у супротности са одредбама Споразума о техничким препрекама у трговини (*TBT Agreement*). Панел је, као претходно питање, испитивао карактер тих мера, односно да ли се мере могу сматрати „техничком регулативом“ у смислу *TBT* Споразума. Како је закључио да наведне мере не поседују карактер техничких мера, Панел је одбио да разматра тужбе Канаде, јер, по његовој оцени, није постојао основ за примену *TBT* Споразума.

У другостепеном поступку Апелационо тело је заузело другачији став и установило је да наведене одредбе из Декрета поседују карактер техничких мера и да као такве, подпадају под режим *TBT* Споразума. Међутим, Апелационо тело је истовремено одбило да одлучи по тужбама Канаде, иако је претходно отклонило разлог због којег је и поступајући Панел изоставио разматрање тужби. Апелационо тело је нагласило да није подесно да разматра тужбе, иако је указано на значај брзог решавања спорова. Према мишљењу наведеном у Извештају, Апелационо тело треба да допринесе брзом решавању спорних ситуација, како је наведено у чл. 3(3) *DSU*, али једино у случају да налази панела о чињеничном стању и неспорне чињенице у предмету обезбеђују неопходан основ за анализу од стране Апелационог тела. Уколико не постоји довољно утврђени чињенични основ у извештају који се преиспитује, Апелационо тело није у могућности да изведе одговарајућу правну анализу било ког случаја у другостепеном поступку.²² У Извештају је истакнуто:

„Пошто је Панел одлучио да не разматра четири тужбе Канаде на основу *TBT* Споразума, није дошао ни до одговарајућег налаза, када је у питању било која од поднетих тужби [...] Сматрамо да тужбе Канаде нису суштински испитане пре него што је предмет стигао код нас. Како Панел није испитивао ове тужбе, не постоје ни „правна питања“ ни „правне интерпретације“ које бисмо ми преиспитивали, у смислу чл. 17(6) *DSU* Споразума.“²³

Свакако се може закључити да би се допринело ефикасном решавању спора у случају да је Апелационо тело одлучило да *de novo* испитује чињенично стање на основу тужби Канаде, уместо што се Канади оставила могућност да евентуално поново покреће поступак пред панелом. Међутим, Апелационо тело се определило да уместо интереса ефикасности, приоритет додели интересу утврђивања правилног чињеничног стања у спору, и да

22 Видети параграф 78. Извештаја.

23 Параграф 81. и 82. Извештаја.

не излази из оквира који му задаје поменути чл. 17(6) *DSU* Споразума. Штавише, *de novo* испитивање и одлучивање о појединим стварима би лишило обе стране могућности да током поступка износе своје аргументе, што могу чинити током првостепене процедуре пред панелом. У вези са овим проблемом, *Ceva* и *Fracasso* предлажу увођење новог процедуралног правила по коме би Апелационо тело имало могућност да она спорна питања која поступајући панел није разматрао, врати на разматрање истом панелу који је поступао у првостепеном поступку.²⁴ Осим интереса правичности, будући да се на тај начин странама у спору омогућава да износе своје аргументе током поступка, постигла би се и већа ефикасност, с обзиром да не би морала да се покреће изнова целокупна процедура консултација и формирања новог панела.

2. Превенција подношења већег броја тужби поводом исте ствари као средство остварења брзог решавања спорова

Апелационо тело је у неколико наврата одбило захтеве и аргументе појединих страна у спору, чије би усвајање резултирало ситуацијом да страна која је тужилац мора да покреће већи број тужби и поступака поводом истих или повезаних спорних мера. Два случаја су у том смислу упечатљива.

Тако је у спору *US — Zeroing (Japan) (Article 21.5 — Japan)*²⁵ који је настао поводом спровођења препорука у Извештају усвојеног од стране Органа за решавање спорова, Апелационо тело истакло да имплементациона мера не може бити искључена из предмета разматрања панела у складу са чл. 21(5) *DSU* Споразума²⁶, само из разлога што њена примена није окончана у време подношења захтева за формирање панела на основу чл. 21(5) *DSU* Споразума. Према мишљењу Апелационог тела, поступање по таквим процедуралним захтевима би довело тужиоца у ситуацију да мора да покреће већи број поступака ради једног спора, што не би било у духу начела „брзог решавања спорова“.

Наиме, Јапан је тужио САД и затражио поновно формирање Панела, оспоравајући нове методе испитивања дампинга, које су САД примениле ради усаглашавања са препорукама Органа за решавање спорова, поводом спора

24 Emanuela Ceva, Andrea Fracasso, *op.cit.* стр. 481.

25 Appellate Body Report, United States – Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews (Recourse to Article 21.5 of the DSU by Japan), WT/DS322/AB/RW, 18 August 2009.

26 Наведена одредба *DSU* Споразума уређује поступак решавања спорова у случају неслагања између страна по питању мера предузетих у циљу спровођења препорука садржаних у усвојеним извештајима поводом спора у коме су те стране раније учествовале.

који је Јапан раније покренуо против САД. Међу „нападнутим“ мерама нашла се и метода испитивања дампинга означена као „*Review 9*“. САД су, као тужена страна, тврдили да наведена метода не може да буде предмет разматрања Панела, због чињенице да коначни резултати ове методе испитивања нису били објављени у време захтева за формирање Панела.²⁷ Према мишљењу које су изнели заступници САД, будућа мера (е. „*future measure*“) испитивања дампинга није подобна да буде предмет решавања спора, јер није производила дејство у време подношења захтева за формирање Панела. Суштина аргументације САД се састојала у томе да Јапан не може да напада меру чији је ефекат непознат у време подношења тужбе.

Апелационо тело се није сложило са аргументацијом САД. У свом Извештају је упутило на чл. 6(2) *DSU* Споразума који предвиђа да захтев за формирање панела (који у контексту *DSU* Споразума представља тужбу), треба да садржи информацију о спроведеном поступку консултација, означавање конкретне мере у питању и сажетак правних основа тужбе. Апелационо тело је навело да чл. 6(2) не наводи експлицитно ни један временски услов нити ограничење у погледу дејства или важења мера које се могу означити у захтеву за формирање панела. Дакле, то могу бити мере које су већ произвеле дејство и чији су ефекти познати, или мере које тек треба да произведу дејство и чији ће резултати бити познати у будућности. Апелационо тело је надаље додало:

„[...]захтеви из чл. 6(2) се морају читати у светлу специфичне функције процедура предвиђених у чл. 21(5), тако да се под „конкретним мерама у питању“ која треба да буду означене у оквиру тих процедура, подразумевају оне мере које имају утицаја на имплементацију препорука из извештаја Органа за решавања спорова. Мера која је започета пре иницирања поступка пред панелом у складу са чл. 21(5), и завршена током трајања те процедуре, може имати утицаја на закључак о томе да ли је дошло до извршења препорука Органа за решавање спорова.“²⁸

На основу наведеног, ако мера садржи исти поступак за који је већ утврђено да није у складу са нормама СТО, то представља довољни показатељ несагласности са препорукама Органа за решавање спорова, и није неопходно сачекати са обелодањивањем резултата мере. Апелационо тело је додало:

²⁷ Метода „*Review 9*“ је покренута 29. јуна 2007. године. Јапан је поднео захтев за формирање Панела 7. априла 2008. године, а Панел је формиран 18. априла. Прелиминарни резултати испитивања дампинга на основу методе „*Review 9*“ објављени су 7. маја 2008. године, док су коначни резултати обелодањени 11. септембра 2008. године. Панел је објавио свој Извештај 24. априла 2009. године.

²⁸ Видети параграф 122. Извештаја.

„Ако бисмо такву меру изузели из предмета разматрања панела, само из разлога што њена примена није завршена у време када је поднета тужба, већ током трајања поступка у складу са чл. 21(5), то би значило да питање поводом неслагања у погледу мера предузетих ради усаглашавања са обухваћеним споразумима, не би било у потпуности решено. *A priori* искључивање таквих мера из поступка предвиђеног чланом 21(5) онемогућило би функцију ток истог поступка.“²⁹

Апелационо тело је образложило овакав став позивајући се на начело брзог решавања спорова из чл. 3(3) *DSU*. Свакако да би искључивање мера попут ове, из предмета разматрања Панела, беспотребно одгуговлачило поступак и приморало тужиоца да подноси нову тужбу поводом исте ствари, након што сачека обелодањивање резултата спроведене мере.

Због истих разлога Апелационо тело је одбило аргументацију САД у спору *US — Upland Cotton (Article 21.5 — Brazil)*³⁰, где су САД уложили жалбу против одлуке поступајућег Панела да испитује допуштеност субвенција које су САД примењивале након истека имплементационог периода за поступање по препорукама Органа за решавање спорова. Радило се такође о спору у складу са чл. 21(5) *DSU* Споразума, поводом обавезе САД да усагласи своје мере (да уклони штетне ефекте субвенција или да повуче субвенције) са препорукама Органа за решавање спорова. САД су приговориле да оспорене субвенционе мере не могу бити разматране у складу са чл. 21(5), будући да нису ни донете ради имплементације препорука Органа за решавање спорова, већ је њихова примена уследила након истека рока за имплементацију препорука.

Апелационо тело је закључило да се не може захтевати од чланице СТО, у овом случају Бразила, да покреће нове процедуре за решавање спорова поводом понављајућих субвенција истих врста, за које се већ у претходном извештају установило да поседују штетне ефекте, и то само због разлога што су „нове“ субвенције уследиле након завршетка процедуре решавања спорова поводом „стarih“ субвенција. Према мишљењу Апелационог тела, тиме се не би промовисало ни брзо решавање спорова, а ни начело „брзог усаглашавања“ са препорукама Органа за решавање спорова.³¹

29 *Ibid.*

30 Appellate Body Report, United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Brazil, WT/DS267/AB/RW, 2 June 2008.

31 Параграф 246. Извештаја.

3. Обавеза страна у спору да не одуговлаче поступак

Пракса решавања спорова у оквиру СТО је показала да стандард ефикасности захтева и одређене дужности за саме стране у поступку. Стране се не могу понашати током поступка на начин који би резултовао његовим непотребним продужењем. У спору *US — Offset Act*³², Апелационо тело је принцип „брзог решавања“ спорова сместило у контекст свог мишљења да право стране у спору да од панела захтева одвојене извештаје (у споровима који укључују већи број тужби) није неограничено. Иако текст одредбе 9(2) *DSU* Споразума *per se* не поставља никакве услове у погледу права стране да захтева одвојене извештаје, наведено је да се та одредба не може тумачити изоловано од осталих одредби и свеукупног предмета и циља *DSU* Споразума, а нарочито од одредбе 3(3) која предвиђа да је брзо решавање спорова од есенцијалног значаја за ефикасно функционисање СТО. Потврђујући мишљење поступајућег Панела, Апелационо тело је истакло да уколико би право на захтев на одвојене извештаје из чл. 9(2) било неограничено, то би онда значило да би панел био дужан да поступи по таквом захтеву у било које време током трајања поступка:

„Штавише, такав захтев може бити поднет због било ког разлога, или без навођења разлога, чак и оног дана који претходи дану када извештај треба да буде достављен чланицама СТО.“³³

Таква интерпретација чл. 9(2) би засигурно угрозила свеукупни циљ и сврху *DSU* Споразума, који се огледају, како у принципу брзог решавања спорова, тако и у начелу добре вере из чл. 3(10) *DSU* Споразума.³⁴ На основу таквог закључка, Апелационо тело је утврдило да панел поседује дискрецију у погледу поступања по захтевима за одвојене извештаје, уколико такви захтеви нису послати благовремено, односно уколико би поступање по њима одуговлачило поступак. У конкретном случају, захтев САД да се извештаји сачињавају одвојено стигао је само два месеца након достављања Нацрта извештаја (тзв. Међуизвештаја) поступајућег Панела и више од седам месеци након формирања Панела. Према мишљењу Апелационог тела, уважавање таквог захтева би без сумње довело до неоснованог одлагања решавања спора, а такође не било ни у функцији начела добре вере из чл. 3(10) *DSU* Споразума.

32 Appellate Body Report, *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adopted 27 January 2003, DSR 2003:I, 375.

33 Параграф 311 Извештаја.

34 О значају начела добре вере као процедуралног принципа у систему *DSU* видети више у: Предраг Цветковић, *op.cit.* стр. 130-131.

На сличан начин је у спору *Mexico–HFCS (Article 21.5)*³⁵ Апелационо тело повезало обавезу поштовања ефикасности у решавању спорова са обавезом стране у спору да своје приговоре током трајања поступка улаже благовремено (*e. in a timely manner*):

„Ако чланица не уложи своје приговоре благовремено, упркос једној или већем броју прилика да то учини, сматраће се да се одрекла права да Панел разматра њене приговоре.“³⁶

Један од академика који се бави стандардима правичног процеса и ефикасности у поступку решавања спорова пред СТО, *Panizzon*, издвојио је на основу истраживања одговарајуће праксе панела и Апелационог тела неколико значајних обавеза за стране у поступку, а које су у функцији ефикасности: а) да захтев за формирањем панела буде довољно прецизан; б) да тужбе садрже експлицитне, а не имплицитне захтеве; в) да се захтев за упућивање предмета Апелационом телу учини благовремено; г) да се стране не уздржавају некоректно од изношења аргумената пред надлежним органима са циљем да те аргументе касније употребе пред панелом; д) да се обелодане докази заинтересованим странама током испитивања; ђ) да се прихвати постојање могућности да панел истражује и оне чињенице које су странама у спору остале неопажене; е) да страна нема безусловно право да захтева одвојене извештаје панела поводом истог спора, односно да тако нешто не може да захтева било када током трајања поступка и без постојања оправданог разлога.³⁷

4. Критике на рачун ефикасности

Иако *DSU* Споразум садржи одредбе о роковима које би требало да гарантују ефикасно и благовремено решавање спорова, у пракси се често значајно одступа од тих рокова, тако да данас многи критикују СТО механизам решавања спорова, оцењујући га као превише спор.³⁸ Тако *Steger* наводи да се пословна заједница, упркос одредбама *DSU* Споразума које предвиђају ефикасно поступање, често жали на предуго решавање спорова унутар СТО. Из њихове перспективе, овај систем се ипак може окарактерисати као недовољно ефикасан, посебно ако се има у виду да може да протекне 4 до

35 Appellate Body Report, *Mexico – Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, WT/DS132/AB/RW, adopted 21 November 2001, DSR 2001:XIII, 6675.

36 Параграф 50. Извештаја.

37 Marion Panizzon (2007), *op.cit.* стр. 17.

38 Christina L. Davis, *Why Adjudicate? Enforcing Trade Rules in the WTO*, Princeton University Press, 2012, стр. 254.

5 година од момента консултација до имплементације одлуке.³⁹ Посебно је упечатљив случај *EC — Large Civil Aircraft*⁴⁰, где је од периода захтева за консултације до извештаја Апелационог тела протекло пуних 7 година. Са друге стране, треба се имати у виду да је код спорова где су умешане велике компаније и индустрије које поседују значајан политички утицај, присутан ризик дугог трајања.⁴¹ То су објективне околности које продужавају спор и које се не могу приписати одговорности судећих тела.

Као што је наведено, *DSU* Споразум обилује одредбама које прописују рокове за завршетак појединих фаза у току решавања спорова. Као пример можемо навести одребу 12(9) *DSU* Споразума која предвиђа да период од формирања панела до достављања извештаја чланицама не треба да пређе 9 месеци. Међутим, на основу истраживања статистике решавања спорова у периоду од 01. јануара 1995. године до 23. септембра 2011. године, *Steger* наводи да је просечно трајање поступака пред панелом износило 14 месеци.⁴² Такође, чл. 17(5) предвиђа максимални рок од 90 дана за израду извештаја Апелационог тела, што се у пракси такође не остварује. Друга је ствар што су ови рокови по својој природи инструкциони, јер нису предвиђене никакве санкције уколико се они пробију. У том смислу се они не разликују од инструкционих рокова којима су везани национални судови. Међутим, не треба губити из вида да је СТО систем решавања спорова креиран са циљем да обезбеди сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система, а самим тим и ефикасно решавање спорова. Због те чињенице је свакако неприхватљиво оправдање предугог трајања решавања спорова због инструкционе природе постављених рокова.

Неки академици, попут *Steger*, предлажу реформу система решавања спорова у смислу формирања сталног трибунала, који би, према њеним речима, био ефикаснији од садашњих *ad hoc* панела. Према њеним речима, такво решење би макар довело до уштеде времена које је потребно за формирање панела, а које, према истраживању које је ауторка спровела, у просечном случају износи 74 дана.⁴³

Horn, Johannesson и *Mavroidis* су 2011. године објавили један радни документ где су посредством статистичких података представили резултате својих истраживања у вези функционисања СТО система решавања спо-

39 Debra Steger, *op.cit.* стр. 113.

40 European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS316.

41 Chiristina L. Davis, *op.cit.* 254.

42 Debra Steger, *op.cit.* стр. 113.

43 *Ibid.* стр. 114-115.

рова у периоду 1995-2010. године.⁴⁴ Истраживањем су обухваћена и просечна трајања одређених фаза поступка и њихова одступања од рокова предвиђених *DSU* Споразумом. Поједине резултате њиховог истраживања приказаћемо у следећој табели:

Фаза поступка	Просечно трајање у данима	Редовни рок предвиђен <i>DSU</i> Споразумом
Консултације	164,6 дана (5,5 месеци)	60 дана (2 месеца)
Процедура пред панелом	444,9 дана (14, 7 месеци)	180 дана (6 месеци)
Процедура пред АТ	90,3 дана (3 месеца)	60 дана (2 месеца)
Процедура пред панелом код имплементационих спорова (чл. 21.5 <i>DSU</i> Споразума)	253 дана (8.3 месеци)	90 дана (3 месеца)
Процедура пред АТ код имплементационих спорова	87,6 дана (2,9 месеца)	

Уколико се апстрахује просечна дужина консултација, будући да њихово трајање искључиво зависи од воље страна у спору, из табеле се види да *de facto* трајање поступака пред панелом значајно премашује рокове утврђене *DSU* Споразумом.

Поступак пред панелом је предвиђен да траје у редовним околностима највише 6 месеци, с тим што се може продужити у одређеним околностима

44 Henrik Horn, Louise Johannesson, Petros C. Mavroidis, The WTO Dispute Settlement System 1995-2010: Some Descriptive Statistics, *IFN Working Paper, No. 891*. 2011. Доступно на: <http://hdl.handle.net/10419/81532>.

на највише 9 месеци.⁴⁵ Са друге стране, *de facto* просечно трајање поступка износи 14,7 месеци, што представља прекорачење од 145 одсто у односу на редовни рок за завршетак поступка, односно 63,3 одсто у односу на максимални рок. Не треба губити из вида да за оволико прекорачење не треба искључиво кривити панеле, због чињенице да и саме стране у спору могу значајно доприносити продужењу поступка, што је и објашњено у претходном делу рада.

Исто се може закључити и за процедуру пред панелом код спорова поводом имплементације препорука из усвојеног извештаја. На основу чл. 21(5) *DSU* Споразума, наведена процедура може да траје до 90 дана, с тим да се може додатно продужити, уколико постоји потреба. Међутим, за разлику од редовне процедуре пред панелом, где чл. 12(9) предвиђа продужетак рока за још 3 месеца, чл. 21(5) не предвиђа максимално трајање процедуре у ситуацији кад постоји спор поводом извршења препорука. Због тога панели поседују одређену флексибилност када је у питању трајање таквих поступака. Међутим, без обзира на ту чињеницу, приметно је значајно пробијање рокова у пракси, јер је панелу просечно потребно 8.3 месеци да заврши извештај, што представља прекорачење рока за 176.6 одсто.

Што се тиче поступка пред Апелационим телом, предвиђен је редовни рок за завршетак поступка, који износи 2 месеца. Тај рок се такође може додатно продужити, али у сваком случају, поступак не може да траје дуже од 3 месеца. Из спроведеног истраживања види се да Апелационо тело успева да оконча поступке у просечном трајању које незнатно премашује максимално прописани рок.

Као што је већ поменуто, узроке релативно дугог трајања поступака не треба тражити само у судећим телима СТО. Постоје бројне околности који могу ометати панеле и Апелационо тело у настојању да спор реше без непотребног одуговлачења. Поред понашања самих страна у спору, поступак могу одуговлачити и одређена ванправна, политички осетљива питања која прожимају спор, јер панелисти могу сматрати себе некомпетентним, па чак и недораслим да их решавају. *Goh* и *Morgan* наводе присуство политичких елемената у спору као фактор који може значајно умањити способност панела и Апелационог тела да спор решавају у духу чл. 3(3) *DSU* Споразума. Панели могу да прибегавају избегавању, или одлагању изјашњавања о неким трговинским питањима која су политички осетљива, што за резултат може да има значајно одуговлачење решавања спора, или неуспех у његовом решавању.⁴⁶ Тако се дешавало да панели изоставе из

45 Видети чл. 12(8) и (9) *DSU* Споразума.

46 Gavin Goh, David Morgan, *op. cit.* стр. 501.

својих извештаја изјашњавање о одређеним осетљивим спорним питањима са политичким примесима, и да таква питања препусте странама да преговорима дођу до међусобно прихватљивог решења.

На овај начин је Панел поступио у спору *Japan – Apples*⁴⁷, избегавајући да се изјасни о фундаменталном питању спора. Остављајући суштинско питање отвореним, Панел је имао за циљ да охрабри стране да постигну узајамно задовољавајуће решење којим се не би нарушила слобода трговине, уз истовремено уважавање сензитивитета који владају на јапанском тржишту. На овај начин је Панел само значајно продужио поступак, јер до узајамног решења између страна у спору није дошло. САД су, користећи механизам из чл. 21(5) *DSU* Споразума, приморале Панел да се изјасни о суштини спора.

Недостатак храбрости и одлучности, додуше оправдан, који је присутан код панелиста, нарочито када су у питању осетљиви трговински спорови између „великих играча“, може, дакле, значајно продужити поступак решавања спорова. У том смислу *Goh* и *Morgan* указују на грешку коју панелисти чине, остављајући по страни одређена спорна питања и препуштајући странама у спору да дођу до међусобно прихватљивих решења. Како наводе, такво поступање неизбежно доводи до понављања поступка у складу са чл. 21(5) *DSU* Споразума. У многим ситуацијама стране се опредељују да спорно питање изнесу пред механизам решавања спорова уз очекивање обавезујуће одлуке, управо из разлога што су претходно исцрпили све могућности преговарања ради постизања узајамно прихватљивог решења.⁴⁸

Без обзира на релативно дуго трајање процедуре, СТО систем решавања спорова се, у датим околностима, ипак не може окарактерисати као неефикасан и спор, јер иако је можда недовољно ефикасан, ипак представља најбржи начин за окончање спорова, и још увек је ефикаснији од свих могућих алтернативних начина решавања спорова.⁴⁹

Резиме

Брзина којом се трговински спорови решавају је један од главних елемената делотворности СТО система решавања спорова. Брзо и ефикасно решавање спорова је једна од основних тековина настанка СТО и новоуспостављеног механизма за решавање спорова заснованог на *DSU* Споразуму.

47 Panel Report, *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples*, WT/DS245/R, adopted 10 December 2003, as upheld by Appellate Body Report WT/DS245/AB/R, DSR 2003:IX, 4481.

48 Gavin Goh, David Morgan, *op. cit.* стр. 502.

49 Christina L. Davis, *op.cit.* стр. 256.

Генерално, систем решавања спорова је, као такав, окарактерисан као један од најпозитивнијих аспеката трансформације *GATT*-а 1947 у СТО.

Начело ефикасности у СТО систему решавања спорова је неизоставни елемент процедуралне правде, а старање о њеној примени је један од основних задатака судећих органа СТО – панела и Апелационог тела. Са друге стране, неопходно је и балансирати између захтева да се спорови решавају брзо и потребе да извештаји буду што боље чињенично и правно утемељени.

Путем своје дугогодишње праксе, Апелационо тело је у већем броју извештаја наглашавало значај брзог решавања спорова и његово остваривање повезивало, како са делатношћу панела и својом сопственом делатношћу, тако и са делатношћу самих страна у спору.

Иако је данашњи систем решавања спорова у оквиру СТО далеко ефикаснији од система који му је претходио у оквиру *GATT*-а 1947, приметне су утемељене критике и на његов рачун у погледу ефикасности. Међутим, постоје и бројне околности које могу значајно продужити трајање поступка, а које се не могу приписати одговорности судећих тела СТО.

Uros Zdravkovic,
Teaching assistant
Faculty of Law, University of Nis

THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY IN THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM

Summary

The speed of settlement of trade disputes is one of the main elements of the WTO dispute settlement system's effectiveness. Prompt and efficient settlement of disputes is one of the basic heritages of the establishment of the WTO and new-established mechanism of dispute settlement, based on DSU Agreement. Generally, dispute settlement system, as such, has been characterized as one of the most-positive aspects of the transformation of the GATT 1947 to the the WTO.

The principle of efficiency in the WTO dispute settlement system is necessary element of procedural justice, and keeping its implementation is one of the basic tasks of the WTO judiciary bodies – panels and the Appellate Body. From the other side, it is also necessary to obtain balance between the need for prompt settlement of disputes, and the need to make reports that are, as much as possible, based on facts and law.

Through its practice during many years, the Appellate Body has, in number of reports, emphasized the importance of prompt settlement of disputes, and connected its implementation, both with panels activity and its own activity, and with activity of disputed parties.

Although current system of disputes settlement under the WTO is far efficient from the system that preceded it, under the GATT 1947, there are noticeably and based critics in regard of its efficiency as well. Nevertheless, there are numbers of circumstances which can significantly extend duration of procedure, and which cannot be assigned to the responsibility of the WTO judiciary bodies.

Keewords: World trade organization, dispute settlement, efficiency, DSU Agreement.

CIP - Каталогизација у публикацији - Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14(082)

342.7(082)

ЗАШТИТА људских и мањинских права у европском правном простору : тематски зборник радова Правног факултета у Нишу. Књ. 4 / [главни и одговорни уредник Предраг Димитријевић]. - Ниш : Правни факултет, 2014 (Ниш : Медивест). - [6], 216 стр. ; 24 cm

Текст ћир. и лат. - Тираж 100. - Стр. [3]: Предговор / Предраг Димитријевић. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-198-4

а) Људска права - Међународна заштита - Зборници
COBISS.SR-ID 212361484