

Универзитет у Нишу
Правни факултет

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

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

Књига седма

Ниш, 2017.

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”

Књига седма

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 Саша Кнежевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Предраг Димитријевић, *руководилац Пројекта*

Преводи

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Ненад Милошевић

Штампа

„Медивест“ Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-225-7

Садржај

Проф. др Зоран Радивојевић, ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА ЕВРОПСКОГ САВЕТА.....	1
Проф. др Мирко Живковић, ПОГЛЕД НА ПОРОДИЧНИ ЗАКОН (2005) ИЗ УГЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА	19
Проф. др Драган Јовашевић, УСЛОВНА ОСУДА У ИТАЛИЈАНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	41
Проф. др Предраг Цветковић, PUBLIC- PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS: UNDERSTANDING THE NEED FOR THE RELATIONAL PARADIGM.....	59
Проф. др Видоје Спасић, ФОТОГРАФСКА ДЕЛА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ	73
Проф. др Небојша Раичевић, ПОНИШТАВАЊЕ И УКИДАЊЕ ИЗБЕГЛИЧКОГ СТАТУСА.....	97
Доц. др Тања Китановић, ЗНАЧАЈ СПОРАЗУМА СУПРУЖНИКА О РАЗВОДУ И О ПРАВНИМ ПОСЛЕДИЦАМА РАЗВОДА У ПРАВУ ВЕЛИКЕ БРИТАНИЈЕ.....	115
Др Сања Марјановић, МЕЂУНАРОДНА ОТМИЦА ДЕЦЕ - НОВИНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ.....	131

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

ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА ЕВРОПСКОГ САВЕТА

Апстракт: Институционализација Европског савета сматра је једном од најважнијих тековина Лисабонског уговора и значајним кораком напред у јачању његовог положаја. Успостављен као неформални и повремени облик окупљања највиших званичника држава, Европски савет је током наредних деценија постао утицајан орган изван институционалног оквира Европских заједница, да би коначно државе чланице одлучиле да му оснивачким уговорима признају статус главног органа или институције Европске уније. Лисабонским уговором прописан је састав Европског савета, а увођењем функције председника обезбеђена је сталност и стабилност његовог рада. Поред тога, предвиђене су процедуре одлучивања и тип одлука које доноси и, што је вероватно најзначајније, утврђена су његова овлашћења и функције. Тиме су се истовремено стекли услови да се Европски савет подвргне општем принципу владавине права, а његов рад правосудној контроли Суда правде. Захваљујући својеврсној институционализацији Европски савет се може сматрати “нето добитником” последње реформе ЕУ. Не само да је формално сврстан у ред главних органа, већ је оснажио своју позицију политичког демијурга и креатора интеграција на стратешком, али и тактичком плану. То његово јачање остварено је делом на рачун других институција ЕУ, у првом реду Комисије и Савета. Међутим, институционализација Европског савета имала је и своју другу страну која се огледала у његовом уласку у развијен и свеобухватан систем правосудне контроле поштовања обавеза које проистичу из права ЕУ. Имајући све то у виду, могло би се рећи да је институционализација ЕС извршена Лисабонским уговором у основи конститутивног карактера.

Кључне речи: Европска Унија, Европски савет, Лисабонски уговор, институционализација, владавина права, правосудна контрола.

1. Увод

Институционализација Европског савета ((даље: ЕС) сматра је једном од најважнијих тековина Лисабонског уговора и значајним кораком напред у јачању његовог положаја. После првих година проведених у лагодној сенци као неформални и повремени облик окупљања највиших званичника држава, ЕС је током наредних деценија постао утицајан орган изван институционалног оквира Европских заједница (даље: ЕЗ), да би коначно државе чланице одлучиле да му признају статус главног органа или институције Европске уније (даље: ЕУ).

Лисабонским уговором¹ прописан је састав ЕС, а увођењем функције председника обезбеђена је сталност и стабилност његовог рада. Поред тога, предвиђене су процедуре одлучивања и тип одлука које доноси и, што је вероватно најзначајније, утврђена су његова овлашћења и функције. Тиме су се истовремено стекли услови да се ЕС подвргне општем принципу владавине права и правосудној контроли Суда правде.

Упркос наведеним променама у једном делу доктрине тврди се да, иако веома значајна, институционализација и изричито сврставање ЕС у ред главних органа, имају само декларативни карактер. По овом гледишту релевантим одредбама Лисабонског уговора заправо је извршена својеврсна кодификација раније постојеће праксе². Како би се испитала и, евентуално оповргла, ова теза неопходно је најпре размотрити настанак и развој ЕС, а затим анализирати решења која је Лисабонски уговор донео у погледу састава, начина рада, овлашћења, функција и правосудне контроле којој је он подвргнут.

2. Настанак и институционални развој

Уговори о оснивању ЕЗ нису познавали окупљање шефова држава и влада као посебан облик организовања. Све до 1986. и усвајања Јединственог европског акта (даље: ЈЕА), којим су измењени оснивачки уговори, ЕС је функционисао у својеврсном институционалном вакууму изван оснивачких уговора.

1 Лисабонски уговор објављен је у *Official Journal of the EU*, 17.12.2007, С 306, а његов консолидовани текст у *Ibid*, 9.5.2008, С 115/22. Састоји се из Уговора о ЕУ и Уговора о функционисању ЕУ, као и већег броја протокола и деларација.

2 За преглед ових схватања видети: В.Кнежевић-Предић, Европски савет: изазови институционализације, *Србија у европском и глобалном контексту*, Београд, 2012, стр.150.

Зачетак ЕС представљали су повремени састанци највиших државних званичника организовани крајем 60-тих и у првој половини 70-тих година прошлог века. Као редован облик окупљања ЕС је установљен на самиту у Паризу 1974. године када је одлучено да се *ad hoc* састанци на врху замене редовним састанцима у оквиру органа први пут названог ЕС³. За даљи развој од значаја су била још два документа усвојена у облику одлука овог органа. У Лондонској декларацији из 1977. године као основни задаци ЕС наведени су: неформална размена мишљења, давање смерница за будуће акције и усвајање политичких ставова, као и решавање проблема који нису могли да буду разрешени на нижем нивоу. Декларација о ЕУ, усвојена у Штутгарту 1983. године, предвидела је могућност да овај орган у области ЕЗ делује као Савет у смислу оснивачких уговора⁴.

Уговорну основу за свој рад ЕС добио је ступањем на снагу поменутог ЈАЕ 1987. године. "Позакоњење" ЕС које од тада почиње одвијало се веома скромно, готово стидљиво. Овим актом, наиме, регулисан само састав и број годишњих заседања ЕС⁵. Уговор из Мастрихта је, такође, посветио несразмерно мало простора ЕС. У њему налазимо тек неколико одредаба о саставу, председавању и минималном броју годишњих заседања. Уговори из Амстердама и Нице нису ништа битније изменили у том погледу⁶, тако да ће ЕС остати изван институционалне структуре ЕЗ без овлашћења да доноси обавезујуће акте и уз обавезу да делује преко Савета.

Упркос томе, ЕС се у овом периоду показао и доказао као средиште политичког одлучивања у ЕУ. Та његова позиција у највећој мери почивала је на наизглед бенижном овлашћењу да ЕУ "даје неопходан подстрек за развој и дефинише његове опште смернице". У пракси то је значило да управо ЕС одлучује о ширењу интегративних токова у материјалном, географском и временском смислу. Наиме, кључне одлуке о увођењу нових области односа у надлежност ЕЗ, а касније и ЕУ, донете у управо на самитима држава чланица на врху⁷.

ЕС је одлучивао и о сазивању министарских конференција које су такве одлуке претакале у текст измена и допуна оснивачких уговора. На састанцима ЕС су се потписивали уговори о изменама и допунама и

3 Више о томе: З.Радивојевић, В.Кнажевић-Предић, *Институционални механизам Европске уније после Лисабонског уговора*, Ниш, 2016, стр.62-63.

4 *Bulletin of the EU*, 1977, no 6 and 1983, no 6.

5 Чл.2 ЈЕА.

6 Чл.4 (ранији чл.Д) Уговора о ЕУ, измењен Уговором из Нице.

7 В.Кнежевић-Предић, *Институционални систем Европске уније пре и после Лисабона, Уговор из Лисабона: сигурна лука или почетак новог путовања?*, Београд, 2010, стр.42.

проналазила нова решења за несугласице које до тада није било могуће разрешити. Исто тако, управо су шефови држава и влада били ти који су одлучивали о пријему нових држава чланица чиме су повлачиле нове границе између “уједињене Европе” и суседа. Надаље, ЕС је вршио политичко усмеравање и, када је то било потребно, координирао рад других главних органа. Коначно, иако се о томе у оснивачким уговорима ћутало, ЕС је функционисао као орган у коме су се разрешавали политички спорови држава чланица и ЕУ. Тачније речено, он је деловао као врховни политички арбитар у односима између држава чланица, држава чланица и органа Уније и институција Уније међусобно⁸.

Због свега овога може се слободно рећи да ниједна значајна одлука није донета пре него што је била размотрена у ЕС и пре него што су се шефови држава и влада о њој сагласили. ЕС је тако постао политички демијург, нека врста владе у сенци која одлучује о приоритетима⁹, ослобођен потребе да пролази кроз компликоване процедуре доношења обавезујућих одлука и, наравно, изузет од правосудне контроле коју врши Суд правде.

Тек ће аутори Уговора о уставу за Европу решити да на потпуно другачији начин приступе регулисању положаја ЕС. У намери да ЕС као главни орган интегришу у јединствени институционални механизам ЕУ, они су прописали низ врло детаљних правила о структури, начину рада и овлашћењима овог органа, али и о његовим обавезама и одговорностима. Поступајући по инструкцијама самог ЕС, после неприхватања Уговора о уставу и значајног периода за размишљање о будућности ЕУ, творци Лисабонског уговора преузели су из његовог текста готово сва решења везана за ЕС.

3. Састав и начин рада

Одусвајања Лисабонског уговора ЕС чине шефови држава или влада, заједно са председником ЕС и председником Комисије. У његовом раду учествује и Високи представник ЕУ за спољне послове и политику безбедности¹⁰. Уколико то захтева дневни ред, чланови ЕС могу одлучити да им у раду помажу и министри, а у случају председника Комисије и један члан овог органа.

8 З.Радивојевић, Садашњи и будући положај Европског савета, *Европско законодавство*, 2006, бр.15-16, стр.102.

9 A.Dashwood, *The Institutional Framework and Institutional Balance, 50 years of the European Treaties*, Bruxelles, 1999, p.25.

10 Чл.15, став 2 Уговора о ЕУ.

Кад је о саставу реч, највећу новину¹¹ представља увођење функције председника ЕС. Бирају га чланови овог органа квалификованом већином на период од две и по године уз могућност једног реизбора. Председника по истом поступку ЕС може разрешити. Током трајања мандата не може обављати националне јавне функције¹². Његов рад, као и начин рада целог ЕС, осим оснивачког уговора, уређује Пословник који је усвојен 2009. године¹³.

Задатак председника је да руководи радом ЕС, да обезбеди примену правила о раду ЕС и омогући несметани рад седница¹⁴. Председник представља ЕС пред Европским парламентом. Његова је дужност да подноси извештај о раду ЕС после сваке седнице¹⁵. Члан ЕС који представља државу председавајућег Савета представља Парламенту приоритете председавања и резултате постигнуте током шестомесечног председавања¹⁶. ЕС се састаје два пута у шест месеци, како стоји у Уговору о ЕУ, а седнице сазива председник ЕС¹⁷. Наравно, он има право да сазове ванрени састанак уколико то ситуација захтева¹⁸.

За припреме и одржавање континуитета рада ЕС задужен је председник у сарадњи са председником Комисије, а на основу рада Савета за опште послове¹⁹. Овај Савет је, осим за припрему, задужен да обезбеди праћење резултата седница заједно са председником Комисијом²⁰. Најкасније две недеље пре седнице председник у сарадњи са чланом ЕС шефом државе или владе која председава Саветом и председником Комисије подноси дневни ред Савету за опште послове. Исти рок остављен је осталим формацијама Савета за достављање докумената која желе да укључе у рад ЕС.

11 За остале новине у погледу овог органа видети: З.Радивојевић, *Нова институционална реформа Европске уније, Анали Правног факултета у Београду*, 2009, бр.1, стр.196-200.

12 Ставови 5 и 6 чл.15 Уговора о ЕУ.

13 Rules of Procedure, European Council Decision 2009/937/EU of 1 December 2009, *Official Journal of the EU*, L 325, 11.12.2009.

14 Чл.15, став 6, тачке а) и б) Уговора о ЕУ и чл.4, став 4 Пословника.

15 Чл.15, став 6, тачка г) Уговора о ЕУ.

16 Чл.5 Пословника

17 Чл.15, став 3 Уговора о ЕУ и чл.1, став 1 Пословника. Најкасније годину дана пре отпочињања шестомесечног периода председник ЕС у сарадњи са државом чланицом која председава Саветом у том периоду, објављује датум када ће ЕС одржати седнице.

18 Чл.15, став 3 Уговора о ЕУ и чл.1, став 1 Пословника.

19 Чл.15, став 6, тачка б) Уговора о ЕУ и чл.2, став 1 Пословника.

20 Чл.16, став 6 Уговора о ЕУ и чл.2, став 2 Пословника.

Председник Савета у сарадњи са председником Комисије и чланом ЕС шефом државе или владе која председава Саветом припрема нацрт смерница за закључке ЕС и, ако је то потребно, нацрт закључака и нацрт одлука о којима Савет за опште послове расправља. Овај Савет заседа пет дана пре састанка ЕС и у светлу последњих расправа председник ЕС формулише прелиминарни дневни ред, на основу кога се на састанку усваја дневни ред. Осим ако то императивни или разлози који се нису могли предвидети не захтевају, ни једна друга формација Савета или радно тело не сме после завршне седнице Савета за опште послове, а пре састанка, расправљати о питањима која су на дневном реду ЕС²¹.

Редовне седнице ЕС трају највише два дана, осим ако ЕС или Савет за опште послове на иницијативу председника не одлучи другачије. Члан ЕС државе чланице која председава Саветом, уз консултације са председником, извештава ЕС о раду Савета. Председник Парламента може бити позван да иступи на седници ЕС²², по правилу на њеном почетку, осим ако ЕС не одлучи другачије²³. Једногласна одлука ЕС на иницијативу председника, уз претходни споразум, неопходна је и за сусрете се представницама држава нечланица, међународних организација или истакнутим личностима, али су ти сусрети на “маргинама” ЕС ограничени искључиво на изузетне прилике. Овако строга правила о присуству лица изван састава ЕС имају за циљ да заштите једно од најстаријих правила о његовом раду, а то је да седнице нису јавне²⁴.

Чланови ЕС имају обавезу чувања професионалне тајне²⁵. Ипак, ЕС може одлучити, по поступку који је предвиђен за усвајање дате одлуке, да објави резултате гласања, као и оне делове записника који се односе на ту одлуку. У том случају, а на захтев било ког члана ЕС, објављује се и образложење резултата гласања, уз дужно поштовање Пословника о раду, правне сигурности и интереса ЕУ. Када је реч о слободи приступа документима за ЕС важе иста правила која се примењују на документе Савета²⁶.

Седнице ЕС се одржавају у Бриселу, а председник може у изузетним ситуацијама и у договору са Саветом за опште послове или Комитетом сталних представника (*COREPER*) који о томе одлучује једногласно,

21 Чл.3 Пословника.

22 Чл.235, став 2 Уговора о функционисању ЕУ.

23 Чл.4, став 1 Пословника.

24 Чл.4, ставови 2 и 3.

25 Чл.11.

26 Чл.10.

састанак заказати и у неком другом месту²⁷. Делегација државе чланице која присуствује састанку не сме бројати више од 20 чланова, док је величина делегације Високог представника ограничена на пет лица. Њихова имена и функције морају бити унапред саопштени генералном секретару²⁸. Ово ограничење не укључује техничка лица која се старају о безбедности и логистичкој подршци.

Једна од изузетно значајних функција председника је да олакша кохезију и консенсус у ЕС²⁹, будући да Лисабонски уговор прописује консенсус као главни начин одлучивања коме се прибегава у свим случајевима када оснивачки уговори не прописују другачије³⁰. Тако је за неке одлуке ЕС предвиђено да се морају донети једногласно³¹, квалификованом већином како је она прописана за Савет³² и простом већином³³.

Изјашњавање се врши на предлог председника. Предлог да се приступи изјашњавању може дати и било који члан ЕС, али је потребно да га подржи већина чланова ЕС. Кворум потребан за одлучивање гласањем је две трећине чланова, а председник ЕС и председник Комисије не улазе у овај кворум. Члан ЕС може гласати у име још једног члана, док председник ЕС и председник Комисије немају право гласа³⁴. О хитним питањима ЕС може одлучивати и писменим путем на предлог председника, а уз пристанак свих његових чланова³⁵.

Записнике са седница припрема генерални секретаријат Савета у року од 15 дана и подноси ЕС на одобрење. Потписује их генерални секретар Савета. У записнику морају бити наведена документа поднета ЕС, одобрени закључци, донете одлуке и изјаве ЕС и лица чије су присуство захтевали чланови ЕС³⁶.

Када је у питању употреба језика, правило је да ЕС расправља и одлучује искључиво на основу документа који су сачињени на званичним језицима

27 Чл.1, став 2.

28 Чл.4, став 4, тачка 3. Делегације могу имати и већи број лица, али њима неће бити допуштен улазак у зграду у којој се одржава састанак.

29 Чл.15, став 6, тачка в) Уговора о ЕУ.

30 Чл.15, став 4.

31 Видети, на пример, чл.14, став 2 и чл.17, став 5

32 Чл.235, став 1 Уговора о функционисању ЕУ.

33 Чл.235, став 3.

34 Чл.235, став 1.

35 Чл.7 Пословника.

36 Чл.8.

ЕУ. Само у хитним случајевима и на основу једногласне одлуке може се одступити од овог правила. Сваки члан ЕС има право да се супротстави доношењу одлуке чији текст није израђен у складу са правилом о употреби језика у ЕУ³⁷.

Одлуке ЕС потписују председник ЕС и генерални секретар Савета. Одлуке које су упућене одређеном адресату достављају се њему, док се одлуке које не прецизирају адресата објављују у службеном гласнику ЕУ. Када је о форми одлука реч, примењују се иста правила која важе за одлуке Савета.

Председник ЕС представља ЕУ и у области заједничке спољне политике и политике безбедности. Том приликом он не сме да дира у овлашћења Високог представника Уније за спољне послове и безбедносну политику³⁸.

4. Овлашћења и функције

Лисабонски уговор овлашћења ЕС прописује на два различита начина. Најпре, задржава традицију општег приступа овој материји, али садржи и читав низ веома конкретних формулација. Као и до тада, ЕС поверена је улога иницијатора развоја интегративних токова и његовог општег политичког усмеравања, али му се истовремено даје право одлучивања о приоритетима, не ограничавајући га на приоритете општег типа.

Ипак, ово овлашћење ЕС трпи једно значајно ограничење које се односи на природу аката. Према слову Лисабонског уговора ЕС нема право да доноси акте законодавног карактера³⁹. Законодавна функција и даље је изван његовог домена и остаје у рукама Савета и Парламента. Ово негативно одређење овлашћења ЕС у процесу одлучивања је свакако битно, али је можда важније позитивно дефинисање аката које је он овлашћен да доноси у областима у којима има право одлучивања. Другим речима, иако се изричито искључује законодавна функција, Лисабонским уговором се ЕС овлашћује да доноси одлуке које нису законодавног карактера, али су обавезујуће у целини и непосредно за онога коме су упућене⁴⁰.

Када се пређе на анализу појединачних овлашћења ЕС уочава се да оно што му јесте поверено често надилази законодавну и сеже до квази-уставне функције. Тако се ЕС појављује као последња одбрана темељних вредности на којима ЕУ почива. Овај главни орган овлашћен је да утврђује постојање

37 Чл.9.

38 Став 6 чл.15 Уговора о ЕУ.

39 Став 1 чл.15.

40 В.Кнежевић-Пређић, Институционални систем Европске уније пре и после Лисабона, *Уговор из Лисабона: сигурна лука или почетак новог путовања?*, Београд, 2010, стр.49.

озбиљног и трајног кршења заједничких вредности на којима је заснована Унија од стране државе чланице⁴¹, а то су поштовање људског достојанства, слободе, демократије, једнакости, владавине права и поштовања људских права, укључујући права која припадају мањинама. ЕС ову одлуку доноси једногласно, на предлог једне трећине држава чланица или Комисије, уз одобрење Парламента, а пошто је позвао државу чланицу о којој је реч да изнесе свој став о том питању⁴².

Позитивна одлука ЕС о томе представља претпоставку за суспензију одређених права државе чланице. У овом случају санкцију у виду обустављања неких права која проистичу из уговора држави, укључујући право гласа, изриче Савет квалификованом већином. Приликом доношења такве одлуке води се рачуна о могућим последицама изречене суспензије на права и обавезе физичких лица. Савет је овлашћен да на исти начин одлучи о измени изречене мере или њеном укидању уколико се промене околности које су довеле до њеног усвајања⁴³.

ЕС је поверено доношење одлука о неким посебно осетљивим институционалним питањима. Тако овај орган има значајна овлашћења у поступку избора чланова других органа. Поред именованог свог председника, он предлаже кандидата за председника Комисије и именује њене чланове по изгласаном поверењу у Европском парламенту⁴⁴. Уз сагласност председника Комисије именује и разрешава Високог представника за спољне послове и безбедносну политику⁴⁵ и бира све чланове Извршног одбора Европске централне банке, укључујући председника и потпредседника⁴⁶.

Као нова надлежност ЕС поверено је право да одлучује о формацијама у којима ће се састајати министри држава чланица окупљени у Савету. Наиме, у Лисабонском уговору су као основни начини деловања овог органа предвиђени Савет за опште послове и Савет за спољне послове, али је остављена могућност да ЕС одлучи о оснивању других формација

41 Постојање јасне опасности од озбиљног кршења вредности Уније претходно утврђује Савет на образложени предлог трећине држава чланица, Европског парламента или Комисије, одлучујући већином од четири петине својих чланова, а по прибављеном одобрењу Парламента и пошто саслуша државу чланицу о којој је реч. Видети: став 1, чл.7 Уговора о ЕУ.

42 Став 2 чл.7 Уговора о ЕУ.

43 Ставови 3 и 4 чл.7.

44 Став 7, чл.17,

45 Ову одлуку ЕС доноси квалификованом већином и уз сагласност председника Комисије. По истом поступку ЕС може окончати његов мандат. Видети: чл.18, став 1.

46 Чл.18, став 1 Уговора о ЕУ и став 2 чл.284 Уговора о функционисању ЕУ.

Савета⁴⁷. Коначно, ЕС је поверено да одлучује о распореду места у Европском парламенту у оквирима које је прописао оснивачки уговор⁴⁸, о редоследу председавања Саветом, са изузетком Савета за спољне послове⁴⁹, о распореду ротације држављана држава чланица која улазе у састав Комисије и евентуалној измени одредбе о броју чланова Комисије⁵⁰.

Лисабонски орган доделио је ЕС веома значајну улогу у поступцима измене и допуне оснивачких уговора. Овај орган, пошто прибави мишљење Европског парламента и Комисије, одлучује и то простом већином да ли предлог за измену и допуну оснивачких уговора који је, посредством Савета, упутила држава чланица, Парламент или Комисија, треба размотрити у тзв. редовном поступку измене⁵¹. Ако такву одлуку донесе, председник ЕС сазива Конвенцију⁵² чији је задатак да размотри предлоге измена и консенсусом усвоји препоруке за конференцију представника држава чланица⁵³. Међутим, ЕС може простом већином, а пошто прибави

47 Чл.238 Уговора о функционисању ЕУ у вези са ставом 6 чл.16 Уговора о ЕУ.

48 Ову одлуку ЕС доноси једногласно, на предлог и уз сагласност Европског парламента. Слобода одлучивања ЕС ограничена је начелима које утврђује сам Уговор о ЕУ, а она су: број чланова Парламента не сме прећи 750, плус председник Парламента; приликом расподеле места поштује се принцип дегресивне пропорционалности; најмањи број посланика по држави је 6, а ниједна држава не може имати више од 96 посланика. Видети: чл.14, став 2 Уговора о ЕУ.

49 Ову одлуку ЕС доноси квалификованом већином. Видети: чл.236 Уговора о функционисању ЕУ.

50 Према ставу 5 чл.17 Уговора о ЕУ број чланова Комисије после 1. новембра 2014. године требало је да износи две трећине од броја чланица, осим ако ЕС једногласно не одлучи другачије. Чланови Комисије бирали би се на основу система једнаке ротације који треба да на задовољавајући начин изрази географске и демографске карактеристике држава чланица. Међутим, на основу одлуке ЕС из маја 2013. године број чланова Комисије остао је и после 1. новембра 2014. године једнак укупном броју држава чланица ЕУ. Ова одлука биће евентуално измењена у две ситуације: уколико буде примљена 30 држава чланица или до истека мандата садашњем саставу 2019. године. Видети: European Council Decision of 22 May 2013 concerning the number of members of the European Commission, 2013/272/EU, *Official Journal of the EU*, L 163/98.

51 Чл.48, ставови 2 и 3 Уговора о ЕУ. Европска централна банка биће консултована ако се предложене измене односе на монетарну област.

52 Конвенцију чине представници парламента држава чланица, шефови држава или влада чланица, представници Европског парламента и Комисије. Предлози се могу односити како на повећање, тако и на смањење овлашћења ЕУ.

53 Конференцију владиних представника сазива председник Савета и њен је задатак да се постигне општа сагласност о амандманима на оснивачке уговора. Да би амандмани које усвоји међувладина конференција ступили на снагу потребно је да их, у складу са својим уставним прописима, ратификују све државе чланице. Видети: став 4 чл.48 Уговора о ЕУ.

одобрење Европског парламента, одлучити да не сазива Конвенцију ако то не захтевају размере предложених измена. У том случају овај орган ће усвојити мандат конференције представника држава чланица за измене које је потребно извршити у уговору⁵⁴. Ако две године по потписивању уговора којима се мењају Уговор о ЕУ или Уговор о функционисању ЕУ четири петине држава чланица ратификује измене, а једна или више чланица наиђе на препреке у том процесу, предвиђено је да се о томе информише ЕС⁵⁵.

Поједностављену процедуру за измене иницирају исти субјекти: било која влада државе чланице, Европски парламент или Комисија. Предлог измена опет се упућује ЕС, али се тај предлог може односити само на одредбе Трећег дела Уговора о функционисању ЕУ, тј. на унутрашње политике и деловање Уније. Једногласном одлуком, а пошто прибави мишљење Европског парламента и Комисије, као и Европске централне банке, уколико је реч о институционалним променама у монетарној области, ЕС може усвојити све или неке од предложених измена. Оваквом одлуком се не смеју повећавати овлашћења ЕУ. Измене ступају на снагу када их одобре све државе чланице у складу са својим уставним прописима⁵⁶.

Лисабонски уговор предвиђа неке посебне ситуације у којима се може применити поједностављена процедура. Тако у случајевима када Уговор о функционисању ЕУ или Наслов V Уговора о ЕУ прописује једногласност у Савету, ЕС може својом одлуком овластити Савет да пређе на квалификовану већину. Изузетак у том погледу представљају одлуке са војним импликацијама и одлуке из области одбране.

С друге стране, у случајевима за које Уговор о функционисању ЕУ прописује да Савет усваја законодавни акт у посебном законодавном поступку, ЕС може својом одлуком предвидети прелазак на редовни законодавни поступак. ЕС обавештава националне парламенте чланица о постојању иницијативе да се донесе нека од ових одлука. Уколико било који национални парламент изрази несагласност у року од шест месеци од обавештења, одлука неће бити донета. Само уколико ниједан од националних парламената не изрази своје противљење, ЕС може једногласно, пошто прибави одобрење Европског парламента за који је потребна већина његових чланова, усвојити одлуку⁵⁷. На овај начин ЕС је

54 Став 3 чл.48.

55 Став 5 чл.48.

56 Став 6 чл.48.

57 Став 7 чл.48.

овлашћен да иницира промене оснивачких уговора којима се шири домен надржавног модела.

Када је о приступању нових чланица реч, улога ЕС формално се исцрпљује усвајањем критеријума о подобности кандидата, док су главни актери у овом процесу Савет и Европски парламент⁵⁸. Са иступањем из чланства ствари стоје сасвим другачије. Не само да се овај институт по први пут појављује у оснивачким уговорима, већ је доста детаљно регулисана сама процедура иступања. Право је сваке чланице да, у складу са поступком који прописује њен унутрашњи правни поредак, одлучи да иступи из ЕУ. О тој својој намери она обавештава ЕС који утврђује смернице за преговоре о иступању. Споразум који проистекне из ових преговора у име ЕУ закључује Савет, квалификованом већином, пошто прибави одобрење Европског парламента. Представник државе која жели да иступи из ЕУ не учествује у гласању у ЕС и Савету. Оснивачки уговори престаће да се примењују на државу о којој је реч даном ступања на снагу споразума о иступању или, ако до његовог ступања на снагу не дође, две године после саопштавања намере о иступању, ако ЕС једногласно, а у сагласности са државом о којој је реч, не одлучи да тај рок продужи⁵⁹.

Листу функција ЕС употпуњују овлашћења која га чине неком врстом другостепеног органа који решава спорове за које се није могло наћи решење у оквиру других органа. Овде се не ради само о овлашћењима које ЕС на основу Уговора о ЕУ већ традиционално ужива у области заједничке спољне и безбедоносне политике коју одликује међудржавни облик сарадње⁶⁰. Ствар је у томе да и Уговор о функционисању ЕУ изричито предвиђа коришћење "кочница за случај опасности" (*emergency breaks*) кроз својеврсно повлачење квалификоване већине, односно надржавног модела пред међудржавним моделом.

Такву кочницу Уговор изричито предвиђа, рецимо, у области слободе кретања радне снаге. Ако члан Савета изјави да је предлогом садржаним у законодавном акту повређен неки од основних елемената социјалног осигурања, нарочито у погледу обима примене, трошкова, финансијске структуре или обезбеђења финансијске равнотеже, он може да захтева

58 Чл.49.

59 Чл.50.

60 У случајевима када Савет одлуку доноси квалификованом већином, држава се може позвати на виталне разлоге националне политике како би спречила гласање у Савету. Тада Високи представник, заједно са том државом, трага за решењем које је за њу прихватљиво. Уколико до тог решења не дођу Савет, одлучујући квалификованом већином, може затражити од ЕС да једногласно донесе релевантну одлуку. Видети: став 2, чл.31.

да се предлог проследи ЕС, што има за последицу привремену обуставу редовног законодавног поступка. У року од четири месеца ЕС може да врати предлог Савету чиме се завршава суспензија редовног законодавног поступка; затражи од Комисије да изнесе нови предлог или ништа не предузме када се сматра да предложени акт није усвојен⁶¹. Сличан механизам предвиђен је у области правосудне сарадње у кривичним стварима⁶², и полицијске сарадње⁶³. Према томе, као што је овлашћен да у поједностављеним поступцима за ревизију уговора прошири домен примене надржавног модела, ЕС има право да у овим случајевима допусти одступање од њега у правцу међудржавног модела.

Међутим, и када функција решавања спорова није изричито предвиђена оснивачким уговорима, политички ауторитет који има ЕС омогућава му да арбитра у решавању осетљивих питања Уније. У тој улози он се појављује као политички арбитар последње инстанце у споровима не само између држава чланица, већ и између чланица и органа Уније. Наравно, реч је о споровима који не спадају у надлежност Суда правде или код којих правосудно решавање не би дало пожељан исход⁶⁴.

5. Правосудна контрола рада

Још од усвајања Уговора из Мастрихта Европски парламент почео је да своју, иначе веома озбиљно схваћену функцију политичке контроле над радом органа ЕУ усмерава према ЕС. Тај надзор врши разматрањем извештаја које овај орган подноси Парламенту. Поред поменутог извештаја који председник подноси после сваке одржане седнице, ЕС дужан је да достави и годишњи писмени извештај о развоју Уније. Право да прима и разматра извештаје о напредку који је Унија остварила од ЕС припада само и искључиво Европском парламенту⁶⁵.

Лисабонски уговор следи ту линију политичког надзора⁶⁶, али иде и корак напред установљавајући правосудну контролу рада ЕС. Као што је Суд правде сада већ далеких 80-тих година прошлог века истакао ЕЗ представља "заједницу засновану на владавини права утолико што ни државе чланице нити институције не могу избећи оцену да ли су мере

61 Чл.48 Уговора о функционисању ЕУ.

62 Чл. 82, 83 и 86.

63 Чл.87.

64 З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.67.

65 *Ibid.*, стр.116.

66 Чл.15, став 6 Уговора о ЕУ.

које су усвојили у складу са основном уставном повељом⁶⁷, тј оснивачким уговором. ЕС који је био лишен права да доноси обавезујућа акта дуго времена је измицао таквој судској оцени. Његове одлуке, усвајане у форми закључака и смерница, постајале су обавезне, и самим тим, подложне судској оцени ваљаности тек када их је по прописаном поступку усвајао Савет као сопствене одлуке⁶⁸.

Стицање овлашћења да доноси правно обавезујуће акте на основу изричите одредбе Лисабонског уговора довело је до тога да рад ЕС више не буде изузет од правосудне контроле. Прецизније, отворена је могућност да обавезујући акти без законодавног карактера које доноси ЕС буду подвргнути судској оцени усклађености са оснивачким уговором. У овом контексту ЕС доживљава премијеру у чл.263 Уговора о функционисању ЕУ који у ред аката који подлежу контроли законитости изричито сврстава и акте ЕС усвојене са циљем да производе правна дејства према трећим. Тако ЕС као орган састављен од највиших званичника држава по први пут може доћи у ситуацију да буде тужена страна пред Судом правде⁶⁹.

Одлуке ЕС могу – због прекорачења надлежности, повреде битних правила поступка, повреде оснивачких уговора или било ког правила везаног за његову примену или због прекорачења овлашћења – нападати државе чланице, Европски парламент, Савет и Комисија. Осим ових привилегованих тужилаца, одлуку ЕС могу оспоравати и полупривилеговани тужиоци, а то су Рачуноводствени суд, Европска централна банка и Комитет региона, али само у циљу заштите својих овлашћења. На крају као непривилеговани тужилац у овом поступку може се појавити индивидуални субјект, тј физичко и правно лице, ако је реч о акту који је упућен њему или о акту који га непосредно и појединачно погађа, као и регулаторном акту који га погађа непосредно и не захтева мере имплементације⁷⁰.

Међутим, сам ЕС не може се појавити као тужилац у овом поступку. Лисабонским уговором њему није дато право на тужбу чак ни као полупривилегованом тужиоцу, па не може тражити поништај акта који задиру у његову надлежност⁷¹. У том погледу ЕС је у неповољнијем или,

67 Случај 294/83, *Les Verts v. Parliament*, European Court Report (даље: ECR), 1986, p.1339.

68 З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.65.

69 З.Радивојевић, Пост-лисабонске новине у систему судске заштите у Европској унији, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник*, књига 6, Ниш, 2016, ст.31.

70 Чл.263 Уговора о функционисању ЕУ.

71 Т.Ћарета, *Sudska zaštita u Europskoj uniji nakon Lisabonskog ugovora, Reforma Europske unije: Lisabonski ugovor*, Zagreb, 2009, str.108; Z.Meškić, D.Samardžić, *Osnovi prava Evropske*

како поједини аутори кажу асиметричном положају⁷² не саму у односу на институције ЕУ, већ и на поменуте помоћне органе којима је изричито призната активна легитимација, тј. право на тужбу⁷³.

ЕС се изричито помиње и у поступку који се покреће тужбом због пропуштања. Према слову чл.265 Уговора о функционисању ЕУ ако Европски парламент, ЕС, Савет, Комисија или Европска централна банка, кршећи одредбе оснивачких уговора, пропусте да усвоје одговарајуће мере, државе чланице и друге институције могу покренути поступак пред Судом. У овом поступку ЕС има пасивну, али и активну легитимацију будући да га је чл. 13 Уговора о ЕУ сврстао у ред институција. Предуслов за то је да ЕС буде позван, односно да позове тужену институцију да усвоји спорни акт. Рок који се оставља туженом да образложи свој став је два месеца и по његовом истеку се, у новом двомесечном року, може поднети тужба Суду.

Изричито помињање ЕС у наведеним одредбама Лисабонског уговора не исцрпљује домаћај контроле коју Суд правде врши над његовим радом. Постоји још један поступак који даје могућност Суду да оцењује ваљаност обавезујућих аката које доноси ЕС. У питању је поступак прибављања одлуке о претходном питању који упућују национални судови⁷⁴.

Није требало чекати дуже од три године од ступања на снагу Лисабонског уговора да би се Суд правде недвосмислено изјаснио у прилог овог вида правосудне контроле рада ЕС. У случају Прингл (Pringle) поводом захтева Врховног суда Ирске да оцени ваљаност Одлуке 2011/199 ЕС Суд је заузео став да "је ЕС једна од институција ЕУ које су побројане у чл. 13(1) Уговора о ЕУ и како је Суд према тачки б) првог става чл.267 Уговора о функционисању ЕУ надлежан да доноси одлуку о претходном питању...о ваљаности...аката институција, то је Суд у принципу надлежан да испитује ваљаност одлука ЕС"⁷⁵. Пошто се прогласио надлежним да одлучује о овом претходном питању, Суд је на крају у својој пресуди нашао да је спорна одлука ЕС пуноважна.

unije, Sarajevo, 2012, st.435.

72 P.Craig, *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2013, p.127.

73 З.Радивојевић, Реформа поступка судске контроле ваљаности аката институција ЕУ: тужба за поништај, *Усклађивање права Србије са правом Европске уније: зборник радова*, књига 4, Ниш, 2017, стр.35

74 Чл.267 Уговора о функционисању ЕУ.

75 Случај C-370/12, *Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, ECLI:EU:C:2012:756.

6. Закључак

Захваљујући својеврсној институционализацији, која је спроведена Лисабонским уговором, ЕС се може сматрати "нето добитником" последње реформе ЕУ⁷⁶. Не само да је формално сврстан у ред главних органа, већ је оснажио своју позицију политичког демијурга и креатора интеграција на стратешком, али и тактичком плану. То његово јачање остварено је делом на рачун других институција ЕУ, у првом реду Комисије и Савета.

Међутим, институционализација ЕС имала је и своју значајну цену. Та цена је обавеза поштовања материјалних и процесних правила из корпуса права ЕУ. Постало је потпуно јасно да обавезе, као и права ЕС не проистичу само из оних одредаба оснивачких уговора у којима се овај орган изричито помиње, већ из свих оних одредаба које на општи начин уређују правни статус институција ЕУ. Међутим, корпус права коме је је ЕС, као и свака друга институција ЕУ, подвргнут не завршава се са оснивачким уговорима. Општа начела права ЕУ, такође, уређују његово деловање⁷⁷.

Друга страна институционализације је улазак ЕС у развијен и свеобухватан систем правосудне контроле поштовања обавеза које проистичу из права ЕУ. Тај систем не обухвата само оне поступке по директним тужбама у којима је ЕС изричито поменут, нити га чини само Суд правде ЕУ. Иако је Суд правде увек последња инстанца, своју улогу у правосудном надзору над радом ЕС имају и национални судови држава чланица кроз поступак прибављања одлуке о питању ваљаности одлука ЕС. Имајући све то у виду, могло би се закључити да институционализација ЕС извршена Лисабонским уговором, макар делом и декларативна, у основи има конститутивни карактер.

76 В.Кнежевић-Пређић, Институционални систем Европске уније пре и после Лисабона, *Уговор из Лисабона: сигурна лука или почетак новог путовања?*, Београд, 2010, стр.48.

77 В.Кнежевић-Пређић, Европски савет: изазови институционализације, *Србија у европском и глобалном контексту*, Београд, 2012, стр.165.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

THE INSTITUTIONALIZATION OF THE EUROPEAN COUNCIL

Summary

The institutionalization of the European Council is considered one of the most important acquisitions of the Lisbon Treaty as well as a significant step forward in strengthening its position. Initially created as an informal and occasional form of gathering of the highest state officials, in the subsequent decades the European Council became an influential body outside the institutional framework of the European Communities. In the founding treaties, it was eventually recognized by the EU member states as a main institution of the European Union.

The Lisbon Treaty prescribes the composition of the European Council but the permanence and stability of its activities were ensured by introducing the presidency. Additionally, the treaty envisages the decision-making procedures, types of decisions that this body is entitled to make, as well as its powers and functions. Thus, the work of the European Council was subjected to the general principle of the rule of law, and conditions were created to institute its jurisdiction over the judicial control of the Court of Justice.

Owing to a specific kind of institutionalization, the European Council can be considered to be the “net winner” of the latest EU reform. Besides being formally ranked among the main institutions, it has strengthened its position of the political demiurge and the creator of the EU integration process at both strategic and tactical level. To some extent, strengthening the European Council position was achieved at the expense of other EU institutions, primarily the Commission and Council. On the other hand, the institutionalization of the European Council has also contributed to its entry into a developed and comprehensive system of judicial control of compliance with obligations arising from EU law. With all this in mind, it may be said that the institutionalization of the European Council carried out by the Lisbon Treaty is essentially of a constitutive nature.

Keywords: European Union, European Council, Lisbon Treaty, institutionalization, rule of law, judicial control.

ПОГЛЕД НА ПОРОДИЧНИ ЗАКОН (2005) ИЗ УГЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

Апстракт: У раду се разматра однос између норми Породичног закона и норми међународног приватног права кроз поједине њихове „додирне тачке“. „Додирним тачкама“ су назване оне ситуације у којима долази до „преплитања“ норми ових грана права, а последица тога је одређени правни проблем, изазван мешањем сфере „чисто“ унутрашњих односа и прекограничних односа. Конкретно, ти проблеми су временски подељени у три групе: оне, који су настали доношењем Породичног закона (2005), оне који су се јавили након тога, услед приступања Републике Србије појединим хашким конвенцијама из области породичног права, и такође проблеме, који се могу појавити уколико у скорој будућности буде донет нови Закон о међународном приватном праву Републике Србије (који је у фази Нацрта од јула 2014). Што се тиче саме материје, ради се о питањима везаним за поједина права детета, лично име, одређивање висине издржавања, поступак у брачном спору, усвојење и ништавост дипломатско-конзуларних бракова.

Кључне речи: Породични Закон, међународно приватно право, права детета, лично име, одређивање висине издржавања, усвојење, поступак у брачном спору, ништавост дипломатско-конзуларног брака.

1. Увод

Бављење међународним приватним правом подразумева континуирано праћење догађања у неколико правних токова. С једне стране, потребно је водити рачуна о домаћем правном систему, конкретно о оним гранама права које, с појавом међународног елемента, постају његов саставни део

(нпр. породично право, наследно, облигационо, стварно право). С друге стране, корисно је пратити те исте гране права и на упоредном плану и сазнавати решења у појединим државама, као и новине или трендове који им претходе (упоредно породично, наследно, облигационо, стварно право). Исто тако, важно је пратити дешавања и у самом међународном приватном праву других држава (упоредно међународно приватно право) и бити упознат са националним кодификацијама, новијим или (барем) оним репрезентативним у којима су сублимирана достигнућа одређеног периода или одважно прописана решења намењена будућности. Најзад, од не мањег значаја, неопходно је познавати и *међународно међународно приватно право*, односно међународно приватно право садржано у својим међународним изворима (у првом реду, вишестраним међународним уговорима, нпр. оним донетим у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право, Уједињених нација или других међународних организација) или опет, у изворима *sui generis*, донетим у окриљу Европске уније. Притом су, ваља се подсетити, потврђени међународни уговори саставни део нашег правног система и за њих важи претпоставка *iura novit curia* (што се, на жалост, понекад пренебрегава у пракси). Прописе ЕУ, с друге стране, треба познавати и у мери у којој је то прихватљиво постепено уносити у наш правни систем, како би се органи примене права временом привикли на та “европска” решења (нпр. када је реч о колизионим нормама универзалне примене). У супротном, уколико би рецимо Нацрт новог ЗМПП¹ наставио да скупља прашину у фиокама Министарства правде (где се налази од почетка јула 2014. године), и Република Србија постала чланица ЕУ са сада важећим Законом о решавању сукоба закона (1982), анахроним и апсурдним прописом (у коме се реч “Србија” или придев “српски” уопште не спомиње), настао би прави шок за наше правнике када би од дана уласка Републике Србије у ЕУ морали да применују прописе који су им потпуно непознати и сасвим различити од оних из Закона о решавању сукоба закона.

Детаљно познавање свих тих прописа (и судске праксе и литературе, одн. идеја које их прате) је огроман посао који превазилази један људски живот. Наиме, да би се добро “знало” међународно приватно право (укључујући горе наведене релације) заиста је потребно неколико живота и тога су свесни сви они који се њиме озбиљно баве (или постају свесни тога поткрај своје професионалне каријере). Ипак, упркос свести о сопственим ограничењима, потребно је стално радити и стално истраживати наведене релације и конкретна решења и тежити ка томе да се у Републици Србији

1 Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravuradna-verzija.html>.

изгради *нови, савремени* систем међународног приватног права који ће добро функционисати у пракси.

Од горе споменутих правних релација међународног приватног права, у овом чланку потрудићемо се да сагледамо један сегмент његовог односа према домаћем правном систему, конкретно, према појединим решењима садржаним у Породичном закону из 2005. године.² Наиме, реч је о томе да је сваки национални систем међународног приватног права везан за своје, домаће “чисто” приватно право (без међународног елемента) и да користи његове појмове и установе и када се ради о прекограничним односима. Али, у тим сусретањима различитих система, повремено настају проблеми јер се домаћа решења понекад сударају са другачијим решењима из законодавстава других држава или оним из међународних уговора. У таквим ситуацијама, међународно приватно право, у тежњи да испуни своју основну функцију инструмента сарадње и координације националних правних система, као лакмус папир указује на неусклађеност појединих домаћих решења са потребама међународне сарадње или на околност да поједина класична питања, поред устаљених одговора у домаћем правном систему, могу имати и посебне одговоре у посебним ситуацијама и да се они морају узети у обзир. Погледајмо како те тезе о неусклађености и евентуалној потреби измена неких решења изгледају у случају нашег Породичног закона.

2. Додирне тачке између међународног приватног права и породичног закона

“Додирним тачкама” назвали смо ситуације у којима, у најширем смислу речи, долази до “преплитања” норми Породичног закона и норми међународног приватног права и, последично, одређених дилема које из тога могу проистећи. Тим називом, на пример, обухватили смо случајеве када решење из Породичног закона није усклађено са решењем из неког вишестраног међународног уговора, као и случајеве у којима решење из Породичног закона доводи до проблема у пракси уколико буде примењено на однос с међународним елементом. Поред тога, израз “додирне тачке” проширили смо и на поједина нова решења садржана у вишестраним међународним уговорима којима је Република Србија приступила након 2005. године, а која непосредно утичу на кореспондирајућа решења из Породичног закона.

2 *Сл. гласник РС*, бр.18/2005.

Ради лакшег праћења излагања, “додирне тачке” смо систематизовали у три групе. Прва се односи на оне које су настале доношењем Породичног закона (2.1), друга, на “додирне тачке” које су се појавиле после ступања на снагу Породичног закона услед приступања наше земље појединим хашким конвенцијама (2.2) и трећа, на потенцијалне “додирне тачке”, које би могле настати уколико Нацрт новог Закона о међународном приватном праву (2014) Републике Србије (коначно!) буде постао законски текст (III). Кренимо редом.

2.1. Додирне тачке из периода доношења Породичног закона

2.1.1. Поједина права детета из Породичног закона и Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980)³

Једна од значајних новина Породичног закона, дочекана са одобравањем од стране највећег дела стручне јавности, била је прописивање права детета у члановима 59-65. Закона. Између осталих, у члану 60. Породичног закона је уређено право детета да живи са родитељима, при чему је у ставу 4 овог члана изричито предвиђено да *“Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити са којим родитељем ће живети”*. Слично томе, у члану 61. Породичног закона регулисано је право детета на одржавање личних односа, а у ставу 4. тог члана предвиђено да *“Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи”*. Наши судови у пракси стриктно примењују ове одредбе. На пример, Апелациони суд у Новом Саду, у једној својој пресуди заузео је став да *“Ако дете има више од петнаест година и суд оцени да је способно за расуђивање, те ако јасно изрази са ким жели да живи након развода брака, суд је дужан да уважи његово мишљење”*.⁴ У погледу одржавања личних контаката са родитељем са којим дете не живи, исти суд је, у пресуди донетој годину дана раније, такође био јасан: *“Суд ће обуставити извршни поступак ради извршења пресуде о одржавању личних односа малолетног детета са родитељем са којим не живи, ако дете, старије од 15 година и способно за расуђивање, не жели да одржава контакт са родитељем који би био унапред утврђен, јер је то разлог који спречава извршење”*.⁵ Дакле, у овом случају, дете може одлучити не само о начину одржавању личних односа са родитељем са

3 *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр.7/91.

4 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 47/2012 од 31.1.2012. године, *Paragraf Lex*.

5 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2. 95/2011 од 16.2.2011. године, *Paragraph Lex*.

којим не живи, већ и томе да ли *уопште* жели да одржава личне односе са тим родитељем.

Неусклађеност одредаба чланова 60. и 61. Породичног закона уочава се у односу на члан 4. Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980),⁶ којим се одређује њено поље примене *ratione personam*. Према одредбама тог члана, “Конвенција ће се примењивати на дете које је живело⁷ у држави уговорници непосредно пре било какве повреде права на старање или на виђење. Конвенција ће престати да се примењује када дете напуни 16 година.” Како се може приметити, разлика између конвенцијског решења и оног у Породичном закону односи се на број година којима се одређује релевантни узраст детета. Према Породичном закону је то навршених 15, а према Конвенцији навршених 16 година живота детета. Иако се чини да се не ради о разлици која би имала значајнијих практичних последица, ипак о њој треба водити рачуна. Могуће је, на пример, да се догоди отмица детета узраста 14 година, које у току поступка за повратак у државу уобичајеног боравишта (Србија) напуни 15 годину живота (не и 16!) и одлучи да живи у иностранству са родитељем који га је тамо незаконито одвео. Према Породичном закону, како смо видели, дете само одлучује о решењу које је у његовом најбољем интересу, односно са којим ће родитељем живети. С друге стране, према ставу 2 члана 13. Конвенције (која престаје да се примењује када дете наврши 16 година), о томе треба да одлучи надлежни судски или управни орган, узимајући у обзир мишљење детета. Питање је колико су ова два решења, из Породичног закона и Конвенције, уистину различита и како би се проблем решавао у пракси.

Што се тога тиче, треба најпре истаћи да су творци хашке Конвенције били свесни да број 16 приликом одређивања узраста детета, и тиме поља примене Конвенције *ratione personam*, није чаробан и једини број.⁸

6 Чија је држава чланица и Република Србија. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр.7/91.

7 Ради се о непрецизном званичном преводу конвенције на српски језик. Према оригиналном тексту, реч је о сваком детету које „је имало уобичајено боравиште“ у држави уговорници. (Фр. „tout enfant qui avait sa residence habituelle“, одн. енгл. „any child who was habitually resident“).

8 При чему је у овом случају направљен изузетак (имајући у виду циљ Конвенције), односно смањење броја година у односу на узраст детета од 18 година, прихваћеног у другим хашким конвенцијама. В. . Explanatory Report by Elisa Perez-Vera, Actes et documents, стр.450, пар.77.

У одговору на Упитник *Дајер*,⁹ државе чланице Хашке конференције предлагале су различите бројеве година у погледу релевантног узраста детета (од 12 до 16 година), тако да је питање дуго било отворено, а коначно решено на самој дипломатској Конференцији (која је претходила усвајању текста Конвенције). Сагласност у вези узраста од 16 година је постигнута под условом да се не дира у став 2 члана 13 Конвенције. Реч је о томе да члан 13 говори о *изузецима* од обавезе враћања детета у државу његовог уобичајеног боравишта, а у ставу 2 је, поред разлога из става 1, предвиђено да “Судски или управни орган може, такође, да одбије да наложи повратак детета ако утврди да се дете противи повратку и да је *напунило оне године* и стекло степен зрелости при коме је потребно узети у обзир његово мишљење”. Како видимо, на тај начин, мишљење детета добија одлучујући значај приликом одлучивања о његовом враћању или невраћању у државу уобичајеног боравишта, односно одлуке са којим родитељем жели да живи. Додатне услове – да је напунило “*оне године* и стекло степен зрелости” – оцењује судски или управни орган државе уточишта. Свакако, одмах се поставља питање – које године, о ком узрасту је реч? Да ли је то 12, 13, 14 или 15 година? Или навршених 16 година живота, до када се може примењвати Конвенција? Колико је нереално инситирати на примени Конвенције у таквим случајевима, наводи се већ у Извештају *Перез-Вера* и признаје да се самим тим сужава и поље примене Конвенције *ratione personam*.¹⁰ Такође се додаје да је свако бројчано одређивање релевантног узраста детета (да би се његово мишљење узело у обзир) врло дискутабилно – одмеравање броја година је, како се наводи, “вештачко, па и арбитрерно”, тако да је боље је препустити конкретизацију стандарда “дискрецији (мудрости) надлежног органа”.¹¹ Узраст детета од 16 година на тај начин бива сасвим релативизиован.

На основу изнетог, може се закључити да одредбе члана 60. и 61. Породичног закона, иако предвиђају различит узраст од оног у члану 4. Конвенције, по свему судећи, неће доводити до проблема у пракси.

9 В. Actes et documents de la Quatorzieme session, Tome III, Enlevement d'enfants/Child Abduction, Questionnaire on international child abduction by one parent, drawn by Adair Dyer (str.9-11) i odgovore država (str.61-129).

10 Actes et Documents, стр.433, пар.30.

11 *Ibid.*

2.1.2. Поједина права детета из Породичног закона и Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању и о поновном успостављању односа старања (1980)¹²

Права детета из члана 60. и 61. Породичног закона, такође су у нескладу и са појединим одредбама Европске конвенције о признању и извршењу одлука о старању и о поновном успостављању односа старања (1980), чија је чланица Република Србија. Наиме, према члану 1 став 1 т.а) ове Конвенције, „дете означава свако лице, без обзира на његово држављанство, *које још није напунило 16 година* и које нема право да само одређује своје пребивалиште према закону земље његовог уобичајеног боравишта, закону земље његовог држављанства, или према домаћем закону замољене државе.” Из ставова 2 и 3 члана 4. Закона о пребивалишту и боравишту грађана¹³ произилази да је код нас пунолетство услов за стицање пребивалишта, односно да дете које није навршило 18 година не може имати самостално пребивалиште. Према ставу 2 члана 4, Закона, „Пријаву и одјаву пребивалишта... за малолетно лице... подноси његов родитељ, односно старатељ или други законски заступник.” Такође, према ставу 3 истог члана, „Ако родитељи немају исту адресу становања, пријаву и одјаву подноси један од родитеља уз сагласност другог родитеља или родитељ који у складу са законом самостално врши родитељско право.”¹⁴ То значи да дете које навршило 15 година живота не може одредити своје пребивалиште, али да његово право да одлучи са којим ће родитељем живети (из члана 60. Породичног закона) заправо представља ограничену могућност одређивања сопственог пребивалишта (избором пребивалишта једног од родитеља).

Питање које се може поставити пред нашим судовима услед неусклађености одредаба о узрасту детета предвиђеног члановима 60. и 61. Породичног закона и ове Конвенције тиче се следеће ситуације. Како поступити ако пред пред нашим судом буде поднет предлог за признање и извршење

12 *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр.1/2001.

13 *Сл. гласник РС*, бр.87/2011.

14 Независно од питања која разматрамо, треба напоменути да формулација ове одредбе није најпрецизнија јер се у другом случају (када је реч о родитељу који самостално врши родитељско право) не наглашава да је и ту потребна сагласност другог родитеља (који не врши родитељско право, али је остао његов титулар). На тај начин, се стиче утисак да та сагласност онда и није потребна. Међутим, члан 78 ставови 3 и 4 Породичног закона управо предвиђају да промена пребивалишта детета спада у круг питања која битно утичу на живот детета и да родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да о тим питањима одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право.

стране одлуке којом је одлучено о старању над дететом које је у време признања навршило 15, али не и 16 година живота? Наш је утисак да ће и у овом случају превагу однети одредбе члана 60. Породичног закона и да таква пресуда неће бити призната и извршена код нас. Наиме, од разлога предвиђених Конвенцијом за ускраћивање признања и извршења, наш суд би се могао позвати на члан 10. ст.1 тач. а) Конвенције који предвиђа да се, поред осталог, признање и извршење може одбити “ако се констатује да су последице одлуке очигледно неспојиве са основним принципима породичног права у замољеној држави”. С обзиром да би се могло радити о *повреди права детета* које је навршило 15 година да одлучи са којим родитељем жели да живи, очигледно би у таквом случају био тангиран наш јавни поредак, дефинисан самом Конвенцијом („основни принципи породичног права“). Ово утолико пре, имајући у виду праксу наших судова у погледу ових питања.¹⁵ Поред тога, могло би се позвати и на члан 15 став 1 т. а) Конвенције, према коме ће се суд замољене државе, пре доношења решења о (не)признавању стране одлуке “*узнати са гледиштем детета*, осим ако је то практично немогуће с обзиром пре свега на његов узраст и способност расуђивања”. Иако не баш чврсто формулисано, ово “узнавање са гледиштем детета” отвара врата члану 60 Породичног закона, тако да се наш суд може позвати и на ову одредбу, уколико сматра да треба ускратити признање страни одлуци. Закључак би био да и овде, као и у случају хашке Конвенције, разлика у бројци којом се одређује релевантни узраст детета (конвенције/Породични закон) нема већи практични значај.

2.1.3. Скраћено лично име (члан 343. Породичног закона) и могуће негативне последице у домену међународног приватног права

У Републици Србији још увек није донет посебан Закон о личном имену, тако да су норме које регулишу ову материју садржане у Једанаестом делу Породичног закона (чланови 342-356). Иако ове норме, посматране у целини, заслужују добру оцену (имајући у виду да обезбеђују поштовање принципа равноправности супружника, једнакости родитеља, права детета, те да је последица тога шира могућност избора личног имена), ипак се поједине од њих могу показати проблематичним када је реч о односима с међународним елементом. Такав је случај са чланом 343 Закона, који у оквиру “*Заједничких одредаба*” уређује “*Скраћено лично име*” (наслов члана). Према ставу 1 тог члана, “Лице чије име и презиме садржи више од три речи дужно је да се у правном саобраћају служи скраћеним личним

¹⁵ Види *infra ad* фуснота 4 и 5.

именом”.¹⁶ Дакле, скраћено лично име значи да се име и презиме лица састоје од највише три речи.

Проблеми у међународном приватном праву у вези са овом одредбом могу се јавити уколико наш држављанин ступи у брачни или породични однос са држављанином државе у којој се лично име састоји од четири или пет речи (нпр. Португалије, Шпаније, Бразила). На пример, уколико наша држављанка пред нашим матичарем склопи брак са држављанином неке од ових држава и приликом склапања брака узме презиме(на) мужа или жели да свом презимену дода презиме(на) мужа или презимену/има мужа дода своје презиме,¹⁷ мораће матичару да саопшти одлуку о скраћеном личном имену (три речи за име и презиме). Или, уколико такав брачни пар у Републици Србији добије дете (које самим рођењем на територији Републике Србије стиче српско држављанство, те је за одређивање личног имена детета меродавно српско право, односно одредбе Породичног закона)¹⁸ желе да детету одреде презиме према презимену оба родитеља,¹⁹ такође ће матичару морати да саопште одлуку о скраћеном личном имену детета који ће је констатовати у матичној књизи рођених. Прави проблеми у вези овог решења могу простећи отуда што ова лица, односно ова мала породица, можда намерава да се после склапања брака или рођења детета пресели у мужевљево државу, у чијем праву, наравно, не постоји одредба о скраћеном личном имену. На тај начин, када се касније тамо интегришу и стекну држављанство (жена и дете) и добију лична имена у складу са прописима те државе, они постају (и остају до краја живота) лица са “двоструким идентитетом”. Леп пример наводи се у литератури Републике Хрватске из периода када је у свом законодавству имала истоветну одредбу о “скраћеном личном имену”.²⁰ Реч је о хипотетичком примеру у коме мајка, хрватска држављанка, и отац, бразилски држављанин, желе да детету,

16 Став 2 члана 343 предвиђа „ Одлука о скраћеном личном имену саопштава се матичару који води матичну књигу рођених за имаоца права на лично име и констатује се у матичној књизи рођених“.

17 У складу са одредбама члана 348 став 1 Породичног закона који допушта све те могућности.

18 Према члану 7 став 1 т.2) Закона о држављанству Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр.135/2004 и 90/2007), „Држављанство Републике Србије пореклом стиче дете ... чији је један од родитеља у тренутку његовог рођења држављанин Републике Србије а дете је рођено на територији Републике Србије“.

19 Члан 345 став 1 Породичног закона.

20 Хрватска је 2012. године донела нов Закон о особном имену који у највећој мери уређује материју личног имена („Народне новине РХ“, бр.118/2012). Поред тога, од значаја су још и нови Обитељски закон (2015), као и Закон о животном партнерству особа истог пола (2014). В. ближе, I. Medić, *Right to Personal Name and Croatian Legal*

хрватском држављанину, одреде лично име. Како се наводи, “Отац и мајка желе да дете носи оба њихова презимена, али проблем настаје стога што се очево презиме не састоји само од максимално две речи, како је то за потребе правног саобраћаја ограничио хрватски материјални пропис, већ се састоји од пет речи. Замислимо да ова породица планира да живи у Бразилу, те желе да ускладе своју “породичну идентификацију” тамошњим приликама. Уколико бисмо истрајали на модулима нашег законодавца, дете ће у Бразилу имати врло окрњено и неприхватљиво презиме – прво идентификацијско обележје! Уколико устрајемо на овом, извесно је да ће по пресељењу у Бразил родитељи извршити и промену презимена детета, те га ускладити са тамошњим обичајима. Оно престаје да буде само доктринарни проблем јер дете има два држављанства и два презимена – једно у Хрватској и једно у Бразилу. Последично, дете цели свој живот има два идентитета: по праву сваке од државе његова држављанства другачији!”²¹

Наведени пример, *mutatis mutandis*, илуструје проблеме до којих може довести члан 343. нашег Породичног закона јер се ради о истом решењу. Посматрајући целу ситуацију, утисак је да одредба о “скраћеном личном имену” има своје оправдање и да се њоме настоји да олакша учешће у правном животу лица чије се лично име састоји од више од три речи, али само онда када то лице (и чланови његове породице) жели да се интегрише у домаћу средину, да остане да живи у Републици Србији. Међутим, у случају пресељења породице у државу мужа или у случају одржавања веза са обема државама, ова одредба већ постаје неприкладна и доводи до проблема “двоструког идентитета”. Отуда се чини да ову одредбу треба кориговати. Корекцију би требало извршити тако да у принципу буде дозвољено да се лично име састоји од неограниченог број речи, а да заинтересовано лице (лица) има могућност да се обрати матичару и саопшти му да жели да се користи у правном саобраћају скраћеним личним именом.²² Притом би, имајући у виду и иначе деликатни положај “међународних породица”, можда требало предвидети да саопштење дато матичару о намери да се користи скраћено лично име може бити опозвано, али само једном,

Framework de lege lata and de lege ferenda, 4th Balkan Conference proceedings: Personal name in internal and private international law, Niš, 2016, стр.74.

21 М.Župan, *Normiranje mjerodavnog prava za osobno ime – novina hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu*, Зборник на трудови од деветтата Конференција за Међународно приватно право “Најнови трендови во Европското Међународно приватно право”, Скопје: Правен факултет “Јустинијан Први”, 2011, стр. 187-188.

22 Конструкција решења би, дакле, била таква да се постави правило о неограниченом броју речи, које би било факултативног карактера јер би лице, без одређивања рока, могло оптирати (принцип аутономије воље) за скраћено лично име.

како би чланови такве породице добили још једну шансу да етаблирају своју породичну ситуацију и избегну судбину људи са “двоструким идентитетом”.²³

2.1.4. Промена презимена супружника приликом склапања брака (члан 348 Породичног закона) и проблеми са женским обликом презимена у страном праву

На први поглед, изгледа да се ставу 1 члана 348 Породичног закона, који уређује промену презимена супружника приликом склапања брака, не могу упутити замерке. Предвиђено решење садржи више алтернатива, тако да супружници могу одабрати презиме које им највише одговара, већ према договору који постигну. Одредба става 1 овог члана гласи: “Супружници се приликом склапања брака могу споразумети да сваки од њих: 1) задржи своје презиме, 2) уместо свог узме презиме другог супружника, и 3) свом презимену дода презиме другог супружника односно презимену другог супружника дода своје презиме.”²⁴ Круг алтернатива је заиста широк и питамо се какав би проблем могао настати из овако јасне и аутономији воље супружника наклањене одредбе?

Помало неочекивано проблеми се могу јавити у вези тачака 2) и 3) када наш држављанин узима презиме другог супружника или свом презимену додаје презиме другог супружника или презимену другог супружника додаје своје, а брак је склопљен у иностранству. На пример, таква ће ситуација бити ако наша држављанка склопи брак у Македонији, Мађарској, Бугарској или Грчкој са тамошњим држављанином и у погледу избора презимена поступи на један од начина који предвиђају ставови 2) и 3) члана 348 Породичног закона, а потом, након извесног времена, поднесе захтев за упис чињенице склапања брака у матичне књиге у Републици Србији. Матичар ће у том случају, по правилу, одбити захтев као неоснован јер се не ради о дословно идентичном презимену. Реч је о томе да у наведеним државама исто презиме гласи различито у мушком и женском облику. На

23 I. Medić, *loc.cit.* Такво решење је прихваћено у хрватском Закону о особном имену.

24 Независно од питања којим се бавимо, указали бисмо на потребу промене става 2 члана 348. Наиме, тај став гласи: “Супружник који је променио презиме склапањем брака може у року од 60 дана по престанку брака узети презиме које је имао пре склапања брака.” Сматрамо да је рок од 60 дана сувише кратак и да се ретко користи у пракси (тако да односни супружник мора прибећи поступку промене личног имена у складу са члановима 346 и 347 Породичног закона (промена личног имена, независно од статусних промена) који изискује више напора и новца. Наш предлог је стога да, имајући у виду психолошко стање супружника услед развода, овај рок буде дужи, на пример 3 или још пре 6 месеци након развода.

пример, Михајлов/Михајлова; Велков/Велкова; Liapis/Liapi. Дакле, поента је у томе што супруга узима презиме мужа (или га додаје свом, односно том презимену додаје своје), али је то презиме сада незнатно језички модификовано, прилагођено женском облику у односном језику и више није (дословце) истоветно са презименом мужа. Чак и једно слово “а” вишка у презимену жене може довести до озбиљних непријатних последица²⁵ (да се чињеница брака склопљеног у иностранству не може уписати, а услед тога, нпр. ни извадити нова лична документа). Брак, дакле, због проблема са презименом постаје “храмљући”.²⁶

Наши матичари у најбољој намери понекад саветују супружника домаћег држављанина који се суочио са тим проблемом да промени лично име (презиме) у складу са одредбама чланова 346 и 347 Породичног закона, и тако се у том поступку (који је независтан од статусних промена) домогне презимена које је изабрао и добио приликом склапања брака у иностранству (да промене своје презиме у Михајлова, Велкова, Liapi). На тај начин, истина је, може се у овој ситуацији “завршити посао”, али остаје утисак је домаћи држављанин без икакве своје крвице изложен непријатностима, а такође и губитку времена и новца.

Поставља се питање како решити овај проблем, односно како омогућити упис чињенице склапања брака у иностранству са презименом у женском облику, које стога није дословно идентично презимену мужа. По нашем мишљењу, решење не треба покушавати конструисати у материји личног имена, изменама одредаба Породичног закона (или будућег Закона о личном имену). Сматрамо да је *то задатак који треба да реши међународно приватно право*, прописивањем одговарајуће колизионе норме. Та колизиона норма омогућавала би узимање презимена у женском облику према праву државе мужа не само ако је брак склопљен у иностранству (те се радило о захтеву за упис чињенице склапања брака у наше матичне књиге), већ и у случају да се брак склапа пред нашим матичарем. Таква колизиона норма већ је садржана у Нацрту новог закона о међународном приватном праву Републике Србије (2014). Према члану 59 став 1 т.а) Нацрта, “За промену презимена после промена брачног или породичног статуса, меродавно је: а) приликом склапања брака – *према избору супружника, право државе чији је држављанин један од њих у тренутку склапања брака* или право Републике Србије ако један од њих има уобичајено боравиште у Републици Србији у тренутку склапања брака”. Дакле, према овом решењу супружници могу

25 М. Župan, *op.cit.*, стр.182.

26 В. S. Marjanović, *Personal Name in Serbian Family Law and Private International Law de lege lata and de lege ferenda*, Personal Name in Internal Law and Private International Law, Faculty of Law University of Niš, 2016, стр. 104-106.

да бирају меродавно право за промену презимена приликом склапања брака и могу изабрати управо право државе супружника чије право превиђа разлику у презимену у зависности од тога да ли је мушком или женском облику. На тај начин, садашњи проблеми које “ствара” члан 348 Породичног закона, били би у потпуности избегнути.

2.2. Додирне тачке настале настале после доношења Породичног закона услед приступања Републике Србије појединим хашким конвенцијама

После ступања на снагу Породичног закона (2005), Република Србија приступила је одређеном броју хашких конвенција²⁷ чије поједине одредбе утичу и на решења Породичног закона. Реч је о новинама које тичу материје издржавања, усвојења и поступка у брачним споровима.

2.2.1. Норме Породичног закона о одређивању висине издржавања (чланови 160-162) и члан 14. Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања

Република Србија приступила је хашком Протоколу о меродавном праву за обавезе издржавања 2013. године.²⁸ Овај Протокол примењује се без услова реципроцитета, што значи и онда када је меродавно право државе нечланице Протокола (тзв. принцип универзалне примене колизионих норми). Његове одредбе дерогирале су колизионе норме о издржавању из Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља и постале део нашег општег система међународног приватног права.

Међутим, поред колизионих норми, хашки Протокол садржи и једну одредбу супстанцијалне (материјалне) природе која би у одређеним случајевима могла утицати на примену чланова Породичног закона којима се одређује висина издржавања. Наиме, члан 14 хашког Протокола, о коме је овде реч, гласи: “Приликом одређивања висине издржавања, узимају се у обзир потребе повериоца и приходи дужника, као и свака накнада дата повериоцу уместо периодичних плаћања издржавања, чак и ако меродавно право предвиђа другачије”. Када ову одредбу упоредимо са кореспондирајућим решењима из Породичног закона (члан 160 - *Критеријуми одређивања издржавања*; члан 161 - *Начин одређивања издржавања* и члан 162 - *Висина издржавања*), уочавамо да се она разликује од њих јер поред потреба повериоца и могућности (прихода, извора) дужника, уводи и трећи

27 Укупно 5 конвенција, од тога 3 из области породичног права.

28 *Сл.гласник РС – Међународни уговори*, бр.1/2013.

критеријум “сваку накнаду дату повериоцу уместо периодичних плаћања издржавања”.²⁹ У вези са тим, поставља се неколико питања: 1) Да ли наши судови треба да примењују овај критеријум? 2) Ако је одговор потврдан, да ли га треба примењивати само у односима с међународним елементом или када се ради и о “чисто” унутрашњим споровима за издржавања? 3) Шта он практично значи, односно у којим случајевима и како би могао бити примењен?

Споменути критеријум се примењује чак и ако га меродавно право за издржавање не садржи и(ли) предвиђа другачије решење. Притом, посебно је важно да се под меродавним правом не подразумева само страном, *већ и домаће право*.³⁰ Дакле, уколико колизиона норма из Протокола указује на примену права Републике Србије, наши судови примењиваће тај критеријум приликом одређивања висине издржавања, иако га Породични закон не спомиње.

На који начин ће га примењивати, имајући у виду опште одредбе Породичног закона о издржавању? Одговор на то питање посредно даје члан 11 Протокола којим се одређује обим меродавног права. Према том решењу, меродавно право уређује сва питања у вези конкретног издржавања,³¹ а након тога се примењује овај критеријум и евентуално коригије висина издржавања коју је суд претходно одредио. Тако посматрано, он је комплементаран осталим критеријумима и служи за корекцију добијеног резултата. Може помоћи да се оствари правичан резултат водећи рачуна о конкретној ситуацији и давањима дужника обавезе издржавања, али такође може допринети да се највећим делом или коначно рашчисте имовински односи супружника после развода брака (“принцип чистог раскида”).³²

Што се тиче другог питања, уверени смо да наши судови неће примењивати овај критеријум приликом решавања спорова за издржавање чисто

29 Члан 14 Протокола усвојен је на Дипломатској конференцији, а трећи критеријум, предложен је тада од стране делегације Европске Уније. *Rapport Bonomi*, стр.68. <https://assets.hcch.net/upload/expl39.pdf>.

30 *Rapport Bonomi*, стр.66.

31 Члан 11 Протокола гласи: Меродавно право за обавезе издржавања одређује, између осталог: а) да ли, у ком обиму и од ког лица поветилац може тражити издржавање; б) обим у ком поверилац може тражити издржавање за протекло време ц) основе за израчунавање висине издржавања и индексацју; д) које је лице овлашћено да подигне тужбу за издржавање, осим питања страначке способности и заступања у поступцима; е) застарелост и рокове за подношење тужбе; ф) обим дужникове обавезе, уколико јавноправни орган остварује право на регрес.

32 “Clean break” principle. *Rapport Bonomi*, стр.68.

интерног карактера. Они ће овакве спорове решавати само применом одредаба Породичног закона које пружају довољно основа за мериторно одлучивање. Разлог за такво поступање могли би наћи у делу одредбе члана 14 која гласи "... чак и ако меродавно право предвиђа другачије", што је јасан сигнал да се ради о односима с међународним елементом, односно *a contrario*, да се немају у виду чисто интерни односи издржавања. Додуше, тиме се уводи (ипак, узак) "дупли колосек" приликом одлучивања о висини издржавања у зависности од тога да ли је реч о односима издржавања са или без међународног елемента.

Одговор на треће питање заправо објашњава суштину овог критеријума за одређивање висине издржавања. Реч је о томе да је он касно уврштен у текст Протокола, опет на дипломатској конференцији и опет на предлог делегације Европске Уније.³³ Идеја је била да се помире различитости које постоје између решења држава континенталног права и англосаксонског права у погледу уређивања имовинских односа супружника поводом развода брака. Наиме, уколико је супружник у држави *common law* система добио имовину другог супружника, или новчани износ од њега, којим су у целини или делимично уређен њихови имовински односи, а затим пред судом државе континенталног права (на пример, нашим судом, који такав начин уређења имовинских односа не познаје) затражи издржавање, наш суд је у складу са чланом 14 Протокола дужан да узме у обзир „те накнаде дате уместо периодичних давања“ у тој држави (чије право познаје такав начин уређења имовинских односа супружника приликом развода). Наш суд, тако, може или одбити захтев за издржавање (иако су испуњени остали услови) или може досудити знатно мањи износ управо узимајући у обзир „накнаде“ дате у иностранству. На тај начин се постиже правично уређење односа, јер би у супротном дужнику издржавања била нанета неправда. Другим речима, тим решењем се избегава да један од супружника у држави *common law*-а добије имовину другог супружника, а затим, да у држави континенталног права добије издржавање као да првог није ни било. У томе је смисао члана 14 Хашког протокола.

Имајући све то у виду, можемо закључити да ће наши судови само у наведеним ситуацијама примењивати ову одредбу, што ипак неће бити често.

³³ Инспирација за такав предлог био је члан 11 раније хашке Конвенције о меродавном праву за обавезе издржавања (1973)

2.2.2. Норме Породичног закона о усвојењу и члан 27.

Хашке конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења (1993) – конверзија усвојења

Република Србија је 2013. године постала чланица Хашке конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења (1993).³⁴ На тај начин, придружила се великој групи држава³⁵ које су желеле да остваре већи степен правне сигурности приликом заснивања међународних усвојења, али истовремено и да олакшају признање усвојења заснованог у једној држави уговорници у другим државама чланицама Конвенције.

Што се тиче односа према нормама Породичног закона о међународном усвојењу, које уређују питање права странаца да усвоје малолетног српског држављанина у Републици Србији (члан 103, члан 312 став 2, члан 318 став 1), Конвенција не дира у њих. Међутим, Конвенција доноси једну значајну новину на коју треба посебно указати. Наиме, њен члан 27 предвиђа могућност *конверзије усвојења*, у том смислу да непотпуно усвојење засновано у држави порекла може у држави пријема, бити преобраћено у потпуно усвојење (обрнуту конверзију усвојења, из потпуног у непотпуно Конвенција не спомиње, те она није могућа). Према одредбама члана 27 Конвенције, да би се остварила конверзија усвојења, потребно је да држава пријема дозвољава потпуно усвојење, а затим, да су испуњени услови за заснивање међународног усвојења из члана 4 став 1 т. в) и г) Конвенције. Ти услови тичу се сагласности за усвојење од стране лица, институција и органа, као и мајке детета (после рођења детета) и уколико је потребно и могуће, и самог детета. Одлука о конверзији усвојења признаје се непосредно у свим државама уговорницама, у складу са чланом 23 Конвенције.³⁶

С обзиром да чланови 104 и 105 нашег Породичног закона допуштају заснивање само потпуног усвојења, у Републици Србији, као држави пријема, могуће је, у складу са конвенцијским решењима, извршити конверзију непотпуног усвојења, заснованог у држави порекла, у потпуно усвојење. Према информацији из Министарства за рад, запошљавање,

³⁴ *Сл.гласник РС – Међународни уговори*, бр.12/2013.

³⁵ Чланице ове конвенције су 98 држава. В. www.hcch.net/instruments/status-table.

³⁶ Према ставу 1 члана 23, “Усвојење потврђено у складу са Конвенцијом од стране надлежних органа државе уговорнице у којој је засновано, признаје се непосредно на основу закона у другим државама уговорницама. У потврди се наводи датум и лица од којих су прибављене сагласности предвиђене чланом 17 т.в)”. Члан 17 т.в) говори о сагласности централних органа државе порекла и државе пријема да се може покренути поступак заснивања усвојења.

борачка и социјална питања, од ступања на снагу Конвенције у Републици Србији до данас није забележен ниједан случај конверзије усвојења.

2.2.3. Норме Породичног закона о поступку у брачном спору (члан 226 ст.1) и члан 10 хашке Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (1996) – одлука о вршењу родитељског права

Република Србија је крајем 2015. године приступила хашкој Конвенцији о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (1996).³⁷ Реч је о значајној (мада и донекле компликованој) Конвенцији која уређује меродавно право за родитељску одговорност, одређује надлежност за предузимање мера за заштиту деце (како личних, тако и имовинских)³⁸ и обезбеђује њихово признање у свим државама уговорницама.³⁹ Приликом примене Конвенције треба бити пажљив, јер садржи појмове који нису увек истоветни са онима из Породичног закона (на пример, појам “родитељске одговорности” из Конвенције не поклапа се са појмом “родитељског права” из Породичног закона).

Указали бисмо овде на однос става 1 члана 226 Породичног закона и члана 10 Конвенције, с обзиром да под одређеним условима може доћи до необичне ситуације, која може изненадити наше судије. Реч је о томе да став 1 члана 226 Породичног закона предвиђа да (је) “Суд дужан да пресудом у брачном спору одлучи о вршењу родитељског права”.⁴⁰ И то је нешто се доживљава као аксиом. Међутим, под одређеним условима, Конвенција предвиђа да суд може развести брак, али да бракоразводна пресуда неће нужно садржавати одлуку о вршењу родитељског права. Ради се о следећој ситуацији: уколико дете има уобичајено боравиште у другој држави (на пример, у Црној Гори) наш суд може у брачном спору одлучивати о вршењу родитељског права⁴¹ само ако у тренутку покретања поступка један од родитеља има уобичајено боравиште у Републици Србији

37 *Сл.гласник РС – Међународни уговори*, бр.20/2015.

38 Мере за заштиту деце су детаљно (мада само *exempli causa*, тј. листа није потпуна) побројане у члану 3 Конвенције.

39 Конвенција има 47 држава чланица, укључујући и све земље Европске Уније. В. www.hcch.net/instruments/status-table.

40 Став 2 члана 226 предвиђа да „Суд може пресудом у брачном спору одлучити о потпуном или делимичном лишењу родитељског права“, а став 3 да „Суд може пресудом у брачном спору одредити једну или више мера заштите од насиља у породици“.

41 Као једној од мера заштите у смислу члана 3 став 1 т.б) Конвенције.

и титулар је родитељске одговорности (1); затим, ако су родитељи (оба!)⁴² који су титулари родитељске одговорности, прихватили надлежност нашег суда за одлучивање о старању над дететом (2) И трећи услов је да је у конкретном случају у најбољем интересу детета да наш суд донесе такву одлуку (3). Ови услови морају бити испуњени *кумулативно*, тако да, на пример, уколико не постоји пристанак другог родитеља (који је титулар родитељске одговорности) на надлежност нашег суда, може се донети бракоразводна пресуда и брак развести, *али без одлуке о старању над дететом* (односно, “о вршењу родитељског права”, према терминологији из Породичног закона). То се посебно може десити ако се ради о разводу брака по тужби.⁴³ Притом, чак и ако су ова три услова била испуњена, није упутно да се супружници након доношења одлуке о разводу одмах одрекну права на жалбу (и тако одлуку учине правноснажном), јер према ставу 2 члана 10 Конвенције надлежност суда за одређивање мера заштите (овде - одлуке о вршењу родитељског права) престаје чим одлука којом се усваја или одбија захтев за развод постане правноснажна или се тај поступак оконча из другог разлога.

3. Уместо закључка

Поред ових “додирних тачака” између Породичног закона и норми међународног приватног права, сигурно је да постоје и бројне друге. Заправо, сваки пут када имамо пред собом неки проблем из области међународног породичног права, инстинктивно помислимо на то какво је његово решење у сфери “чисто” унутрашњих односа. Тај ментални рефлекс је готово природан код интернационалиста приватиста. На пример, ако се ради престанку ванбрачне заједнице између нашег држављанина и словеначке држављанке који су живели у Словенији, услед смрти једног од ванбрачних партнера, и знајући да словеначко право допушта наслеђивање између њих, а имовина се налази и у Србији и у Словенији, одмах помислимо на решење нашег права које у том случају не допушта наслеђивање.

Осим тога, и нови извори како породичног, тако и међународног приватног права, доприносе настанку нових “додирних тачака”. На пример, уколико у скорој будућности буде донет нови Закон о међународном приватном праву Републике Србије, корелација установа из ових грана права биће још разноврснија и пунија. Примера ради, нови Закон о међународном

⁴² Или друго лице које је титулар родитељске одговорности у односу на то дете.

⁴³ B. S. Marjanović, *Nadležnost u materiji roditeljske odgovornosti i zaštita najboljeg interesa deteta u međunarodnom privatnom pravu Srbije – de lege lata i de lege ferenda*, Liber amicorum Gašo Knežević, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2016, стр. 129-132.

приватном праву садржи одредбе о “грађанскоправној заштити од насиља у породици” (чланови 111-113), предвиђа конверзију усвојења као општу установу нашег права (члан 102), затим, допушта избор меродавног права за развод брака (члан 90), уређује лично име тако да норме из Једанаестог дела Породичног закона постају потпуно прихватљиве и када се ради о односима с међународним елементом (чланови 57-62), детаљно уређује брачно-имовински режим (чланови 76-85), као и имовинске односе у ванбрачној заједници, при чему се уређују односи партнера и у нерегистрованој и у регистрованој ванбрачној заједници (чланови 86-87), иако ову другу наше породично право (још) не познаје.

Исто тако, и случајеви из праксе са којима смо се сретали, утицали су на садржину појединих решења новог Закона, а та решења су у несумњивој корелацији са одредбама Породичног закона. Тако, када се радило о уређењу склапања дипломатско-конзуларних бракова, у члана 72 новог Закона (став 1) најпре је поновљена идеја из става 1 члана 102 актуелног Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (1982).⁴⁴ Та одредба (у новој формулацији) сада гласи “Држављани Републике Србије могу међусобно у иностранству склопити брак пред овлашћеним конзуларним представником или дипломатским представником Републике Србије који обавља конзуларне послове, ако се томе не противи држава пријема.” Дакле, смисао је био да се потврди познати одговор на питање “ко може склопити брак у дипломатско-конзуларном представништву наше земље у иностранству” – могу само држављани Републике Србије, осим у Норвешкој где, поред тога, наш држављанин може склопити брак и са држављанином треће држава (не и норвешким, наравно), на основу Споразума о реципрочном признавању дипломатско-конзуларне форме брака.⁴⁵ Међутим, појавили су се и други проблеми. У два наврата матичари у Нишу обратили су нам се за помоћ јер је странка поднела захтев за упис у матичне књиге рођених и венчаних чињенице склапања брака с грчким држављанином, склопљеним у тадашњем конзуларном представништву Грчке у Нишу (такви случајеви нису били усамљени, јер смо у судовима налазили бракоразводне пресуде у погледу бракова које су наши држављани склапали у амбасадама или конзулатима страних држава који се налазе на територији Републике Србије, у Београду). Рекли смо матичарима да је такав брак ништав и да не треба да изврше тражени упис у матичне књиге. Након тога, и након реаговања надлежног

44 *Сл. лист СФРЈ*, бр.42/1982

45 Уредба о ратификацији Споразума између Југославије и Норвешке о реципрочном признавању дипломатско-конзуларне форме брака, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр.6/1958.

министарства, уследило је ново питање – у ком пропису се налази одредба по којој се такав брак сматра ништавим и која не дозвољава тражени упис? Да би избегли таква питања у будућности, јер је решење очигледно, у ставу 2 члана 72 Нацрта новог закона прописана је следећа одредба: “Ништав је брак који држављанин Републике Србије склопи у дипломатском или конзуларном представништву стране државе које се налази у Републици Србији”. Поред тога, мада стварне потребе није било (јер је у ставу 1 члана 72 јасно предвиђено да бракове у нашим дипломатско-конзуларним представништвима могу склапати само држављани Републике Србије међусобно), ипак смо прописали и став 3 који гласи: “Ништав је брак који држављанин Републике Србије склопи са држављанином државе пријема у дипломатском или конзуларном представништву Републике Србије у држави пријема”. Разлог за прописивање ове одредбе је тај што је све мање правника који обављају конзуларне послове у нашим дипломатско-конзуларним представништвима у иностранству, тако да, на жалост, могућност склапања брака са држављанином државе пријема није сасвим искључена. Познат је случај из праксе немачких судова када се наша држављанка након смрти “супруга” обратила са захтевом за деобу заоставштине и била одбијена, иако је у “браку” живела више од 20 година. Разлог је био тај што је брак са немачким држављанином био склопљен у нашем конзуларном представништву у Минхену и немачки органи су га огласили ништавим. На тај начин, прописивањем одредаба ставова 2 и 3 члана 72 додали смо у Нацрту новог закона два нова разлога за поништај брака.

Дакле, како се може закључити, бројне су “додирне тачке” између Породичног закона и породичних односа с међународним елементом. Обе материје су живе, динамичне и број тих тачака ће се временом сигурно повећавати. Међутим, оно што је важно јесте да се неусклађености између њих уочавају, сагледа њихов практични значај и евентуално отклоне и да се, у мери у којој је то могуће, тежи усклађивању решења и њиховој комплементарности. На тај начин, може се успоставити складан однос између ових грана права, што у крајњем води добром резултату – изградњи модерног правног система Републике Србије и повећању степена његове кохерентности.

Prof. Mirko Živković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**AN OVERVIEW OF THE SERBIAN FAMILY ACT (2005) FROM
THE PERSPECTIVE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

Summary

The paper discusses the relationship between the provisions of the Serbian Family Act and the rules of the Serbian Private International Law by observing some of their “point of contact”. These “points of contact” are situations where the norms of these branches of law overlap, yielding specific legal problems which are caused by mutual interference of internal and cross-border relations. In terms of their occurrence, these problems are divided into three groups: the problems generated by the adoption of the Serbian Family Act (2005), subsequent problems arising from the accession of the Republic of Serbia to some of the Hague conventions in family law matters, and the problems which are likely to arise if a new PIL Act of the Republic of Serbia is enacted (considering that it has been at a standstill since July 2014 when the Draft PIL Act was submitted to the Ministry of Justice). The overlapping issues are related to particular rights of the child (to decide which parent to live with and to maintain personal relations with the parent he/she does not reside with), the personal name, assessing the amount of maintenance obligations, proceedings in marital disputes, adoption, and nullity of consular marriages.

Keywords: *Serbian Family Act, Serbian Private International Law (PIL), rights of the child, personal name, assessment of maintenance obligations, adoption, marital dispute proceedings, nullity of consular marriage.*

УСЛОВНА ОСУДА У ИТАЛИЈАНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: У савременом кривичном праву казна затвора је данас основна и најзначајнија врста кривичне санкције која се изриче учиниоцима кривичних дела у циљу спречавања и сузбијања криминалитета. Но, сва кривична законодавства поред безусловне казне затвора познају и различите модалитете његовог изрицања или извршења. То су различити облици супститута или алтернатива у случајевима када према оцени личности учиниоца кривичног дела није неопходно његово безусловно лишење слободе. Тако се разликује потпуна или делимична суспензија казне затвора или неке друге врсте казне. У првом случају ради се о условној осуди. То је потпуно изузеће од извршења судском одлуком изречене или утврђене казне затвора (и или друге врсте и мере казне) за одређено време (време проверавања) и под одређеним условима. У случају да условно осуђени не испуни постављене опште и посебне, обавезне или факултативне услове, кривично право предвиђа обавезно или факултативно опозивање условне осуде. Но, поред условне осуде као облика или модалитета извршења изречене казне затвора, поједина савремена кривична законодавства познају и условну осуду као посебну врсту кривичне санкције – као меру упозорења.

Други облик делимичне суспензије извршења изречене казне затвора (или друге кривичне санкције заводског, институционалног карактера) назива се условни отпуст. У случају давања условног отпуста, ради се о делимичној суспензији изречене казне затвора под одређеним условима и за одређено време, али тек пошто је осуђено лице већ издржало део изречене казне у заводској установи. И за давање условног отпуста потребно је испуњење закона кумулативно прописаних услова кроз које се процењује да ли је и у ком степену остварена специјална превенција осуђеног лица – утицање на његово понашање у смислу поправљања, преваспитања и ресоцијализације.

1 jovas@prafak.ni.ac.rs

Претпоставка за примену ових мера јесте испуњење формалних услова – у погледу врсте и висине изречене, односно издржане казне затвора и материјалних услова – оцена суда да примена казне у конкретном случају није неопходна јер се циљеви (сврха) кажњавања могу остварити и без ефективног извршења казне затвора у целости или делимично. Управо о појму, карактеристикама, условима и начинима извршења ових облика суспензије казне затвора у кривичном праву Републике Италије говори и овај рад.

Кључне речи: *кривично дело, закон, казна, условна осуда, суд, Италија.*

1. Увод

У савременом европском кривичном праву² у систему мера друштвене реакције на криминалитет преовладавају по свом значају казне, а међу њима казна затвора. То је лишење слободе кретања учиниоца кривичног дела за у судској одлуци одређено време и његово смештање у заводску, пенитенсијарну установу³. Она је у посебном делу кривичних закона или законика прописана за највећи број кривичних дела, самостално или алтернативно, односно кумулативно са новчаном казном. Изриче се за одређено законом прописано време⁴. Али изречена мера казне затвора не мора у сваком конкретном случају да се ефективно и изврши у потпуности⁵. То значи да осуђено лице не мора у потпуности или делимично да издржи изречену казну ако суд у донетој пресуди изрекне условну осуду, односно ако у току издржавања изречене казне затвора ову делимично суспендује применом института условног отпуста. На тај начин се ефективно извршење утврђене или изречене казне затвора одлаже у потпуности или делимично за одређено време (време проверавања) и под одређеним обавезним и факултативним условима. Но, уколико условно осуђено лице не испуни постављене обавезе и не поступи по захтевима (наложима) у погледу понашања, условна осуда (а сходно томе и условни отпуст) се може (а у неким случајевима и мора) опозвати.

2 В. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2010, str.89-96.

3 М.Симовић, Д.Јовашевић, М.Симовић, *Извршно кривично право*, Правни факултет, Источно Сарајево, 2014, стр.178-189.

4 Д. Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 759.

5 V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, *Kazneno pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Rijeka, 2013, str. 211-213.

Условна осуда⁶ данас, у највећем броју кривичноправних система, представља посебну, самосталну врсту кривичне санкције у систему мера друштвене реакције према учиниоцима кривичних дела. Она спада у мере упозорења (упозоравајуће, опомињуће или адмонитивне) кривичне санкције које се могу изрећи од стране суда у законом прописаном поступку сваком пунолетном физичком или правном лицу као учиниоцу кривичног дела. Но, у упоредном кривичном законодавству у Европи ова санкција понекад представља само облик (форму, начин, модалитет) извршења изречене казне затвора или пак подврсту казни или пак облик амнестије или помиловања, што указује да и данас у правној теорији она закупља пажњу у погледу разматрања њене правне природе, карактера, дејства и значаја, иако се ради о санкцији која је уведена у кривично законодавство почетком 20. века.

Условна осуда (а у неким правним системима и судска опомена) као врста упозоравајуће, опомињуће или адмонитивне кривичне санкције је настала крајем 19. и почетком 20. века као супститут⁷ кратке казне затвора у случајевима када њено изрицање, односно извршење није нужно за остварење сврхе кажњавања. Она је представљала даљи допринос развоју идеје специјалне превенције, ресоцијализације осуђеног лица и индивидуализације у примени кривичних санкција према учиниоцима лакших кривичних дела.

Мере упозорења⁸ су законом предвиђене мере друштвене реакције које суд у законом предвиђеном кривичном поступку изриче пунолетном учиниоцу скривљеног кривичног дела, а које се у циљу заштите друштва од криминалитета састоје у упозорењу учиниоца да му у случају поновног извршења кривичног дела слобода и права која иначе ужива као и сваки грађанин могу бити одузете или ограничене за одређено време.

У правној теорији⁹ се истичу следеће карактеристике условне осуде : а) то је мера опомене и упозорења која не садржи зло, репресију или принуду у смислу одузимања или ограничавања слобода или права учиниоцу кривичног дела, али она ипак предочава, прети, указује на могућност њихове примене. Но, и овде се ради о мери која се примењује према учиниоцу кривичног дела против и мимо његове воље, б) то је мера

6 В. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 2*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2016, str. 218-221

7 Д.Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Досије, Београд, 2016, стр.268-270.

8 Д.Јовашевић, В.Икановић, *Кривично право Републике Српске, Општи део*, Универзитет Апеирон, Бања Лука, 2012, стр.278-282.

9 М.Ђорђевић, Ђ.Ђорђевић, *Кривично право*, Пројурис, Београд, 2014, стр.87-89.

које представља супститут казне затвора јер је њена примена везана за у закону прописану или одлуком суда изречену казну, в) она се примењује зависно од природе, тежине и врсте кривичног дела, односно својстава личности његовог учиниоца (примарни, ситуациони, случајни, нехатни учиниоци) када суд дође до уверења да је изрицање казне непотребно са аспекта остварења сврхе примене кривичних санкција, г) хумани карактер ове мере произилази из њене природе, карактера и дејства јер она не представља зло и принуду према учиниоцу кривичног дела и д) са аспекта сврхе кривичних санкција ради се о мери изразито специјално превентивног карактера.

2. Појам и системи условне осуде

Условна осуда¹⁰ је одлагање извршења утврђене казне затвора (и-или друге врсте и мере казне) кривично одговорном учиниоцу кривичног дела за одређено време (време прокушавања, проверавања, кушње) под условом да он не изврши ново кривично дело и да испуни друге постављене опште и посебне обавезе и услове¹¹. Ако условно осуђено лице не изврши ново кривично дело у одређеном року и испуни друге постављене обавезе, тада до извршења утврђене или изречене казне неће ни доћи, а оно ће се сматрати као да није осуђивано. У противном, условна осуда се опозива, а судском пресудом утврђена казна се извршава у пенитенсијарним установама.

То значи да је условна осуда испраштање казне (или привремено одрицање државе да изрекне казну) учиниоцу кривичног дела од стране друштва под одређеним условима, испраштање које је базирано на уверењу суда да ће се учинилац убудуће владати у складу са нормама правног поретка и да више неће вршити кривична дела¹².

У правној теорији се могу наћи и схватања према којима код условне осуде држава не одустаје од реакције на кривично дело чиме се остварује

10 В. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 1*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2015, str.189-193.

11 У савременом кривичном праву позната је и делимична, парцијална условна осуда. Тако члан 132-31. француског Кривичног законика, члан 43. аустријског Кривичног законика, члан 73. Кривичног законика Републике Естоније и члан 57. Казненог закона Републике Хрватске предвиђају могућност условног одлагања извршења дела утврђене казне затвора. У том случају се условна осуда претвара у антиципирани условни отпуст.

12 Д. Јовашевић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске, Општи део*, **ор. cit.**, стр. 211-214.

праведност, те генерална и специјална превенција, али се према учиниоцу кривичног дела показује обзирност тако да се поштеђује од извршења казне¹³. У неким правним системима условну осуду као врсту кривичне санкције, поред суда, могу да изричу и вансудски органи (нпр. председник републике)¹⁴.

Условна осуда може бити изречена кривично одговорном учиниоцу кривичног дела. У савременом кривичном праву постоје два система условне осуде. Оба система су се развила из института "probation". То су¹⁵: а) континентални и б) англоамерички систем.

Према континенталном¹⁶ (француско-белгијском систему који се назива и "sursis", а који је уведен на предлог сенатора Беранжеа) суд води кривични поступак према учиниоцу кривичног дела и изриче му врсту и меру казне, али чије извршење одлаже за одређено време и под одређеним условима. Учиниоца се за то време не сматра осуђиваним лицем ако испуни постављене услове. Предности овог система су јер се учиниоцу кривичног дела суди и изриче му се казна тако да се у случају њеног опозивања приступа извршењу већ изречене казне. Пресуда се доноси на бази свежих и непосредно утврђених доказа, тако да је мала могућност да дође до грешака у прикупљању, утврђивању и судској оцени доказа¹⁷.

Код англоамеричког система¹⁸ нема вођења кривичног поступка, већ се суђење одлаже за време док се учиниоца кривичног дела ставља под систем прокушавања, односно под надзор органа правосуђа и јавне безбедности под условом да он на то пристаје. Англоамерички систем прокушавања¹⁹ је повољнији за учиниоца кривичног дела с обзиром да не долази до суђења и изрицања казне (па се такво лице не сматра осуђиваним), а заштитни надзор који врше одређена лица (или установе), штити га од искушења и пружа му помоћ у савладавању свакодневних животних проблема за укључивање у друштвено-користан рад и уздржавање од кршења

13 P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 2004. godine, str. 379.

14 B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 2*, **op.ciz.**, str. 189-193.

15 B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2007. godine, str. 244-252.

16 K. Turković et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2013. godine, str. 89-91.

17 Д. Јовашевић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске, Општи део*, **op.cit.**, стр. 217-223.

18 М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *Кривично право*, **op.cit.**, стр. 99-102.

19 Lj. Selinšek, *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnege dela*, Založba GV, Ljubljana, 2007. godine, str. 212-217.

прописа. Недостатак овог система долази до изражаја у случају опозивања прокушавања, када долази до накнадног суђења и изрицања осуде јер тада могу настати тешкоће око прикупљања и утврђивања доказа због протека краћег или дужег времена²⁰.

3. Облици суспензије казне у праву Републике Италије

Међу ретким кривичним законцима који су и данас у примени, а који су донети у време пред Други светски рат налази се и Кривични законик Републике Италије. Кривични законик Италије – *Codice penale* је октобра 1930.године прогласио цар Виторио Емануле III²¹. И овај Законик, иако донет у предвечерје светског рата, и данас је у примени са низом измена и допуна (укључујући последње новеле из 2016. и 2017.године).

Овај Законик у Општем делу – *Parte generale*, у другом делу под називом : “Обустава-суспензија казне” познаје више облика потпуне или делимичне суспензије извршења прописане или изречене казне. То су²² :

- 1) условна осуда (члан 194. КЗ) која се јавља у два облика и то као : а) редовна, класична условна осуда и б) условна осуда са заштитним надзором и
- 2) условни отпуст (члан 206. КЗ).

3.1. Изрицање условне осуде

Глава прва у другом делу : “Обустава – суспензија казне” посвећена је одређивању појма, карактеристика, дејства, облика, изрицања и опозивања условне осуде. Према законском решењу из члана 194. КЗ произилази да је условна осуда самостална кривична санкција чије је изрицање везано за претходно прописану, односно за судском одлуком изречену казну учиниоцу кривичног дела²³. Тако је суд овлашћен (али не и обавезан) да узимајући у обзир све објективне околности учињеног кривичног дела и субјективне околности личности његовог учиниоца размотри у конкретном случају могућност изрицања условне осуде уместо казне ако дође до уверења (оцене) да ће се на овај начин боље, брже и ефикасније обезбедити промена и поправак (рехабилитација, реинтеграција, ресоцијализација) учиниоца кривичног дела (осуђеног лица). У сваком

20 Н.Мрвић Петровић, *Кривично право*, Београд, 2005.године, стр.117-119.

21 Legge 10. Ottobre 1930. No. 1398. Testo coordinate ed aggiornate del Regio Decreto Legge 20.3.2016. No. 20 e 8.Marzo 2017. No. 24.

22 S.Aleo, G.Pica, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 2012, str.389-396.

23 *Compendio di Diritto penale, Parte generale e speciale*, Simone, Napoli, 2008, str.401-403.

случају таква одлука подразумева позив на сарадњу условно осуђеног лица у циљу промене његовог понашања, с тим да овако изречена санкција може у сваком тренутку бити опозвана ако околности указују да њено изрицање није било оправдано и неоподно.

За изрицање условне осуде потребно је испуњење више услова (члан 195. КЗ). То су²⁴ :

а) да се ради о примарном учиниоцу кривичног дела, дакле, лицу које претходно није правноснажно осуђивано за кривично дело,

б) да је за учињено кривично дело у закону прописана новчана казна (члан 88. КЗ), обавезни рад (чл. 102-103. КЗ) или казна затвора краћа од три године (члан 105. КЗ) и

в) да учинилац кривичног дела према оцени суда не представља опасност по друштво, друштвена добра, вредности и интересе, односно правни поредак.

При испуњењу наведених кумулативних услова суд на бази утврђених објективних и субјективних околности учињеног кривичног дела и личности његовог учиниоца изриче одређену врсту и меру казне и истовремено одређује да ли ће се она извршити на један од два законом предвиђена начина. То су : а) безусловно извршење изречене казне и б) изречена казна се замењује условном осудом при чему долази до потпуног суспендовања изречене казне под одређеним условима и за одређено време.

У члану 196. КЗ Италије је предвиђена могућност суспензије извршења казне и када се ради о учиниоцу кривичног дела, без обзира да ли је раније већ био осуђиван или не. Таквом лицу се, наиме, изриче упозорење, тако што суд доноси осуђујућу пресуду и изриче му одређену меру и врсту казне за учињено кривично дело, при чему наређује да се извршење казне суспендује током одређеног временског периода - периода прокушавања (времена проверавања).

Ако се условна осуда успешно изврши, дакле, ако условно осуђено лице испуни за време трајања рока проверавања све постављене услове и обавезе у погледу свога понашања и уздржавања од кршења правних прописа и вршења кривичних дела, изречена казна ће се опозвати. Н, и у овом случају се осуђујућа пресуда уноси у казнену евиденцију и производи законом прописане правне последице осуде²⁵.

24 Т. Padovani, *Diritto penale, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2012, str.441-449.

25 I. Caraccioli, *Manuale di diritto penale*, Padova, Cedam, 2005, str. 289-302.

Ако постоји могућност изрицања збирне (јединствене) казне за више учињених кривичних дела у идеалном или реалном стицају (члан 197. КЗ), тада је суд овлашћен, ако постоје “добри” разлози да донесе одлуку да суспендује само неку од изречених казни које су ушле у састав јединствене казне. То је делимична или парцијална условна осуда. Када постоје “добри”, дакле, оправдани и целисходни разлози због чијег превентивног карактера и интереса суд може донети овакву одлуку, представља фактичко питање које суд решава у сваком конкретном случају.

Кривични законик Италије²⁶ је у члану 198. изричито предвидео разлоге због којих се условна осуда (као потпуна суспензија изречене казне) не може изрећи. То су : а) ако се ради о учиниоцу кривичног дела који је раније већ био правноснажно осуђен на казну затвора у трајању преко три године или казну строгог затвора без обзира на трајање, а коју је у потпуности и издржао и б) ако се ради о учиниоцу кривичног дела који је као повратник поново осуђен на казну затвора у трајању преко три године или казну строгог затвора за покушано кривично дело, па му се опет суди за новоизвршено кривично дело.

Такође, условна осуда се обавезно поништава лицу коме је за раније учињено кривично дело изречена казна затвора до три године, али које је откривено накнадно, касније пошто је већ донета осуђујућа пресуда којом је изречена казна суспендована и уместо ње изречена условна осуда. На исти начин се поништава већ изречена условна осуда када је одобрена суспензија изречене казне за коју суд накнадно закључи да је “незаслужена”. Када је изрицање условне осуде учиниоцу кривичног дела “заслужено”, а када је “незаслужено”, представља фактичко питање које суд решава у сваком конкретном случају узимајући у обзир све објективне и субјективне околности.

Пре доношења одлуке о суспензији изречене казне условном осудом у смислу члана 199. КЗ суд је овлашћен да прибави све потребне информације и податке²⁷ : а) о претходној осуђиваности учиниоца кривичног дела, за која дела и на које врсте и мере кривичних санкција, б) о личности учиниоца кривичног дела, в) о условима живота и рада и г) о другим личним околностима учиниоца кривичног дела (старост, стручност, здравствено стање, запосленост, породичне прилике итд.). Лица и органи који располажу овим информацијама, а посебно службеници добротворних организација или поуздани социјални радници су обавезни да суду у остављеном року доставе тражене податке и информације.

26 American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries. Part II.* 1980, str. 14.

27 F.Rammaci, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2007, str.478-485.

При изрицању једног од два облика суспензије изречене казне (члан 200. КЗ) суд има више могућности, за које у сваком конкретном случају мора да да ваљано образложење : а) да одобри суспензију изрицања казне, б) да одобри суспензију извршења изречене казне и в) да не одобри суспензију казне. У прва два случаја суд одлуку доноси руководећи се следећим околностима : а) ако претходно учињена кривична дела и б) личност њиховог учиниоца не указују на “разумну” претпоставку да ће суспензија изрицања или извршења казне произвести добре резултате код условно осуђеног лица.

Тада суд условно осуђеном лицу одређује време трајања рока проверавања које се креће од две до пет година и почиње да тече од дана правноснажности донете пресуде узимајући у обзир тежину извршеног кривичног дела, процењени ризик од рецидива (понављања вршења кривичног дела убудуће) и поузданост условно осуђеног лица.

Својом одлуком о суспензији казне, суд истовремено одређује условно осуђеном лицу у смислу члана 201. КЗ и услове одобрене суспензије²⁸. Наиме, условна осуда подразумева формално обећање учиниоца кривичног дела на будуће добро понашање, на прихватање захтева који се пред њега стављају за време трајања проверавања, да надокнади у потпуности или бар у највећој могућој мери штету проузроковану извршеним кривичним делом или да исплати одштету оштећеном - жртви (члан 100. КЗ), односно да плати судске трошкове у пресудом остављеном року. Но, суд се не задовољава само формалним “вербалним” обећањем условно осуђеног лица да ће испунити све постављене услове у пресуди, већ од њега захтева и додатне гаранције. Те гаранције за испуњење датих обећања могу бити двојачке природе : а) личне и б) материјалне природе.

3.2. Условна осуда са заштитним надзором

Други облик условне осуде у италијанском кривичном праву предвиђен је у одредби члана 202. КЗ. Наиме, при доношењу одлуке о суспензији изрицања или извршења изречене казне, суд може уз условну осуду и одређено време проверавања да условно осуђеном лицу изрекне и одређена правила понашања, односно мере заштите и надзора за које сматра да су “неопходни”. Оцена о неопходности поштовања правила понашања, односно мера заштите и надзора над животом, радом и понашањем условно осуђеног лица представља фактичко питање које суд решава у сваком конкретном случају²⁹.

28 D.Pulitano, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2007, str.612-619.

29 A.Pagliari, *Trattato di diritto penale*, Milano, Giuffre, 2016, str.298-302.

Таква правила понашања условно осуђеног лица се могу односити на³⁰ :

- а) потребу изучавања одређеног заната,
- б) настањивање на одређеном месту пребивалишта или боравишта,
- в) заснивање радног односа или живљење у одређеном месту,
- г) уздржавање од дружења са одређеним људима или од употребе алкохолних пића,
- д) уплаћивање дела своје зараде породици, старатељу или заштитнику и
- ђ) подвргавање потребној терапији или другој сличној мери за успешну реализацију изречене условне осуде.

Суд у конкретном случају изриче једно или више законом прописаних правила понашања условно осуђеном лицу за време трајања рока проверавања. При њиховом избору суд узима у обзир индивидуалне потребе условно осуђеног лица, тако да изречена правила понашања морају бити у складу са околностима и природом оцене ризика од његовог бекства, односно са потребама и циљевима његовог преображаја, преваспитања и ресоцијализације.

Постављена правила понашања условно осуђеног лица могу да зависе и од његовог захтева, као и захтева његовог заштитника, старатеља или јемца, односно од захтева државног тужиоца.

Након одобрења суспензије изрицања или извршења изречене казне суд у смислу члана 203. КЗ може, ако нађе да је то оправдано и потребно, да условно осуђено лице у конкретном случају стави под надзор одређеног заштитника, чувара, службеника за условни отпуст или добротворне организације (члан 213. КЗ)³¹.

Заштитник или службеник за надзор у том случају имају обавезу да буду у константном контакту са условно осуђеним лицем, да га посећују код куће или на радном месту, да проверавају активности којима се бави у слободно време, те да му дају одређене смернице и упутства која ће да на најбољи начин обезбеде његово поновно прилагођавање друштвеном животу и његов преображај, преваспитање и ресоцијализацију. Такође, ова лица врше редовну, али ненаметљиву контролу над животом, радом и понашањем условно осуђеног лица и дужни су да свака три месеца, а по потреби и чешће, достављају извештај Комисији за условни отпуст.

30 A.Fiorella, *Questioni Fondamentali della parte generale del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, str. 489-493.

31 A.Pagliari, *Principi di diritto penale*, Padova, Cedam, 2007, str.223-229.

3.3. Оповивање условне осуде

Суспензија прописане или изречене казне за одређено време и под одређеним условима, са или без додатних захтева у погледу понашања условно осуђеног лица и примењених мера надзора и заштите могу да имају двојаки ефекат³² :

а) да се условно осуђено лице на слободи за време трајања рока проверавања у потпуности преобрази, преваспита и ресоцијализује, те да се не очекује његово поново враћање на пут вршења кривичних дела и

б) да се изрицање условне осуде покаже неоправданим и нецелисходним, када долази до оповивања условне осуде.

Када се заврши период трајања рока проверавања и када се изврше све секундарне казне или мере које су изречене условно осуђеном лицу, тада се сматра да је условна осуда успешно окончана (члан 205. КЗ). У том случају суд налаже брисање изречене казне, односно њене суспензије у виду условне осуде, као и других података из казнене евиденције.

Но, ако се покаже да је изрицање условне осуде неуспешно, неоправдано и непотребно, тада долази до њеног оповивања. Кривични законик Италије предвиђа више основа (разлога) за оповивање условне осуде (члан 204. КЗ).

Ако током трајања периода проверавања (који може да се креће од две до пет година) условно осуђено лице³³ : а) прекрши једно или више од постављених правила понашања, б) избегава примену мера надзора или заштите заштитника, чувара, службеника или добротворне организације којима је поверен, в) учини ново кривично дело из нехата или г) на било који други начин други изневери поверење суда које му је указано приликом суспензије прописане или изречене казне, суд му прво упућује формално упозорење.

Но, ако се условно осуђено лице и поред формалног упозорења и даље држи свог става и понашања или ако пак намерно (са умишљајем као обликом кривице) учини ново кривично дело у време трајања рока проверавања, тада суд после саслушања условно осуђеног лица обавезно оповива условну осуду и упућује га у заводску установу на извршење изречене (па потом суспендоване) казне затвора. Законик је изричито забранио поновно изрицање условне осуде за новоучињено умишљајно кривично дело у време трајања рока проверавања.

32 F.Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 2011, str.178-181.

33 B.Romano, *Guida alla parte generale e speciale del diritto penale*, 4. edizione, Padova, Cedam, 2009, str.411-413.

При постојању наведених основа или разлога за опозив условне осуде, ако је потребно у границама које су дозвољене законом, суд је овлашћен да таквом условно осуђеном лицу изрекне и нова правила понашања, односно да му продужи време трајања рока проверавања.

3.4. Условни отпуст

Посебан облик делимичне суспензије изречене казне затвора и пуштање на слободу осуђеног лица и пре истека времена на које је изречена казна затвора или слична мера институционалног карактера назива се условни отпуст. Он је у Кривичном законнику Италије уређен у глави два, другог дела под називом : “Условни отпуст”³⁴.

Наиме, према одредби члана 206. КЗ сваком лицу коме је изречена казна затвора или друга мера која се састоји у одузимању слободе кретања учиниоца кривичног дела за одређено време, може се одобрити превремени условни отпуст. То је, како сам Законик каже, “средство препорода и друштвене реинтеграције”, који чини на тај начин део прогресивног (енглеског) система извршења казне затвора. Но, условни отпуст није право осуђеног лица, већ законом прописана могућност коју он мора да заслужи и која се даје само у случајевима када постоје “разумне” шансе за успех у преваспитању, преображају и ресоцијализацији.

Суд може, на предлог Управе заводске установе у којој се налази осуђено лице према члану 207. КЗ да одобри условни отпуст и пуштање на слободу осуђеног лица ако су испуњени следећи законом кумулативно одређени услови³⁵ :

- а) ако је осуђено лице за време издржавања изречене казне затвора или друге мере одузимања слободе својим радом и понашањем пружио “оипљиве” доказе свог напретка у процесу преображаја, поправљања и преваспитања,
- б) ако је осуђено лице надокнадило штету коју је проузроковало извршеним кривичним делом или се са оправданим разлозима може очекивати да ће то учинити и
- в) ако личност и понашање осуђеног лица за време издржавања изречене казне, односно мере, као и животни услови који га очекују после његовог изласка на слободу из заводске установе пружају довољно гаранција да ће се оно на слободи добро понашати, да ће поштовати норме правног поретка и нарочито да неће вршити нова кривична дела.

34 G.Contento, *Corso di diritto penale*, Laterza, 2006, str.289-293.

35 I.Caraccioli, *Manuale di diritto penale*, *op.cit.*, str.303-307.

Директор заводске установе у којој се налази осуђено лице (члан 208. КЗ) даје препоруку за његово привремено ослобођење и пуштање на слободу ако су испуњени законом прописани кумулативни услови. У случају да је захтев за давање условног отпуста поднео сам осуђени, тада директор заводске установе суду доставља извештај установе и другу документацију уз захтев осуђеног лица.

Након одобравања условног отпуста и пуштања осуђеног лица на слободу суд одређује и време његовог трајања. То је, заправо, преостало време до потпуног извршења судском пресудом изречене казне или друге мере лишења слободе. При томе је Законик у члану 209. изричито одредио да време трајања условног отпуста не може да буде краће од две године (ако се ради о повратнику – члан 128. КЗ), нити да буде дуже од пет година (ако се ради о лицу које је осуђено на казну доживотног затвора – члан 107. КЗ)³⁶.

Лице које се налази на условном отпусту дужно је да до истека његовог трајања поштује одговарајућа правила понашања која му је поставио суд (члан 210. КЗ). При избору ових правила суд посебно узима у обзир следеће околности : а) старост осуђеног лица и његову личност, б) процену ризика којем условно отпуштено лице на слободи може бити изложено и в) степен поузданости његових породичних, пословних и друштвених услова на слободи. Зато је заводска установа у обавези да и пре пуштања на условни отпуст осуђеног лица отпочне са припремама у погледу избора ових правила понашања, као и услова за њихово испуњавање од стране условно отпуштеног лица на слободи. У овоме суду, односно управи заводске установе помажу различити друштвени субјекти као што су : органи заштите, старатељства или социјалне заштите.

За време трајања условног отпуста осуђеном лицу се поред одређених правила понашања које одређује суд, као и начин њиховог испуњавања, се изриче и мера стављања под надзор органа заштите или друге добротворне организације³⁷. Ови органи својим упутствима и смерницама условно отпуштеном лицу (члан 213. КЗ) помажу да се циљ (сврха) условног отпуста у потпуности и ефикасно оствари. Ако лице које је условно пуштено на слободу покаже добро понашање до истека периода трајања условног отпуста, тада се оно у потпуности ослобађа од даљег издржавања изречене казне или мере лишења слободе, а његова осуда се брише из казнене евиденције.

Суд је овлашћен да приликом давања условног отпуста осуђеном лицу, а после његовог саслушања, на предлог заводске установе или надзорних

36 F.Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, **op.cit.**, str.334-348.

37 A.Pagliari, *Trattato di diritto penale*, **op.cit.**, str.298-302.

органа, овоме изрекне за време трајања условног отпуста и одређене забране, односно наредбе (члан 212. КЗ) као што су³⁸: а) забрана бављења одређеним занатом или професијом (члан 122. став г. КЗ), б) забрана одласка на одређена места, в) забрана боравка на одређеним местима, г) наредба о обавезном боравку у одређеном месту пребивалишта и д) наредба за протеривање (чл. 149-154. КЗ). У сваком случају суд одређује услове, ограничења или гаранције (безбедносне, контролне итд.) за условно отпуштено лице које треба да допринесу успешнијем, бржем и лакшем обнављању нормалног живота таквог лица на слободи.

У случају да се сврха условног отпуста не може остварити у конкретном случају, већ условно отпуштено лице крши постављена правила понашања и забране, односно упуства и смернице, или пак за време трајања условног отпуста изврши ново кривично дело, Кривични законик у члану 211. дозвољава могућност опозива условног отпуста. То значи враћање условно отпуштеног лица у заводску установу да у целости издржи пресудом изреченом казну или другу меру одузимања слободе. У том случају време које је условно отпуштено лице провело на слободи се не одузима од времена трајања изречене казне или мере.

Успех у извршењу изречене условне осуде (као потпуне суспензије казне) или условног отпуста (као облика делимичне суспензије казне или мере одузимања слободе) код осуђеног лица у великој мери зависи и од ефикасне, квалитетне и благовремене примене мера надзора добротворних организација. Систем ових мера помоћи, заштите и надзора је уређен у глави трећој под називом : "Надзор добротворне организације". Тако је у члану 213. КЗ одређено изричито да "надзор добротворне организације представља суштинску одлику система која има за циљ добијање добрих резултата од извршења изречених казни и других мера лишења слободе путем примене различитих метода". Стога је Законик прописао обавезно стављање под надзор одговарајуће добротворне организације условно отпуштеног лица.

Дужности добротворних организација³⁹ се сходно члану 214. КЗ састоје у примени мера, средстава и поступака који треба да омогуће условно отпуштеном лицу да се боље, брже и лакше прилагоди животу на слободи у заједници. Такође, ове организације пружају саветодавне услуге, усмеравање, као и моралну и материјалну помоћ у циљу постизања сврхе

38 A.Fiorella, *Questioni Fondamentali della parte generale del diritto penale*, **op.cit.**, str. 489-493.

39 A.Pagliario, *Principi di diritto penale*, **op.cit.**, str.223-229.

поновног успостављања нормалног живота условно отпуштеног лица, као и спречавања (превенције) вршења кривичних дела у будућности.

У том циљу именована добротворна организација може условно отпуштено лице да запосли, да му пронађе одговарајуће запослење, да му пружи помоћ у проналажењу посла, послодавца, места становања или да га усмерава како да правилно користи своју уштеђевину или зараду, односно да му пружи сваку другу подршку која му је неопходна како би водио "чистан" живот.

Такође, добротворна организација⁴⁰ је овлашћена и да врши редован надзор над животом, радом и понашањем условно отпуштеног лица, али на дискретан и одговарајући начин, тако да се не угрози његова рехабилитација. О примењеним мерама надзора ова организација у одређеним временским периодима доставља потребне извештаје суду и другим надлежним органима.

Поред добротворних организација надзор, као и пружање мера помоћи условно отпуштеном лицу могу да врше и друга удружења, групе грађана, јавне или приватне установе које се и иначе баве оваквим активностима, уз помоћ и под контролом државе (члан 215. КЗ). У надзору над условно отпуштеним лицем посебну улогу имају и службеници за заштиту или за условни отпуст које суд одређује у сваком конкретном случају.

4. Закључак

Савремена кривична законодавства Европе, па и кривично законодавство Републике Италије предвиђа разуђен систем кривичних санкција за учиниоце кривичних дела. То је у складу са обимом, структуром и динамиком криминалитета, али и са захтевима криминалне политике – да се сваком учиниоцу кривичног дела индивидуализира врста и мера друштвене реакције оличене у кривичној санкцији која одговара степену друштвене опасности учиниоца дела, односно обиму и интензитету проузроковане последице и околностима под којима је кривично дело учињено. Казне су основне и од најстаријих времена најчешће прописиване и изричане кривичне санкције. И данас је највећи број кривичних дела у посебном делу Кривичног законика Републике Италије запређен управо овом врстом кривичних санкција.

Али, под утицајем идеја о индивидуализацији и превенцији као основној функцији кривичног права, почетком 20. века у систем кривичних санкција се уводе нове врсте мера друштвене реакције. То су алтернативне мере,

40 F.Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, *op.cit.*, str.178-181.

мере упозорења (опомињуће, упозоравајуће, адмонитивне кривичне санкције), као супститути казне затвора (или друге казне), међу којима се посебно истиче условна осуда. Те су мере потпуно лишене ретрибутивног карактера, њиховом применом се од учиниоца кривичног дела не одузимају или му се не ограничавају слободе и права, али му се њихово одузимање и ограничење стављају у изглед ако се не уздржи од даљег кршења правних прописа и вршења кривичних дела. На тај начин се психолошком "принудом" утиче на учиниоца кривичног дела у смислу поправљања његовог понашања, уздржавања од кршења прописа и понашања и владања на слободи под одређеним ограничењима и под претњом примене у закону прописане или у судској одлуци изречене врсте и мере казне.

Слично, као и у другим савременим кривичним законодавствима, и кривично право Републике Италије, иако потиче из времена уочи Другог светског рата, познаје више различитих облика или форми супститута или суспензије (обуставе) казни (новчане казне, обавезног рада или казне затвора у трајању до три године). Ту се на првом месту истиче потпуна или делимична (парцијална) суспензија (обустава) извршења прописане казне под одређеним условима и за одређено време проверавања (у трајању од две до пет година), Поред основног, Кривични законик Италије познаје и специфичан облик суспензије казне – условну осуду са заштитним надзором. То је условна осуда уз коју се осуђеном лицу налажу одређена правила понашања (једно или више) и предузимају мере помоћи и надзора над његовим животом и радом.

За разлику од претходних облика потпуне, додуше условљене, замене или обуставе извршења прописане или изречене казне, италијанско кривично право познаје и делимичну, парцијалну суспензију извршења казне затвора или друге мере одузимања слободе пре њеног окончања у потпуности путем примене института условног отпуста. У свим овим случајевима ради се о модалитетима замене или обуставе у потпуности или делимично извршења казне или мере институционалног карактера, за одређено време и под одређеним условима које даје суд на основу свих околности конкретног случаја.

У примени условног отпуста велику улогу имају добротворне организације, удружења грађана, јавне или приватне установе које пружањем мера помоћи и заштите, те вршењем надзора помажу условно отпуштеном лицу у бржем, лакшем и безболнијем повратку у друштвену заједницу и истрајавању у добром понашању, као и у уздржавању од поновног вршења кривичних дела.

Dragan Jovašević, LL.D

Full Profesor,

Faculty of Law, University of Niš

SUSPENDED SENTENCE IN ITALIAN CRIMINAL LAW

Summary

In the contemporary criminal law, a prison sentence is the basic and most important type of criminal sanction which may be imposed on criminal offenders for the purpose of preventing and combating crime. Yet, all criminal legislations recognize different models of imposing or executing the unconditional prison sentence, based on the assessment of the perpetrator's personality. These models include different substitutes or alternatives applicable in cases where unconditional imprisonment is not considered necessary. Thus, we may distinguish two forms of suspension of a prison sentence or some other kind of punishment: full or partial suspension. Full suspension of a prison sentence is called a suspended sentence. It implies a complete exemption from the execution of a prison sentences (and/or other type of punishment or measure) imposed or rendered by a court decision for a specified period of time (probation period) and under specific conditions. In case the convicted offender who has been imposed a suspended sentence does not meet the general and specific, mandatory or optional requirements, criminal law provides for the mandatory or optional revocation of the suspended sentence. However, in addition to the suspended sentence as a form of executing the imposed prison sentence, some modern criminal legislations also recognize the suspended sentence as a special kind of criminal penalty, i.e. as a warning measure.

Partial suspension of the imposed prison sentence (or any other criminal sanction of institutional character) is called a conditional release. It implies is partial suspension of prison sentence under certain conditions and for a specified period, but only after the convicted person has already served part of the imposed prison sentence. In order to be granted a conditional release (to be released on parole), the convicted offender has to cumulatively meet the the prescribed requirements, which are used for assessing the scope of attained special prevention related to the convicted offender, particularly in terms of the exerted impact on his/her correction, re-education and re-socialization. A prerequisite for implementing these measures is the fulfillment of the formal requirements (including the type and duration of the imposed/served prison sentence), as well as the requirements related to the

discretionary court assessment that prison sentence is no longer necessary in the specific case because the goals (purpose) of punishment may be achieved without the enforcement of prison sentences in whole or in part. This paper discusses the concept, characteristics, requirements and methods of implementing these forms of prison sentence suspension in the criminal law of the Republic of Italy.

Key words: *criminal offence, law, penalty, suspended sentence, court, Italy.*

PUBLIC- PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS: UNDERSTANDING THE NEED FOR THE RELATIONAL PARADIGM¹

Abstract: *Public-private partnership (hereinafter: PPP) is the phenomenon of undisputable economic, social, political and legal importance at national, regional and universal level. Characterized in aforesaid way PPP demands the creation of a paradigm in order to provide structure and principles necessary for viable and sustainable realisation of contracts on which PPP projects are based. The paradigm of “transactional” nature of the agreements rests on the parties will and ability to embrace all potentially contentious questions into one single contractual instrument. The subsumption of PPP agreements under this paradigm will cause the obstacles in their implementation. Namely the parties of PPP agreement are aware of the impossibility and/or inefficiency of ex ante regulation of potential contingencies arising from or in connection with their relation. The reasons for such inabilities and inefficiencies are the following: the complexity of the subject matter of the PPP agreement (i.e. improvement the realization of public interests); the involvement of two types of actors from different discourses (private ones and public ones), with different interests and different logic of action and pay-off measurement; long term nature of PPP projects. Therefore the need for adaptation and adjustment of PPP agreements is nested in the very premise of public-private partnership concept: it is expected and in certain sense inevitable. Relational contract theory is used in the paper as the starting premise for building the paradigm suitable to ensure the viability of PPP agreements. The relational method of contracting enables substantively appropriate alignment of PPP contractual framework with*

* pepi@prafak.ni.ac.rs.

1 The paper is part of research on the project “Protection of Human and Minority Rights in the European Legal Space/Area” (179046), which is carried out by the Faculty of Law, University of Nis, and financially supported by the Ministry of Science and Technological Development of the Republic of Serbia.

the changes in the environment (political, economic, social) surrounding public-private partnership project implementation. To achieve this goal, relational paradigm of PPP agreements uses as the tool the legal principles such as reasonableness and good faith.

Key words: *Public-private Partnership; Relational Contract Theory; Public Interest; Reasonableness; Good Faith.*

1. Introduction

As a phenomenon of indisputable economic, social, political and legal importance at the national, regional and universal level, the contractual regime of PPP projects entails the creation of a broader analytical framework. Such a framework shall provide the structure and principles necessary for viable and sustainable implementation of contracts which PPP projects are based on.

The analytical framework for PPP contractual regime has to be based on the holistic approach. This postulate has twofold justification. The first one is the importance of PPP projects and immense practical consequences produced by their (un)successful implementation in different (economical, political, social) discourses. The second one rests on the premise that thoroughly defined and theoretically informed, holistically-based analytical framework is the presumption for the coordination of public and private interests, as well of “the third sector” (“the civil sector” or “NGOs”) interests. The inclusion of “the third sector” is justified by its rising role in the structuring, implementation and control of PPP projects².

The PPP contractual regime shall provide framework for resolving the main tension of public-private partnership projects: the conflicting interests of the public

² See more in: Marthe Nyssens, *Social Enterprise: At the crossroads of markets, public policies and civil society*, Routledge, London and New York 2006, 336. The participation of third sector secures reflexive legitimacy of the PPP process, in the manner and in the spirit established by Teubner. Reflexive law is sensitive to ‘outside effects’ in the course of maximizing internal rationality. But reflexive law is not a mere reflection of the ‘outside effects’ or only a mirror to societal usage and norms. Reflexive law strives to enable and promote societal self-regulation by providing for the necessary public legal framework for private ordering. Reflexive law theory regards law as a communicative system. Therefore, the framework of reflexive law theory does not only fulfill the function of promoting interactions between the national state and the civil society, it also sets up the limits of self-regulation and tries to modulate the regulated discourse towards a reflection of third party interests and of common good. See more in: Gunther Teubner, “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, *Law & Society review* 17/1983, 254; G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Blackwell Publishers, Oxford 1993, 69.

and the private sector. The former is by its own structure and *modus operandi* aimed at the protection, exercise and development of the public interest. The latter is based on private initiative, aimed at creating economically measurable outcomes. The abovementioned difference is *prima facie* the fundamental obstacle and the primary question to be answered in the PPP contract.

The efficient operation of PPP projects rests on two presumptions.

The first presumption is a clear and unambiguous designation of a public interest. This interest has to be defined *ex ante*: in the phase of making the decision about the inception of a PPP project. This interest is more closely defined in the project preparatory phase.

The second presumption is the effective and efficient coordination between the public and the private sector. The coordination implies the presence of a clear and specific common interest (in addition to particular interests of each sector), as a common ground for enacting and implementing an acceptable solution emanated through concrete public-private partnership projects.

The main presumption for the existence of coordination is interdependence of the actors involved and the convergence of their objectives. This interdependence is a “primary starting condition” for PPP projects.³

When does the actors’ interdependence (as the starting condition) ensue? It is most apparent when the actors perceive the pressure.⁴ This pressure differs in nature. It can be:

- *political pressure* exerted on the public actor to improve the protection and accomplishment of the public interest;
- *economic pressure* exerted on the private actor who wants to use the public resource as the opportunity for profit generation;⁵ and

3 See more in: Vincent Kouwenhoven “The Rise of the Public Private Partnership – A Model for the Management of Public-Private Cooperation”, *Modern Governance - New Government - Society Interactions* (ed. J. Kooiman), SAGE Publications, London 1993, 119–130.

4 See more in: Detlef Sack, „Zwischen Usurpation und Synergie – Motive, Formen und Entwicklungsprozesse von Public Private Partnership“, *Zeitschrift für Sozialreform* 55(3)/2009, 214.

5 In case of the private actor, economic pressure is complemented with the “quasi-political” pressure emanated through the “warm glove” phenomenon. This term denotes the following situation: companies have impetus to support the public sector in order to fulfill their own morally grounded social commitments, showing that their behavior is in accordance with the principle of corporate social responsibility. See more in: Mary Ann Reynolds, Kristi Yuthas, “Moral Discourse and Corporate Social Responsibility Reporting”, *Journal of Business Ethics* 78/2008, 47–64.

- “*crypto-political*” pressure of the “*third sector*”, insisting on the protection and realization of public goals which are outside the “four-years-election-period-restricted” horizon of public actors and not compatible with the economic ratio beyond the activity of the private actor.⁶

The coordination phase has a twofold structure. It encompasses the openness of actors involved in PPP projects to cooperation and the “learning” component.

Firstly, the actors’ openness to cooperation in PPP projects emphasizes their readiness to mutually recognize the benefits of other actor(s) as the legitimate goal of a particular project. Secondly, the creation and implementation of PPP projects is also the learning process that provides the environment for *equalizing the positions of the actors involved, which otherwise differ in terms of interests, knowledge and goals.*⁷

The result of coordination should be eradication or significant restriction of the co-called “moral hazard” issue. As far as the public actor is concerned, the moral hazard rests on the confidence and trust vested in the private actor and his readiness, capability and commitment to fulfil not only his own goals but also to protect the public interest which are the “first degree” interests in PPP projects.⁸ As for the private actor, the moral hazard is caused by his uncertainty in terms of being subject to a fair and equitable treatment in the discourse of PPP projects, along with the exposure of such an actor to the discretionary and potentially capricious activities of the state and its emanations (public bodies, agencies, etc).

6 It is in the highest interest of organizations of the “third sector” to induce PPP projects as a vehicle for putting into effect their own vision for resolving certain social concerns. See D. Sack, 215.

7 In the PPP projects carried out in the so-called “transition countries”, such as the Republic of Serbia, the key risk for the public partner is the asymmetry of information that this partner possess as compared to the information available to the potential private actors. Generally, this risk is imminent to the PPP projects but, for countries such as the Republic of Serbia (and other countries with a similar socio-economic environment), it is qualified with the following factors: a) inadequate level of knowledge on the side of the public sector on the PPP concept (the lack of “epistemic legitimacy”); and b) the lack of institutional memory relevant for the impartial and equal footing treatment of the private and the public interest.

8 The public interest has priority as opposed to the private one: there is no absolute equality between the public and the private interest in the public-private partnership. This inequality is reflected in the so-called “hierarchical constant”; namely, in case when two cardinal interests (private and public) are in conflict, the hierarchical supremacy of the public interest is activated. The state (as the holder and protector of the public interest) returns to the sovereignty patterns and intervenes as soon as the public interest is deemed to be (or may potentially be) endangered.

The coordination should provide for the adjustment between two distinct goals measured by incompatible measurement units: the public sector tends to achieve the social welfare and quality of life by ensuring the improvement of the quality and accessibility of public goods and services; the private sector is prevalently led by its pure economic interest. Yet, the benefit of public actors is not as measurable as the economic result. On the political “market” (as the place where the benefit of public actors takes place), there is no defined and workable law of “supply and demand”. The relevant instrument for regulating the political market is to pursue the activities aimed at securing an actual and genuine improvement in the volume and quality of providing public services and protecting public goods. At the end of the (election) day, it is measured by the success in the political battle.

2. The Relational Contract Theory as the Framework for Designing and Interpreting The Contractual Regime of PPP projects

A suitable analytical framework for the contractual regime of PPP project should be:

- **holistic**, in terms of encompassing different contexts of the PPP project;
- **flexible**, in terms of providing for their implementation irrespective of the expected and inevitable change of circumstances underlying such projects;
- **responsive** to the *sui generis* relationship between the public and the private partner as the actors with different goals; concurrently, this relationship is “shadowed” by the involvement of the third sector.

All three features are found in the postulates of the relational contract theory (hereinafter: RCT). The theory of relational contracts originates from the works of Stewart Macaulay but it was labelled and defined by Ian Macneil, an academic from the United States⁹.

Relational contracts are incomplete agreements governing a transaction which parties mutually agree about:

- impossibility or economical inefficiency of *ex ante* contractual definition of possible difficulties and contingencies in the contract implementation; and

⁹ This theory is predominantly the subject matter of analysis in the legal systems based on the Anglo-Saxon legal tradition. It rests on the assumption that contracts must necessarily be observed by taking into account the relational elements of the context they operate in. Therefore, the analysis of a contract may not be based on the presumption that the contract *ex ante* regulates certain a legal relation in its entirety. For more information see: Michael Diathesopoulos, “Relational Contract Theory and Management Contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms”, MPRA Paper No. 24028, Cambridge University 2010.

- the difficulties and contingencies of *ex post* control over contract performance by a third entity (a court or an arbitration panel).

Those agreements:

- are long-term agreements;
- involve two groups of actors from different discourses (the public and the private sector), with different interests and different logic of action, and different pay-off criteria;
- are based on the “non-zero-sum” game approach and integrative negotiation (as opposed to the “zero-sum” approach and distributive negotiations in transactional/discrete agreements).

The political ratio underlying such projects is reflected in the “policy window”, i.e. the political support of the state to the PPP projects.¹⁰ This window, however, does not always contain clear and measurable political goals: quite frequently, it is no more than a shallow, elusive-meaning political declaration. Therefore, the PPP agreement shall provide a mechanism which is flexible enough to secure the “contractualization” of this political will, which is subject to agreement with private partners. The premise of this article is that the Relational Contract Theory is a suitable framework which provides tools for such “contractualization”.¹¹

The Relational Contract Theory does not advocate the establishment of relational contracts as a separate contract category. It defines the relational contract as a category which legitimizes the “relational method” of a particular contract. In the view of relational contract theory, all contracts are incomplete. Many contracts are incomplete because parties decline to condition their performance on uncertain future circumstances that are not observable or verifiable in court proceedings. In these cases, incompleteness is exogenous to the contract; that is,

¹⁰ In order to put PPP projects into effect, the political support of the state is of critical importance. This support has to be explicit and irrevocable.

¹¹ To some extent, the issues which provoked the development of relational contract theory are observable and recognized in the recent work of the UNIDROIT Working Group on Long-Term Contracts. See: Governing Council UNIDROIT, 2016 95th session, C.D. (95) 3 Rome, 18-20 May 2016. Item No. 4 on the agenda: International Commercial Contracts, Adoption of additional rules and comments to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts concerning long-term contracts (hereinafter: UNIDROIT revision). In the earlier documents produced by the Working Group, the formulation “*relational contract*” was explicitly used. The latest document (quoted above) only includes the formulation “*long-term contract*”. In the present version of the UNIDROIT Contract Principles, the Comment on the Preamble includes the concession contract, which is a form of PPP agreement, in the scope of the Principles’ application (“The commercial contract should be used in the broadest possible sense including concession agreements”; see comment on Preamble, point 2. paragraph 2).

the parties are incapable of contracting efficiently over performance measures that cannot be verified. Other agreements, however, appear to be “deliberately” incomplete, in the sense that parties decline to condition performance on available, verifiable measures that could be specified in the contract at relatively low cost. Thus, incompleteness is endogenous to these agreements, suggesting that the parties had other reasons for leaving the terms in question unspecified.¹²

The relational method aims to inform the contractual governance. This seems to be of considerable importance in the context of PPP projects permeated not only with the economic parameters but also affected by the interaction between business and politics. For example, the decision to renegotiate the PPP agreement is “more like a political decision than a way to avoid maladaptation costs of rigid contract”.¹³ In terms of PPP projects, it is hard to negate the influence of political, economic or societal elites on the preparation, implementation and control of the PPP process as a whole. Therefore, the relational method is considered to be the suitable one for design and interpretation of the contractual regime for public-private partnership projects.

The relational contracting method also ensures that the contractual relationship is aligned with the changes in the (political, economic, social) environment in which a PPP operates. The alignment has two aspects: *ex ante* and *ex post* (taking the formation of a valid agreement as the point of separation).

The *ex ante* aspect of the abovementioned alignment emphasizes the aim of preventing the detrimental effect of such alignment to the public interests. To prevent such effect, the interest of the public partner should be properly taken into account (in terms of structure, content, dynamic and prioritization) throughout the process of project drafting and defining the selection criteria for the best bid. In order to achieve this goal, the following steps have to be taken:

- the obligations of the private partner should be defined;
- the rank of PPP project objectives shall be provided (“prioritization” of project goals);
- the conditions of eligibility of private partners to participate in the bidding process need to be elaborated;

12 Robert E. Scott, “A theory of self-enforcing indefinite agreements”, *Columbia Law Review* 103(7)/2003, 1641-1642. Information is “unobservable” if the other contracting party cannot perceive it. Buyers, for example, ordinarily cannot observe a seller’s production cost. A datum of information is “observable but not verifiable” if the other party can perceive it but cannot prove the fact to a court or other third party at an acceptable cost.

13 Menno Van der Veen, “Contracting for better places: a relational analysis of development agreements in urban development projects”, *IOS Press* 26/2009, 58.

- the draft of PPP project contract has to be adequately structured (it should at least contain the catalogue of questions which have to be resolved).

As the answer to the “changeability” of PPP projects, the *ex ante* alignment should secure the visibility, the viability and the justifiability of trade-offs between the public and the private sector, thus providing the public support. The most simple tool for achieving the former goal is to show added “value for public money”, i.e. the improved quality of the public interest which is implemented by the PPP project at stake. In practice, the *ex ante* alignment is implemented during the public procurement procedure for the best bid for the PPP project implementation. This procedure should enable the public partner to act as a private partner in the course of the selection process; he should be able to search for the best possible solutions available on the market in order to satisfy his own needs.¹⁴

The *ex post* aspect of alignment involves alignment of the contract to the changes in the contract surroundings during its validity. The key principles in this regard are the principles of solidarity and cooperation.¹⁵

Basically, the relational contract theory is the answer to the tendency toward “unachievable perfection”. The only question for the legal structure is how it

14 The importance of this procedure can be illustrated by the following example: in PPP projects, there is a risk that some technology, which has been defined as relevant in the contract with a public partner, becomes outdated during the period of contract implementation. This situation occurs if a public partner (while defining the conditions for the participation in the process of selecting a private partner) has left out the obligation of interested private parties to replace their existing technology with the new one, in case the former becomes outdated during the contract period (the risk of outdated technology). For the public partner, lack of this obligation creates “known-unknowns”; in general, a technological development may occur during the implementation of a PPP project and the long-term nature of these projects only increases the probability of such set of circumstances. Anyway, the public partner may underestimate this risk or may not have enough information about it. When technology used in the project becomes outdated, the public partner finds himself in the position where he has to pay to the private partner the same amount which he could have used to buy more advanced and more efficient technology (if he had provided himself with such a possibility *ex ante*). Concurrently, public partners from other countries (in case of international competition) or other local communities (in case of the national market competition) use the new technology or pay a lower price for the outdated technology (the price which is lower than the one paid by the public partner who has not anticipated the possibility of replacing the technology). Therefore, the public partner who has not anticipated the possibility of replacing the outdated technology may potentially suffer economic deprivation. This situation may be overcome if the bidders are required to specify the technology which they will use in a particular case and to provide extensive information about its origin, characteristics, the deadline of technological depreciation, etc. Using these data, the public partner can evaluate with more certainty the probability of emergence of risk of using outdated technology.

15 See more: *supra* in part 1. of this article.

deals with its imperfections. Relational methodology is based on the upfront acknowledgment of the possibility of imperfections and efforts to provide tools to minimize the consequences of those imperfections in practice. The opposite attitude leaves parties with fully defined rules based on unattainable vision of perfection.¹⁶

A common feature of contracts dealing with PPP projects viewed through the prism of relational contract theory is incompleteness; the contract is incomplete when it contains only the basic rules on performance, duties and responsibilities. In the same vein, parties to the PPP agreements cannot regulate all potential contingencies in their relation; the main obstacle for predictability is the complexity of the subject of the contract and its long-term nature. Therefore, the need for adaptation and adjustment of a public-private partnership agreement is rooted in the very premise of PPP projects: the changes do not come as a surprise (as it is the case in ordinary commercial contracts); they are expected and inevitable to some extent. Wherever the PPP agreement does not provide an answer to some issue, the parties must develop supplementary rules; those rules will supplement the answer lacking in the agreement concerning the change of circumstances on which this contract rests. The development of supplementary rules should preserve the main goal of the PPP project but, at the same time, it has to ensure a variety of solutions for the changed environment in which the public-private partnership project operates. The paradigmatic example of such clauses is the renegotiation clause. The impact and outreach of this clause is determined by the event which “triggers” renegotiation. This trigger could be the change in the price of relevant goods or/and services, modification of the legislative framework, and/or shift in the political orientation. Viewed in the discourse of relational contract theory, the renegotiation of a PPP project contract should be a rule rather than an exception; renegotiation could be scheduled in accordance with a particular phase of project implementation or attached to a certain period of time during the operation of the PPP agreement.¹⁷

3. Legal Principles as a device for “Completion” of PPP Agreements

Legal principles have the main role in the process of completion of otherwise incomplete relational PPP agreements. The use of legal principles is not a new approach in contract law. Conventional wisdom holds that courts should (and

16 See: Richard Allen Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Harvard 1995, 39. Cited from: Eric Kades, “The Laws of Complexity and the Complexity of Laws: The Implications of Computational Complexity Theory for the Law”, *Rutgers L. Rev* 49/1996), 421fn 77.

17 See more, for example, in: John Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contract, Revisited”, *Vand. J. Transnat'l L.* 36/2003, 1461-1473.

do) strive, whenever possible, to fill contractual gaps with general principles of reasonableness and good faith.¹⁸ This feature is accepted in different legal instruments such as the UNCITRAL Convention on International Sale of Goods (CISG)¹⁹ and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The latest UNIDROIT revision recognized the need to provide implementation of principles such as reasonableness and good faith, especially in long-term contracts.²⁰ For example, the proposed amendment to Article 4. 8 (“Supplying an omitted term”) states that:

(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.

(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to

- (a) the intention of the parties;
- (b) the nature and purpose of the contract;
- (c) good faith and fair dealing;
- (d) reasonableness.²¹

The comments attached to the proposed amendment underline that “the terms supplied under this Article must be appropriate to the circumstances of the case, particularly in relation to long-term contracts...”

In the same vein, the proposed amendment to Article 5.1.2. (“Implied obligations”) provides that implied obligations stem from: (a) the nature and purpose of

18 R. E. Scott, 1643.

19 Article 8. of the CSIG: “1. For the purposes of this Convention, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was. 2. If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances. 3. In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

20 As it has been underlined earlier, the preceding versions of the UNIDROIT revision explicitly use the term “relational contract”. See fn. Supra No. 10.

21 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Working Group on Long-Term Contracts 2016 C.D. (95)3, Annex 2 Original: English April 2016, Proposed Amendments/ Additions to the UNIDROIT Principles on Contracts with Open Terms, Rapporteur: Sir Vivian Ramsey, 4-6.

the contract;(b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; and(d) reasonableness.

The reference to the principles of reasonableness and good faith is observable in the proposed amendment of Article 5. 1. 3.dealing with co-operation between the parties.²² This amendment posits that *“Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party’s obligations”*In the commentary attached to the proposed amendment is further elaborated that *“a contract is not merely a meeting point for conflicting interests but it must also to a certain extent,be viewed as a common project in which each party must cooperate. This view is clearly related to the principle of good faith and fair dealing”*.The commentary particularly emphasized the need to provide co-operation between parties in the context of long-term contracts: *“Particularly, contracts involving performance of a complex nature may especially need co-operation throughout the life of the contract in order for the transaction to work, although always within the limit of reasonable expectations. Thus, by way of example, in a contract for the construction of industrial works the employer may be required to prevent interferences in the contractor’s work by other contractors it employs to carry out other works at the site.....”*²³

The criteria of reasonableness is also envisaged in the proposed amendment of Article 5.1.4 (*“Duty to achieve a specific result; Duty of best efforts”*), which specifically refers to long-term contracts.This article makes a distinction between the obligation to attain the result agreed by the long term contract(*“1 To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result”*) and the obligation of **a means** (*“2 To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances”*). The comments attached to the proposed Article deal with its implementation to long-term contracts: *“In international contract practice, especially in the context of long-term contracts, when provision is made for parties to work together to resolve issues that may arise,*

22 Annex 6: Proposed Amendments/Additions to the UNIDROIT Principles on Co-operation between the Parties,Rapporteur: Professor Michael Joachim Bonell, UNIDROIT revision (UNIDROIT 2016 – C.D. (95) 3, Annex 6)

23 Op. cit, page 3. The principles of reasonableness is present in different rules of “Model of Energy Service Agreements for the Implementation of Measures to Improve Energy Efficiency and Savings in Operating Costs of Public Lighting”. This model is part of the “Ordinance on establishing a model on Energy Service Agreement for the implementation of measures to improve energy efficiency when the users are from the public sector (“Official Gazette of RS”, No. 41/2015). See, for example, Article 6. 3. 1. (General duties of the public partner): “Public partner has a duty.....to cooperate to the reasonable extent with the private partner in efforts to implement and finance Energy Efficiency Measures....”

it is common to speak of a duty 'to use best efforts' to resolve such issues rather than a duty 'to negotiate in good faith.' When the parties to a long-term contract have agreed on such a duty to use best efforts, that duty may amount, for all practical purposes, to a duty to negotiate in good faith...."

Thus, the relational contract theory could be subsumed under the term "autopoietic system". Generally, the autopoietic system is based on the assumption of a necessary continuation, a self-production of a system.²⁴ This idea of a system is heterarchical rather than hierarchical, i.e. it does not presuppose a fundamental unity or a universal rationality or the like. It generates the rules which cannot be kept separate from the process of their application. The process of application of rules generates the new ones or updates the existing contracting terms in accordance with the contract dynamic. In terms of PPP agreements, the autopoietic feature is manifested through the mechanism to rectify the incompleteness of the agreement by using legal principles such as reasonableness and good faith. Those principles are tools for adjusting the agreement to the ever-changing discourse of PPP agreements, ultimately aimed at attaining the main goal imprinted in them: the need to preserve and promote the public interest. **The understanding of PPP agreements as a relational, dynamic and inherently flexible instrument, with the embedded tools for implementation driven by the public interest, is a step forward in accomplishment of aforesaid goal.**

24 See more in: Nicholas Luhmann, *Soziale Systeme*, 4th ed, Frankfurt/M 1991.

Prof. Predrag Cvetkovic LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**PUBLIC- PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS: UNDERSTANDING
THE NEED FOR THE RELATIONAL PARADIGM**

Summary

The contractual regime for PPP shall provide framework for resolve of the conflict of interest between public and private sector. To prevail this conflict, suitable analytical framework for contractual regime of PPP project should be: holistic in the sense that embraces the different contexts of PPP projects; flexible to the extent to provide their implementation no matter to the expected and inevitable changes of circumstances on which such projects are based; sensitive to the sui generis relation of public and the private partner. All previously listed features are found in the postulates of relational contract theory. This theory defines relational contracts as agreements for governing transaction which parties are mutually consented about: impossibility or economical inefficiency of ex ante contractual definition of possible difficulties and contingencies in the contract implementation; the difficulties and contingencies for ex post control of contract fulfilment by a third entity (court or arbitration). Relational contract theory does not advocate the establishment of relational contracts as separate category of contract law. It simply points out the role of relational contract as the tool for legitimizing „relational method” in contract regulation. Relational contract theory is the answer to the tendency toward “unachievable perfection”. Consequently, in the view of relational contract theory all contracts are incomplete. The main role in the process of completion of otherwise incomplete relational PPP agreements should be assigned to the legal principles such as reasonableness and good faith. Those principles are tools for “correction” of the agreement toward the realization of the main value imprinted in PPP concept: the preservation and improvement of public interests. The aforesaid is especially valid for the PPP projects carried on in the so called “transition countries” with the lack of satisfied level of knowledge on the side of public sector as regard PPP concept and the absence of of institutional memory relevant for the impartial and equal footing treatment of private and public interest.

Keywords: *Public-private Partnership, Relational Contract Theory, Good Faith, Reasonableness, UNIDROIT Contract Principles.*

ФОТОГРАФСКА ДЕЛА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ¹

Апстракт: Фотографска дела представљају посебну категорију ауторских творевина, које све више постају предмет пажње. Са развојем дигиталних медија и дигиталне технологије, фотографска дела (и фотографије уопште) су све више у употреби. Следствено томе, повећавају се и реалне могућности за неовлашћену употребу, па и злоупотребу фотографских дела.

У раду је обрађен положај фотографских дела у српском законодавству. Истакнута је разлика између фотографских дела и обичних фотографија, које то нису. Приказана је садржина права творца фотографског дела, као и дозвољена законска ограничења овог права (суспензија права и законска лиценца). Најзад, анализирани су и практични начини којима се може повредити субјективно ауторско право аутора фотографског дела.

Кључне речи: аутор, фотографско дело, коришћење дела, повреда права.

1. Увод

Фотографија је техника хемијског или дигиталног записивања призора из стварности на слоју материјала који је осетљив на светлост која на њега пада. Етимолошки реч фотографија потиче од од грчке кованице φως ρhos («светло»), и γράφειν graphis («перо», «кист») или γράφειν graphê, које заједно дословно значе «цртање помоћу светла».

Дигитална фотографија, за разлику од класичне, не користи филм већ слику «види» преко електронског сензора као скуп бинарних података. То омогућава спремање и уређивање слика на личном рачунару.

1 Чланак је резултат рада истраживача на пројекту «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору» Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (евиденциони број 179046)

Темеље фотографије поставио је 1822. Године Nicéphore Niépce кад је кроз камеру obscuri пренео слику предмета на металну плочу пресвучену отопином асфалта и лавандиног уља. L.J.Daguerre је 1839. Године изумео савршенији поступак–тзв. Дагеротипију.

Средином 19. Века дошло је до појаве уметничке фотографије код које сниматељ уноси у слику уметнички израз. Фотографија као уметност је прихваћена крајем 19. Века. Појава најновијих алата за израду фотографије (дигитални апарати, мобилни телефони и сл.) поједностављује обраду фотографије.

Фотографска дела први пут су добила правну заштиту на ревизији Бернске Конвенције, 1908. Године, а након тога и у националним законодавствима. Међутим, у теорији нема дилеме да правну заштиту не треба пружити свим фотографијама, већ само уметничким фотографијама. По питању разликовања уметничке фотографије од осталих тзв. „обичних“ фотографија (које представљају обичан приказ фактографије у облику догађаја, живих бића, ствари или природе), постоје различита мишљења и критеријуми. Ипак, чини се да је критеријум оригиналности најприхватљивији. Дакле, ауторскоправну заштиту ће уживати само оне фотографије које су израз оригиналности аутора и остављају посебан естетски утисак, односно производе посебан доживљај на гледаоце.

Фотографије које не испуњавају услове ауторскоправне заштите уживају правну заштиту по општим принципима грађанског права и правилима нелојалне конкуренције.

Појавом мноштва Интернет страница (и сервиса), интерних билтена и сервиса за јавно приказивање фотографија повећан је број неовлашћених коришћења туђих фотографија и слободних тумачења од стране неупућених корисника.

Настанком нове технологије, тј. Алата за обраду фотографије постало је популарно узимати туђе фотографије и обрађивати их како би аутору показали да постоји бољи начин виђења сцене. Ово је, такође, недозвољено. Без одобрења аутора не сме се ни на који начин изменити ауторско дело. Такође, без одобрења аутора не сме се ни узимати неки његов део у сврху израде новог дела. Тако, нпр. Не смеју се узети делови с десетак фотографија и од њих направити нову фотографију или неки дизајн или било који део фотографије искористити за друге сврхе, рецимо од тог дела направити особну икону – такозвани аватар.

Дакле, не сме се уопште ни на који начин користити (манипулисати) туђим фотографијама без писмене дозволе аутора. Једино је дозвољено

коришћење фотографија без дозволе носиоца права у случајевима законских ограничења ауторског права о чему ће касније бити речи.

2. Ауторско дело – појам и услови заштите

Закон о ауторском и сродним правима Републике Србије (даље: ЗАСП)² у чл. 2), одређује појам ауторског дела, односно прописује правно-технички механизам на основу кога се одређена творевина може квалификовати као ауторско дело. У складу са тим, ауторско дело је у нашем закону дефинисано путем комбинованог метода – кумулацијом генералне клаузуле (опште дефиниције) и егземпларног набрајање најчешћих врста именованих ауторских дела.

Према слову наведеног члана, генерална клаузула гласи: ауторско дело је оригинална духовна творевина аутора, изражена у одређеној форми, без обзира на његову уметничку, научну или другу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања његове садржине.

Егземпларно набрајање изражава се на тај начин, што је прописано да се ауторским делом сматрају нарочито:

- 1) писана дела (књиге, брошуре, чланци, преводи, рачунарски програми у било којем облику њиховог изражавања, укључујући и припремни материјал за њихову израду и др.);
- 2) говорна дела (предавања, говори, беседе и др.);
- 3) драмска, драмско-музичка, кореографска и пантомимска дела, као и дела која потичу из фолклора;
- 4) музичка дела, са речима или без речи;
- 5) филмска дела (кинематографска и телевизијска дела);
- 6) дела ликовне уметности (слике, цртежи, скице, графике, скулптуре и др.);
- 7) дела архитектуре, примењене уметности и индустријског обликовања;
- 8) картографска дела (географске и топографске карте);
- 9) планови, скице, макете и фотографије;
- 10) позоришна режија.

2 „Службени гласник РС“, бр. 104/09, 99/11 и 119/12

На основу генералне клаузуле, произилази да су битни услови да би нека творевина била ауторско дело: оригиналност и форма.

У генералној клаузули су наведени небитни услови заштите ауторског дела. Ово су небитни услови са ауторскоправног аспекта, односно као услови заштите. У том смислу, небитна је садржина дела (на шта се дело односи) или обим дела (да ли дело чине сабрана дела у више томова или дело на једној страни). Такође, небитна је уметничка или комерцијална вредност, тако да једнаку заштиту уживају врхунска уметничка дела или дела тзв. шунда или кича, или уметничка дела велике комерцијалне вредности и дела минималне или само тзв. афекционе вредности. Исто тако небитна је намена или сврха дела, тако да је свеједно којим субјектима и циљевима је оно намењено. Најзад, небитна чињеница за својство ауторског дела је допуштеност његовог јавног саопштавања. То значи да ће правну заштиту уживати и противзаконита или неморална дела. То што аутор може одговарати за садржај ауторског дела (нпр. кривично, ако је дело расистичке природе), представља посебну околност и нема никакав утицај на ауторскоправну заштиту, односно на корпус субјективног ауторског права, која ће му *ex lege* припасти. Поводом оваквих дела могуће је евентуално ускраћивање вршења појединих имовинскоправних овлашћења (нпр. умножавања или дистрибуције дела), али ово неће имати утицаја на квалификовање такве творевине ауторским делом.

Након генералне клаузуле наш ЗАСП егземпларно (примерице) наводи десет врста именованих ауторских дела. То су најчешћа, најпознатија и најзаступљенија дела у пракси. Међутим, пошто листа дела није закључена, остављена је могућност да се и друге творевине, које настану у пракси, а испуњавају услове из генералне клаузуле (оригиналност и форма), могу сматрати ауторским делом у правом смислу. Тако, имајући у виду фантастичан развој информатичке технологије данас постоје нове врсте конкретних ауторских дела. У том смислу треба споменути мултимедијална, интерактивна дела, веб сајтове, блогове, постове, профиле на фејсбуку и слично.

Ауторскоправном заштитом нису обухваћене опште идеје, поступци, методе рада, или математички концепти као такви, као и начела, принципи и упутства који су садржани у ауторском делу.

Не сматрају се ауторским делом:

- 1) закони, подзаконски акти и други прописи;
- 2) службени материјали државних органа и органа који обављају јавну функцију;

3) службени преводи прописа и службених материјала државних органа и органа који обављају јавну функцију;

4) поднесци и други акти у управном или судском поступку.

У нашој јавности је недавно велику и жустру полемику стручне, али и шире јавности изазвало Аутентично тумачење одредбе члана 2, став 2, Закона о ауторском и сродним правима. Ово тумачење Законодавног одбора настало је с циљем да донекле ублажи проблем све веће употребе фотографија у новонасталом окружењу, у коме се повећавају како могућности употребе, тако и круг субјеката који користе фотографије. При томе, главна намера је била направити разлику између обичних фотографија од оних које представљају ауторско дело.

Суштина овог тумачења изречена је у ставу: “не може се сматрати као ауторско дело из члана 2, став 2, тачка 9, Закона о ауторском и сродним правима, и уживати ауторскоправну заштиту, свака рутински израђена фотографија, која се појављује и преузима у електронском облику, без обзира да ли је оригинална духовна творевина аутора”.

Посланици Народне скупштине Републике Србије одбили су, 26. јануара 2016. године, да усвоје Предлог аутентичног тумачења одредаба члана 2, став 2, ЗАСП-а.

Не улазећи детаљније у елаборирање аргументације и мотива Одбора и суштинских ауторскоправних разлога *pro et contra* оваквог тумачења изнећемо укратко најзначајнија запажања. Наведено тумачење спорно је из више разлога. Пре свега долази до директне колизије између члана 2, став 1, и члана 2, став 2, Закона о ауторском и сродним правима, односно са генералном клаузулом (општих услова заштите – оригиналности и форме). Оваквим аутентичним тумачењем уноси се још већа правна несигурност конфузија. Тако је диспозитив аутентичног тумачења нејасан и противречан сам себи. Нелогично је да и рутинска фотографија може бити ауторско дело, а с друге стране оригиналне фотографије не морају бити ауторско дело. Творевина је или рутинска (и не сматра се ауторским делом), или оригинална (и сматра се ауторским делом). Не може бити и једно и друго, ни у ком случају. Сумарно, можемо рећи да је овакво тумачење нелогично и неприхватљиво, јер ствара још веће проблеме у ауторскоправним односима (уместо да их смањи) и суштински озбиљно урушава концепт ауторскоправне заштите, уопште, а не само заштите фотографских творевина.

Фотографска дела (енгл. Photographic works, франц. Oeuvres photographiques, нем. Lichtbildwerke) и дела произведена поступком сличном фотографском.³ уживају ауторскоправну заштиту под општим условима. То су творевине које садрже визуелне снимке одређеног садржаја, а произведене су на површини осетљивој на светло или друго зрачење, без обзира на врсту техничког поступка.

3. Фотографија у теорији и законодавству

На националном плану најважнији извори права у овој материји су: ЗАСП и Закон о облигационим односима (ЗОО),⁴ као непосредни извори. Наравно, у значајне изворе који уређују материју заштите ауторских дела треба навести следеће законе: Кривични законик РС,⁵ Закон о трговини (ЗТ),⁶ Закон о заштити конкуренције (ЗЗТ),⁷ Закон о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине⁸ и Закон о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала.⁹

На међународном плану основни извори универзалног карактера представљају следеће конвенције:

- Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела (БК), од 1886. године, са ревизијама (последња 1979.);
- Универзална (Светска) конвенција о ауторском праву (УК), потписана у Женеви 1952. године, ревидирана у Паризу 1971. године;
- Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС)-Маракеш 1994. године;

У оквиру ЕУ донето је више директива које на одређени начин регулишу фотографска дела. Без обзира што директиве формалноправно не

³ Ту спадају: поступци литографије; фотограми (радови на фотокопиру без фотокамере); фототипографија (стварање слика из слова и других знакова помоћу фотослагарских машина); фототипија (пренос цртежа на штампарску плочу уз помоћ камере и одређеног хемијског поступка) и сл.

⁴ "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља

⁵ "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

⁶ "Сл. Гласник РС", бр 53/10 и 10/13

⁷ "Сл. Гласник РС", бр. 51/09 и 96/13

⁸ "Сл. гласник РС", бр. 46/2006 и 104/2009 - др. закони

⁹ "Сл. гласник РС", бр. 61/2005 и 104/2009

представљају изворе права за нашу земљу, треба истаћи да је српска национална легислатива у овој материји у највећем делу усклађена са регулативом ЕУ.

У погледу карактера и правног статуса фотографија уопште постоје различита мишљења. Ово питање и данас изазива расправе и контроверзе.

По једном мишљењу, радња снимања нема лични карактер, већ се ради о сасвим механичком поступку, па се, сходно томе, на та дела се не може применити правни режим који важи за дела ликовне уметности, која су дела човека.¹⁰ По овом схватању фотографија без обзира на свеколики уметнички начин употребе техничких средстава при регистрацији, односно бележењу неког дела спољног света, ипак представља само занатски производ, код кога је личност њеног творца, “бачена” дубоко у позадину, односно на маргину. Стога, фотографији и није место у ауторском праву, као врсти ауторског дела и њихову заштиту треба остварити другим средствима, односно путем других прописа.

Овакво мишљење прихваћено је у скандинавском законодавству, где нема ауторскоправне заштите на фотографији у форми ауторског дела, али им се признаје својеврсна заштита према посебном закону у погледу фотографских дела (Данска, Шведска, Финска), односно посебном закону о праву на фотографији (Норвешка).

По другом мишљењу, треба разликовати фотографска дела која имају изворни карактер, који произилази из индивидуалног интелектуалног стварања, од фотографија које такав карактер немају. Тако се дошло до решења да се ауторскоправна заштита признала само оним фотографским делима која имају уметнички или документарни карактер (Француски Закон из 1957. и ЗАП из 1957.).

Дакле, ауторскоправну заштиту треба да уживају тзв. уметничке фотографије, а то су оне код којих је фотографски апарат постао средство стваралачког интелекта фотографа, односно творца фотографије.¹¹ Међутим, овакво мишљење је касније из прагматичних разлога напуштено. Тако је у бриселској ревизији БК, 1948. године изостало истицање уметничког или документарног карактера фотографског дела, као услов његове ауторскоправне заштите. Овакво ревидирано мишљење је касније имплементирано и у нека национална законодавства (нпр. Француски закон из 1985. године).

10 Видети шире у: Desbois, H.: *Le droit d'auteur*, Paris, 1950, p. 75.

11 Спаић, В.: Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ, Загреб, Београд, Чаковец, 1983, стр. 69.

У националним законима који уз ауторско право уређују и сродна права (нпр. Италијански закон из 1941. године, новелиран 1979. године, Закон СР Немачке из 1965. године), разликују се фотографска дела која уживају ауторскоправну заштиту од обичних фотографија којима се признаје сродноправна заштита. Ипак, по италијанском закону и од овакве заштите (сродноправне), изузете су фотографије писама, исправа, пословних дописа, материјалних предмета, обичних производа, као и техничких нацрта.¹²

Најзад, постоји и мишљење да је свака фотографија која је самостално створена обележена утицајем лица које ју је створило, па, дакле, представља већу или мању оригиналност довољну да ужива ауторскоправну заштиту.¹³ Овакво мишљење је прихваћено у англоамеричком систему ауторског права.

Код фотографског дела, оригиналност као услов његове ауторскоправне заштите и израз интелектуалног стваралаштва, може се манифестовати у различитим фазама стварања таквог дела: у избору мотива, у фази снимања, односно избору тренутка и угла снимања, осветљења или избора техничких средстава (објектива, филтра, врсте филма). Такође, оригиналност се може испољити и у фази развијања, ретуширања, копирања и монтаже снимка. Уметнички таленат фотографа комбинује (кумулативно) све претходне елементе и његово дело носи печат и израз његове личности, тако да фотографија као технички производ постаје продукт интелектуалног стваралаштва (тј. духовно добро) и уживати ауторскоправну заштиту.¹⁴

Треба нагласити, да без обзира на извесне сличности, између дела ликовне уметности (дводимензионалног облика) и фотографских дела постоји разлика. Најважнија је, пре свега, у самом настајању, у том смислу што у настајању фотографских дела кључну улогу има механика, односно техника, док су уметничка дела увек продукт људских руку. Такође, уметничка дела, по правилу, имају знатно виши ниво оригиналности од фотографских дела, па, самим тим, дају знатно већи допринос уметности.

Чини се да да је најисправније схватање да ауторскоправну заштиту треба да ужива само уметничка фотографија, јер се код ње заиста ради о интелек-

12 Henneberg, I.: *Autorsko pravo*, Zagreb, 2001, str. 106 i 107.

13 *Oeuvres photographiques, Document préparatoire pour la Comité d' experts gouvernementaux, OMPI/UNESCO, DA I C, 6/1986.*

14 Тако, нпр. може се десити да два лица која поседују исти фотографски апарат и исти мотив, односно предмет снимања могу створити различите творевине, тако да једна може уживати ауторскоправну заштиту, а друга не.

туалном стваралаштву, које, дакле, садржи довољан ниво оригиналности. Остала фотографска дела не могу уживати ауторскоправну заштиту. Стога, не сматрају се фотографским делима обичне фотографије идентитета, израђене по правилима фотографске струке или помоћу аутомата за снимање, односно њима сличне фотографије. Дакле, свако фотографско дело не ужива аутоматски ауторскоправну заштиту, већ ће се то процењивати у сваком конкретном случају, у складу са општим критеријумима, односно условима потребним да би се нека творевина сматрала ауторским делом.

Када се ради о уметничком фотографском делу, онда између њега и дела ликовне уметности, у ауторскоправном смислу не постоји разлика. Оба уживају пуну ауторскоправну заштиту, односно њиховим ствараоцима припада пуни корпус субјективног ауторског права.

Мотив или слика фотографског дела, у пракси може бити различит. То може бити:

- а) Мотив који је заштићен ауторским правом;
- б) Жиг /дизајн,
- в) Људи/особе или природа, односно предмети.

Мотив може бити заштићен ауторским правом. То је случај, нпр. у индустрији забаве, оглашавања, моде, дизајна интеријера, базира се на фотографисању "lifestyla" које пак укључује слике, скулптуре, занатске предмете, архитектонска дела, накит или друга уметничка дела која могу бити или јесу заштићена ауторским правом

4. Права аутора фотографског дела

Аутор фотографског дело је лице које је створило конкретну фотографију. Аутор је изворни носилац ауторског права на фотографији, с тим што деривативни носилац може бити и свако лице које је у складу са ЗАСП-ом стекло ауторско право (по основу уговора, закона или наслеђивања). Ауторско право стиче се од момента настанка ауторског дела, па аутор фотографије може остварити заштиту свог права од тог тренутка, независно од чињенице да ли је фотографија објављена, односно да ли је на било који начин постала доступна јавности.¹⁵

Аутору фотографије, као ауторског дела припада субјективно ауторско право поводом створене фотографије. Ово право је искључиве и апсолутне

¹⁵ Више о томе видети у: Радовановић, С.: Технолошке мере у систему заштите ауторског права, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 1/2011, с. 399-411.

природе и састоји из моралноправних (личноправних) и имовинскоправних (материјалноправних) овлашћења. Имовинска овлашћења трају за живота аутора и 70 година после његове смрти, док морална овлашћења трају неограничено.

У оквиру **моралноправне** компоненте аутору припадају следећа овлашћења. Пре свега, ту спада право патернитета, по коме аутор фотографије има право на признање ауторства на свом делу. Затим, аутор има право на назначење имена на фотографији. Такође, аутор фотографије има право да објави своју фотографију, односно да одреди начин на који ће она бити објављена. Следеће личноправно (моралноправно) овлашћење аутора фотографског дела чини овлашћење на заштиту интегритета свог ауторског дела, што се преваходно односи на заштиту од неовлашћене измене фотографије. Најзад, аутор фотографије има право да се успротиви било каквом недостојном искоришћавању фотографије која нарушава или може нарушити углед или част аутора фотографије.

Кад је реч о **имовинскоправним овлашћењима** аутора фотографије, аутор има право на економско искоришћавање свога дела (као и дела које је настало прерадом његовог дела), да дозволи или забрани употребу свога дела, као и да за свако одобрено искоришћавање од стране другог лица има право да потражује одговарајућу накнаду.

ЗАСП прописује бројне начине искоришћавања ауторских дела (у телесној или бестелесној форми) наводећи конкретна имовинскоправна овлашћења. При томе, треба истаћи да се фотографска дела, као специфичне ауторске творевине могу искоришћавати на одређене начине који су примерени таквој врсти творевина. Наравно, постоје и одређена имовинскоправна овлашћења која нису применљива на фотографска дела (нпр. извођење дела, представљање дела или преношење извођења или представљања дела).

Аутор, пре свега, има право да дозволи или забрани бележење и умножавање своје фотографије. Аутор има искључиво право да другоме дозволи или забрани бележење и умножавање свог дела у целости или делимично, било којим средствима, у било ком облику, на било који трајни или привремени, посредни или непосредни начин.

Дело се умножава нарочито, графичким поступцима, фотокопирањем и другим фотографским поступцима којима се постиже исти резултат, звучним или визуелним снимањем, изградњом дела архитектуре, смештањем дела у електронском облику у меморију рачунара.

Такође, аутор фотографског дела има право стављања примерака дела у промет. Аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи стављање у промет оригинала или умножених примерака свог дела, продајом или другим начином преноса својине. Аутор дела, односно правни следбеник аутора,¹⁶ има право да уступи поједина или сва имовинска права на ауторском делу другом лицу.¹⁷ На основу претходних навода може се јасно закључити да аутор фотографије, односно носилац ауторског права, остварује право на фотографији као ауторском делу, баш као и аутори других врста ауторских дела, која су предвиђена ЗАСП-ом.

Аутор фотографског дела има искључиво право да другоме забрани или дозволи давање оригинала или умножених примерака свог дела у закуп. Давање у закуп представља давање оригинала или умножених примерака дела другоме на коришћење на ограничено време у сврху остваривања непосредне или посредне имовинске користи.

Аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи емитовање свога дела. Емитовањем се сматра јавно саопштавање дела жичним или бежичним преносом радијских или телевизијских програмских сигнала намењених за јавни пријем (радио-дифузија и кабловска дифузија).

Уз емитовање иде и право на реемитовање дела.

Аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи јавно саопштавање дела - фотографије, укључујући чињење дела доступним јавности жичним или бежичним путем на начин који омогућује појединцу индивидуални приступ делу са места и у време које он одабере.

Осим наведених, ЗАСП је прописао и следећа имовинскоправна овлашћења (права), која припадају аутору фотографског дела:

- Право на прилагођавање, аранжирање и другу измену дела.
- Право јавног саопштавања дела које се емитује.
- Право јавног саопштавања дела са носача звука или слике.
- Право излагања фотографског дела, такође постоји иако није стриктно прописано законом.

Осим искључивих овлашћења, аутору фотографског дела припадају и одређена **права аутора према власнику примерка ауторског дела.**

16 Више о томе видети у: Радовановић, С.: Ауторско право након смрти аутора, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 2/2004, с. 201-224.

17 Попеску, Д.: Фотографија као ауторско дело, Право интелектуалне својине, Право и привреда, број 7-9/2016, Београд 2016, с. 397.

Право на приступ примерку дела - Аутор има право да од власника примерка његовог дела тражи да му омогући приступ том примерку, ако је то неопходно ради умножавања дела, и ако се тиме битно не угрожавају оправдани интереси власника, односно лица које држи тај примерак дела.

Право забране излагања оригиналног примерка дела - Власник оригиналног примерка фотографског дела има право да тај примерак излаже, без обзира на то да ли је дело објављено, осим ако је аутор, приликом отуђења тог оригиналног примерка, то изричито и у писаној форми забранио.

Аутор не може забранити излагање оригиналног примерка фотографског дела који припада музеју, галерији или другој сличној јавној институцији.

5. Повреда ауторског права на фотографском делу

5.1. Повреде уопште

Повреда ауторског права представља неовлашћено вршење било које радње која је обухваћена искључивим правима носиоца ауторског права, неплаћање накнаде прописане ЗАСП или уговором, као и неизвршавање других обавеза према носиоцу ауторског права, прописаних ЗАСП.¹⁸ У случају повреде ауторског права, аутор фотографије има право да тужбом захтева накнаду материјалне и нематеријалне штете, у складу са Законом о облигационим односима.¹⁹

Употреба фотографија изазива конфликт интереса неколико категорија субјеката:

- Интерес стваралаца (аутора) и осталих носилаца права интелектуалне својине,
- Интерес тзв. "copyright" индустрије,
- Интерес корисника (уживалаца, тј. потрошача) ауторских дела односно производа "copyright" индустрије, и
- Интерес друштва за слободним приступом информацијама (јавни интерес).

Најчешћи примери повреда права на фотографији: а) Скенирање у дигиталном облику; б) Израда фотографије у "колаж" техници; в) Додавање нових уметничких елемената (бојење и сл.); г) Излагање фотографија у

¹⁸ Чл.204 ЗАСП-а

¹⁹ Попеску, Д.: *op. cit.*, с. 398.

галерији, израда разгледница, стављање на Интернет, слање клијентима путем е-маила, итд..

Радње којима се повређује ауторско и сродна права на фотографији, такође могу бити разноврсне: а) Репродуковање; б) Дистрибуирање; в) Саопштавање (Јавно приказивање, Радиодифузијско емитовање или стављање на располагање јавности путем Интернета и на други начин); г) Прерада; д) Остало.

Треба истаћи да је најчешћи вид повреде фотографског дела његово умножавање (на било који начин, односно било којом техником) без сагласности носиоца права. У складу с тим и фотографисање ауторских дела представља њихово репродуковање.

Развојем дигиталне технологије (појавом дигиталних фотоапарата и дигиталне фотографије), неовлашћено коришћење фотографија је постала скоро свакодневна пракса. Аналогна фотографија се лако и брзо може претворити у дигиталну, па се може изменити, односно обрадити путем приступачних компјутерских програма за обраду фотографије.²⁰

Чест пример неовлашћене употребе фотографије у пракси јесте и неовлашћено саопштавања фотографије од стране медија. Под медијем се подразумевају штампани и електронски медији (новине, радио и телевизијски станице и електронска издања тих медија, као и самостална електронска издања (уређивачки обликоване интернет странице или интернет портали), а који су регистровани у Регистру медија).²¹ У новинама и на интернет сајтовима медија се често саопштавају фотографска ауторска дела, без сагласности аутора и без означења његовог имена, чиме се врши повреда ауторског права. Повреда ауторског права не постоји у случају када се објављене фотографије појављују као део обавештавања јавности о текућим догађајима. Овде је реч о ограничењима субјективног ауторског дела, о чему ће касније бити више речи.

Израда фотографије у колаж техници може представљати повреду ауторског права.²² Аутор фотографије, употребљене приликом израде колажа, има право на накнаду штете у случају неовлашћене употребе његове фо-

20 Прља, Д, Рељановић, М, Ивановић, З.: Интернет право, Београд 2012, с. 75 и 76.

21 Закон о јавном информисању и медијима („Сл. гласник РС”, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење), чл. 29, ст. 2.

22 Аралица Мартиновић, Г.: Трговачки суд у Загребу, Фотографија као ауторско дјело, http://www.vtsrh.hr/index.php?page=conference&conf_id=2200&article_id=2209, приступ 22. априла 2016.

тографије. Међутим, у међународној пракси постоје и супротни ставови.²³ Институт правичне употребе (енг. fair use), постоји у англосаксонском праву, и под њим се подразумева право на коришћење ауторског дела, без сагласности аутора.²⁴ Амерички закон о ауторским правима предвиђа критеријуме на основу којих се може утврдити да ли се ради о примени института правичне употребе, и ту спадају: сврха и карактер употребе дела, природа ауторског дела, у којој мери је ауторско дело употребљено и ефекат употребе ауторског дела.²⁵

Аутор фотографије може у писаној форми изричито забранити излагање фоторафије, приликом отуђења оригиналног дела, осим уколико је власник фотографије галерија, музеј или друга јавна установа.²⁶ Данасу, у дигиталном окружењу, са појавом Интернета и његових сервиса, а нарочито друштвених мрежа, потреба за израдом дигиталне фотографије готово да је престала да постоји. Саопштавањем фотографије путем интернет сајтова, омогућен је приступ фотографијама широкој јавности, па се исте могу веома лако сачувати и користити, како у личне, тако и у комерцијалне сврхе. Стога се најчешће повреде ауторског права управо врше објављивањем фотографија путем Интернета.

Када говоримо о повреди права поводом фотографског дела, треба истаћи и следећа запажања. Реч је о томе да носиоцу ауторског права припада различит корпус инструмената правне заштите с обзиром на то шта је предмет фотографског дела. Ако дело садржи фотографију природе или животиње, онда у случају повреде носилац може тражити заштиту само по основу ЗАСП-а. Међутим, ако дело садржи неке друге елементе који су заштићени путем других прописа, онда ће носилац моћи да тражи и/или заштиту по основу тих других прописа. Тако, нпр. ако је предмет дела жиг, заштита се може тражити и по Закону о жиговима. Ако је предмет дела лик неког лица, заштита је могућа по основу заштите личних права. Ако је

23 Познати сликар Ричард Принц је направио изложбу уметничких колажа употребивши фотографије другог уметника са мотивима растафаријанаца из Јамајке. Фотограф је поднео тужбу против сликара, а другостепени суд је по жалби заузео став да је 25 од 30 употребљених фотографија довољно измењено, да би се могле сматрати „правичном употребом”. Legal Cases Every Photographer Should Know, <http://petapixel.com/2014/10/28/8-legal-cases-every-photographer-know/>, приступ 29. априла 2016.

24 Више о томе видети у: Спасић, В.: Основи доктрине Fair Use о ограничавању имовинскоправних овлашћења аутора, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 40-41 (2001), с. 215-234.

25 Photography and Copyright Law, <http://blog.kenkaminesky.com/photography-copyrightand-the-law>, приступ 20. фебруара 2016.

26 ЗАСП, чл. 37.

садржина дела дете, заштита се може тражити с позивом на права детета. Најзад, ако је предмет фотографије нека чињеница из сфере политике, односно јавноправне области или здравља, у том случају ће бити могуће позивање на прописе из наведене области. Наравно, у знатном делу повреде права на фотографско дело, као супсидијарни основ правне заштите представљају прописи из области нелојалне конкуренције.

5.2. Повреда права на фотографском делу путем друштвених мрежа

Поред повреде ауторских права на фотографским делима, данас веома велики проблем представља повреда приватности и злоупотреба личних података на друштвеним мрежама. Захваљујући друштвеним мрежама, чији су кориснички налози бесплатни, корисници широм света могу међусобно ступити у контакт, сазнати личне податке других корисника, прегледати и сачувати и употребити туђе фотографије.

Многи корисници нису свесни чињенице да подаци који се региструју путем друштвене мреже и поделе (шерују) са осталим корисницима могу остати трајно забележени, па чак и након брисања налога, што је случај код друштвене мреже Фејсбук. „Чак и уколико одлучи да обрише кориснички налог и уништи информације које су објављене, корисник не може да буде сигуран да неко већ није одштампао податке или фотографије.”²⁷ Због тога, сваки корисник приликом креирања корисничког налога мора посебно обратити пажњу на политику приватности друштвене мреже у оквиру које креира налог. Кључно питање јесте: да ли су, и у којој мери, ауторска права аутора фотографије заштићена након објављивања фотографије путем друштвених мрежа. Данас су најпопуларније друштвене мреже путем којих се објављују фотографије корисника, Фејсбук, Инстаграм и Твитер.

5.2.1. Фотографија на друштвеној мрежи Фејсбук

Приликом постављања (аплодовања) фотографија на друштвену мрежу Фејсбук, корисник налога може одредити да фотографија буде доступна свима или да само одређеној групи корисника, са којима је корисник налога повезан преко друштвене мреже. Међутим, и поред унапређења политике приватности, и даље постоје недостаци у погледу заштите података корисника. Укуцавањем имена и презимена одређене особе преко Гугл претраживача, појавиће се кориснички налог тог лица, уколико је регистрован на Фејсбук мрежи. Поред налога, биће доступна профилна и

²⁷ Костић, М, Вилић, В.: Приватност корисника друштвених мрежа, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 64, 2013, с. 72.

насловна фотографија корисника, за које не постоји могућност ограничења доступности.²⁸

Приликом креирања корисничког налога, корисник даје сагласност на услове коришћења садржаја. У вези са ауторскоправно заштићеним садржајем, као што су видео и фотографије (IP садржај), корисник налога преноси Фејсбуку, у складу са правилима приватности, изричиту, неексклузивну, преносиву дозволу која се може подлиценцирати, за коју се не плаћа накнада и која важи за цео свет, па Фејсбук може да користи било који IP садржај који корисник објави у услузи Фејсбук или у вези са истом (IP дозвола).²⁹

У погледу граница коришћења фотографија корисника налога од стране Фејсбука, постоје различита гледишта. Тако, на пример, постоји мишљење да Фејсбук располаже широким овлашћењима у погледу употребе фотографија корисника, али да се никако не може сматрати носиоцем ауторског права.³⁰ Такође, треба напоменути да фотографије објављене путем Фејсбука могу постати доступне маркетиншким партнерима Фејсбука, другим компанијама и државним органима, уколико је то неопходно.³¹

Генерално и суштински, Фејсбук је интернет посредник који се сматра одговорним за насталу повреду права, уколико је знао или морао знати за повреду права која је извршена путем његове мреже, односно ако је о истој обавештен, а спорни садржај није одмах уклоњен, осим уколико није остварио финансијску корист насталу у вези са наведеном повредом права (хостинг провајдер). Собзиром да корисници Фејсбук мреже приликом регистрација профила дају сагласност са општим условима мреже, да Фејсбук најчешће уклања садржаје којима се врши повреда права по пријави корисника и да су услуге Фејсбука претежно бесплатне, може се извући закључак, да компанија Фејсбук врло лако може избећи одговорност за насталу повреду ауторског права путем њихове мреже.³²

28 Костић, М, Вилић, В.: *op. cit.*, с. 68

29 <https://sr-rs.facebook.com/legal/terms/update>, приступ 25. априла 2016.

30 Does Facebook Really Own Your Photos?, <https://www.plagiarismtoday.com/2015/05/13/does-facebook-really-own-your-photos/>, приступ 20. маја 2016.

31 Костић, М, Вилић, В.: *op. cit.*, с. 65 и 66.

32 Радовановић, С.: Ауторско право и Фејсбук, с посебним освртом на право Србије, Интелектуална својина и Интернет, Београд 2016, с. 160-163.

5.2.2. Фотографија на друштвеној мрежи Инстаграм

„Суштина Инстаграма као друштвене мреже је у слободном шеровану и дељењу у циљу промовисања дела анонимних уметника. Инстаграм је осмишљен с циљем да корисници слободно деле своје фотографије омогућавајући им да буду препознати у широј јавности, а не само међу својим контактима.” Коринички налог на друштвеној мрежи Инстаграм може бити доступан свима или се приступ може ограничити само на одређене кориснике мреже.³³ Правила коришћења Инстаграма су, када је реч о фотографијама корисника налога, слична као и на друштвеној мрежи Фејсбук. Без обзира на прокламацију да Инстаграм није власник објављеног садржаја од стране корисника налога, Инстаграм, ипак стиче дозволу за коришћење објављеног садржаја, уз могућност подлиценцирања дозволе.³⁴

5.2.3. Фотографија на друштвеној мрежи Твитер

Правила коришћења ове мреже су слична правилима осталих друштвених мрежа. Фотографије, видео записи, текстуалне поруке и остали садржаји, објављују се од стране корисника у виду такозваних „твитова”. Правила коришћења ове мреже, односно део који се односи на права корисника, садржи апострофирано објашњење шта значи дозвола, коју корисник даје мрежи, у погледу садржаја који објављује: том дозволом корисник омогућава мрежи да његове „твитове” учини доступним свима на свету, као и да омогући другима да учине исту ствар.³⁵

Један од првих случајева у међународној пракси који се односи на услове коришћења фотографија објављених путем друштвених мрежа је спор између АФП (Агенција Франс Прес) и фотографа Даниела Морел. У наведеном случају заузет је став о дозволи ретвитовања фотографских дела других корисника у некомерцијалне сврхе.³⁶

Слично правно становиште постоји и у нашој правној теорији, када је реч о повреди ауторских права на друштвеној мрежи Твитер. „ У случају да одређени твит испуњава услове за ауторскоправну заштиту, његово прослеђивање (ретвитовање) без сагласности титулара ауторског права представљаће радњу повреде права, осим у случају када је предузимање

33 Такозвани пратиоци налога, енгл. followers.

34 <https://help.instagram.com/478745558852511>, приступ 26. маја 2016.

35 <https://twitter.com/tos?lang=en#yourrights>, приступ 25. априла 2016.

36 Photographer wins \$1.2 million from companies that took pictures off Twitter, <http://www.reuters.com/article/us-media-copyright-twitter-idUSBRE9AL16F20131122>, приступ 11. април 2016.

такве радње без сагласности титулара права допуштено законом као вид ограничења права. Међутим, ограничење права не делује у случају када се туђи твит преузима без навођења извора. Твитераш чији оригиналан твит је „преписан”, а не ретвитован, могао би, стога, да поднесе захтев за уклањање твита, на основу „Твитерове” политике заштите ауторског права, или да покрене судски поступак за утврђивање повреде ауторског права.³⁷ Ретвитовање представља цитирање целокупног туђег твита, уз навођење имена аутора твита. У случају преписивања твита који испуњава услове за ауторскоправну заштиту, без навођења имена аутора твита, дошло би до повреде ауторског права.³⁸

6. Коришћење фотографских дела с позивом на ограничења ауторског права

Коришћење свих ауторскоправно заштићених дела (па и фотографских) могуће је по два основа: дозволом аутора, тј. носиоца права и по основу ограничења ауторског права. Ограничења су законски случајеви у којима трећа лица могу користити туђа ауторска дела, без дозволе носиоца права и без плаћања накнаде (суспензија права) и без дозволе али уз плаћање накнаде (законска лиценца).

Наш ЗАСП (као и сви савремени закони) прописује у чл. (42 до 54v), случајеве суспензије права и права на накнаду. Посматрано у односу на фотографско дело, дозвољено је:

- Објављено ауторско дело умножавати и јавно саопштавати ради спровођења поступка пред судским или другим државним органима или у сврху обезбеђења јавне сигурности;
- У оквиру обавештавања јавности путем штампаних или електронских медија, о текућим догађајима, у обиму који одговара сврси и начину извештавања о текућем догађају,
- Умножавање примерака објављених дела која се појављују као саставни део текућег догађаја о коме се јавност извештава;
- Припремање и умножавање кратких извода или сажетака из новинских и других сличних чланака у прегледима штампе;
- Наведено ограничење сходно се примењује на све облике јавног саопштавања поменутих дела.

37 Поповић, В, Д.: Ауторскоправни поглед на коришћење „Твитера”, Интелектуална својина и Интернет, Београд, 2016, с. 112.

38 Ibid. 102 и 103.

- Дозвољено је за некомерцијалне сврхе наставе јавно извођење или представљање објављених дела у облику непосредног поучавања на настави;
- Умножавање дела од стране јавних библиотека, образовних установа, музеја и архива, само за сопствене архивске потребе, ако се дело умножава из сопственог примерка и ако таквим умножавањем ове институције немају намеру да остваре непосредну или посредну имовинску корист;
- Дозвољено је физичком лицу да умножава примерке објављеног дела за личне некомерцијалне потребе;
- Привремено умножавање ауторског дела, под прописаним условима,;
- Умножавање, као и други облици јавног саопштавања кратких одломака ауторског дела (право цитирања) односно појединачних кратких ауторских дела, под одређеним условима;
- Организацији за радиодифузију која има дозволу за емитовање дела, дозвољено је снимање сопственим средствима то дело на носач звука или носач слике, односно носач звука и слике ради емитовања у сопственој емисији;
- Дводимензионално умножавање, стављање у промет тако умножених примерака, као и други облици јавног саопштавања дела која се трајно налазе изложена на улицама, трговима и другим отвореним јавним местима;
- За потребе израде каталога јавних изложби или јавних продаја дозвољено је без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде одговарајуће умножавање изложених дела и стављање у промет тако умножених примерака;
- У продавницама, на сајмовима и другим местима где се демонстрира рад уређаја за снимање, репродуковање и пренос звука и слике, дозвољено је умножавање дела на носач звука и слике, јавно саопштавање дела са тог носача, као и јавно саопштавање дела које се емитује, али само у мери у којој је то неопходно за демонстрирање рада уређаја;
- За потребе особа са инвалидитетом, дозвољено је без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде, умножавање и стављање у промет ауторског дела, ако то дело не постоји у траженом облику, ако је његова употреба у директној вези са инвалидитетом тих особа и у обиму који захтева одређена врста инвалидитета и ако то умножавање и

стављање у промет није учињено ради остваривања посредне или непосредне имовинске користи;

- Дозвољена је слободна прерада објављеног ауторског дела, у одређеним случајевима;
- Објављена дела која представљају небитан састојак у односу на главно дело у које су укључена или у односу на ствар са којом се заједно користе, у слободној су употреби при искоришћавању таквог главног дела или такве ствари.

Други вид ограничења ауторског права представља Законска лиценца (чл. 55 – 57). У том смислу:

- Без дозволе аутора, а уз обавезу плаћања ауторске накнаде, дозвољено је, у облику збирке намењене настави, испиту или научном истраживању, умножавање на папиру или сличном носачу (путем фотокопирања или било којег облика фотографске или сличне технике), одломака објављених ауторских дела, појединачних кратких објављених ауторских дела у области науке, књижевности и музике или појединачних објављених ауторских дела фотографије и сличних творевина, ако се ради о објављеним делима више различитих аутора, осим ако то аутор изричито не забрани;
- Дозвољено је у средствима јавног обавештавања умножавање, стављање у промет примерака, као и други облици јавног саопштавања чланака (са фотографским делима), који су објављени у другим средствима јавног информисања, под условом да се то односи на текућа економска, политичка или верска питања, а да аутор то није изричито забранио.

7. Закључак

Фотографско дело, иако је законски и теоријски сврстано при дну лествице ауторских дела, данас по својој употреби и значају избија у сам врх интелектуалних творевина.

Није свака фотографија ауторско дело. Да би то постала потребно је је творевина људске руке и људског духа, што значи да садржи довољан ниво оригиналности. У супротном, фотографија која представља обичну, односно рутинску творевину неће се сматрати ауторским делом и не може уживати ауторскоправну заштиту. Међути, и обичне фотографије уживају правну заштиту, тако да и њихова употреба није потпуно слободна. Овакве творевине (односно њихови ствараоци) уживају правну заштиту по

основу општих прописа грађанског (облигационог) права или одредаба о нелојалној утакмици. Оно што је битно нагласити и што често представља проблем јесте што је код многих фотографија тешко утврдити степен њихове оригиналности и квалификовати их као ауторска дела или обичне фотографије.

Данас, у дигиталном окружењу фотографске творевине различите врсте и природе се све више користе. При томе, чести су случајеви повреде права лица која су законски носиоци права. Да би се спречила неовлашћена употреба фотографских дела прибегава се коришћењу одговарајућих технолошких мера заштите.³⁹ У том циљу створене су технологије дигиталног управљања правима (Digital rights management-DRM), које користе различите системе заштите дела. Један од најзначајнијих метода заштите представља дигитални водени жиг (watermark). Овај жиг представља облик означавања фотографије уметањем скривене информације унутар фотографије у сврху заштите. Постоји више метода и програма који служе за уметање или самосталну израду невидљивог воденог жига. Дигитални водени жиг штити аутора, односно носиоца права и омогућује му да јасно означи своје ауторство (односно овласништво) на фотографији. У означавању воденим жигом битна информација је сама фотографија, док унутрашњи подаци који се похрањују у фотографију служе за заштиту саме фотографије и као доказ власништва. Техника означавања омогућава да су водени жигови неприметни (овде је искључена могућност видљивог воденог жига) и не могу се одвојити од фотографије у коју су уметнути.

У смислу претходних навода велики значај има тзв.«аутоматски» дигитални водени жиг – digimarc. Ово је дигитални водени жиг који се налази у програму Photoshop. Заштита коју ставља у фотографију изгледа као да је уметнут шум у фотографију како би се могла распознати од неозначене фотографије. Уметањем дигиталног воденог жига постоји могућност за проверу да ли је приликом одређеног напада/модификације дигитални водени жиг уклоњен.

У последње време све више се јављају покрети који покушавају да уведу алтернативе ауторском праву, сматрајући да оно није кадра да обетбеди заштиту интелектуалним ствараоцима. Из таквих идеја настао је појам лиценце отвореног кода Open source лиценца, чија је основна форма Copyleft лиценца. Ова лиценца штити ауторска права, тако што допушта бесплатну

39 Детаљније видети у: Спасић, В.: Технолошке мере у функцији контроле коришћења ауторских дела у информатичком друштву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, (2016), бр. 74, с. 207-224.

употребу, дистрибуцију, и мењање дела на које се односи, али под условом да измењена верзија буде такође copyleft.⁴⁰

Један од начина контроле, али и олакшане употребе фотографија уопште представљају тзв. stock фото агенције, које су се појавиле у прошлом веку и функционишу и данас. Смисао оснивања и функционисања оваквих агенција јесте издавања лиценци за употребу (комерцијалну или free) фотографија на којима одређена лица имају ауторска, односно власничка права.⁴¹

Литература

Аралица Мартиновић, Г.: Трговачки суд у Загребу, Фотографија као ауторско дјело, http://www.vtsrh.hr/index.php?page=conference&conf_id=2200&article_id=2209, приступ 22. априла 2016.

Desbois, H.: *Le droit d' auteur*, Paris, 1950.

Костић, М, Вилић, В.: Приватност корисника друштвених мрежа, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 64/2013, с. 53-78.

Oeuvres photographiques, Document préparatoire pour la Comité d' experts gouvernementaux, OMPI/UNESCO, DA I C, 6/1986.

Попеску, Д.: Фотографија као ауторско дело, Право интелектуалне својине, Право и привреда, број 7-9/2016, Београд 2016.

Поповић, В, Д.: Ауторскоправни поглед на коришћење „Твитера“, Интелектуална својина и Интернет, Београд, 2016.

Прља, Д, Рељановић, М, Ивановић, З.: Интернет право, Београд 2012.

Photography and Copyright Law, <http://blog.kenkaminesky.com/photography-copyrightand-the-law>, приступ 20. фебруара 2016.

Радовановић, С. : Ауторско право и Фејсбук, с посебним освртом на право Србије, Интелектуална својина и Интернет, Београд 2016, с. 160-163.

40 Више у: Спасић, В. Алтернативе ауторском праву, тематски Зборник радова Правног факултета у Нишу, Књ. 1, 2011, с. 333-345.

41 Stock фото агенције могу се поделити на три врсте зависно од типа фотографије коју дистрибуирају: а) Micro stock агенција – фотографије свих квалитета, величина и цена б) Mid stock агенција – фотографије средњег и високог квалитета, али нижих цена в) Macro stock агенције – фотографије изузетно високог квалитета и цене Постоји чак и неколико агенција које нуде бесплатне фотографије. Међутим, то су најчешће фотографије лошијег квалитета и врло малих димензија, односно резолуција. Најпознатије агенције за продају фотографија су: а) Shutterstock агенција; б) iStockphoto агенција; в) Dreamstime агенција итд.

Радовановић, С.: Технолошке мере у систему заштите ауторског права, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 1/2011, с. 399-411.

Радовановић, С.: Ауторско право након смрти аутора, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 2/2004, с. 201-224.

Спаић, В.: Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ, Загреб, Београд, Чаковец, 1983.

Спасић, В.: Основи доктрине Fair Use о ограничавању имовинскоправних овлашћења аутора, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 40-41 (2001), с. 215-234.

Спасић, В.: Технолошке мере у функцији контроле коришћења ауторских дела у информатичком друштву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, (2016), бр. 74, с. 207-224.

Henneberg, I.: Autorsko pravo, Zagreb, 2001.

Prof. Vidoje Spasić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**PHOTOGRAPHIC WORKS OF AUTHORSHIP
IN THE SERBIAN LEGAL SYSTEM**

Summary

Photographic works fall into a special category of works of authorship, which are increasingly gaining considerable attention. The development of digital media and digital technology has additionally contributed to wide-ranging application of photographic works (photography in general). As a result, the opportunities for unauthorized use and abuse of photographic works are constantly on the rise. In this paper, the author discusses the status of photographic works of authorship in Serbian legislation. A distinction is made between copyrighted photographic works of authorship and ordinary photographs (factographic representation of objects and events), which do not enjoy copyright protection. The author focuses on the authorship right of the creator of the photographic work and the statutory limitations imposed on this right (the suspension of the authorship right and license). Finally, the author analyzes different forms of infringement of the subjective authorship right of the creator of the photographic work.

Keywords: *author, photographic work, use of copyrighted work, infringement of the authorship right*

ПОНИШТАВАЊЕ И УКИДАЊЕ ИЗБЕГЛИЧКОГ СТАТУСА¹

Апстракт: Поништавање избегличког статуса врши се уколико се накнадно открије да особа којој је тај статус признат, на њега уопште није имала право. То ће се десити ако се утврди да у моменту признавања избегличког статуса није постојао неки од елемената предвиђених дефиницијом избеглице или да је, пак, постојао неки од разлога за искључење избегличке заштите. Одлука којом надлежни државни орган поништава избеглички статус има ретроактивно дејство. До укидања избегличког статуса долази уколико особа којој је иницијално исправно признат статус избеглице накнадно изврши неко дело наведено у чл. 1F(a) или (c) Конвенције. За укидање избегличког статуса није нужно постојање правоснажне осуђујуће пресуде, већ је довољно постојање озбиљног разлога за сумњу да је избеглица починила неко од поменутих дела. Одлука о укидању избегличког статуса делује *ex nunc*, не дирајући у права и обавезе које је лице до тада имало.

Кључне речи: Конвенција о статусу избеглица, поништавање избегличког статуса, укидање избегличког статуса, избеглица, поступак.

1 Рад представља 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.

1. Увод

Конвенција о статусу избеглица² (даље: Конвенција) прописује услове под којима нека особа стиче избеглички статус.³ Уколико држава уговорница Конвенције призна особи избеглички статус,⁴ он остаје на снази све док не наступи неки од разлога за његов престанак предвиђен чл. 1С тог уговора (тзв. клаузуле о престанку избегличког статуса). Чл. 1С садржи шест околности које доводе до престанка избегличког статуса, и то: 1) добровољно подвргавање особе заштити земље чије држављанство има; 2) поновно добровољно стицање претходно изгубљеног држављанства; 3) стицање новог држављанства и уживање заштите земље чије држављанство је стечено; 4) добровољан повратак ради настањења у државу коју је особа претходно напустила због страха од прогањања;⁵ 5) престанак околности у држави порекла због којих је особа била призната за избеглицу; и, 6) престанак околности у држави у којој је особа без држављанства имала уобичајено место боравка због којих је она била призната за избеглицу. Међутим, у неким ситуацијама особа може изгубити избеглички статус и пре наступања неког од разлога за примену клаузула

2 Convention relating to the Status of Refugees, United Nations Treaty Series, vol. 189, p. 137. Конвенција је усвојена 1951. године, а на снагу је ступила 1954. године. Југославија је ратификовала Конвенцију 1960. године (Службени лист ФНРЈ - Међународни уговори бр. 7/60).

3 Чл. 1А(2) Конвенције прописује да ће статус избеглице имати особа “која се, услед догађаја насталих пре 1. јануара 1951. године и услед основаног страха да ће бити прогоњена због своје расе, вере, националности, припадности некој социјалној групи или политичких убеђења, нађе изван земље чије држављанство има и која не може или због тог страха не жели да тражи заштиту те земље; или особа без држављанства, која се услед напред наведених разлога налази изван земље њеног уобичајеног места боравка, и која не може или због тог страха не жели да се у њу врати”. Поред тога, чл. 1А(1) Конвенције признаје избеглички статус и лицима која су такав статус стекла према релевантним међународним документима усвојеним пре доношења Конвенције. Дефиниција избеглице из чл. 1А(2) проширена је Протоколом о статусу избеглица из 1967. године који је уклонио временску границу из тог члана, тако да се избеглички статус може стећи и услед догађаја насталих и после 1. јануара 1951. године; Protocol relating to the Status of Refugees, United Nations Treaty Series, vol. 606, p. 267. Југославија је ратификовала Протокол 1967. године (Службени лист СФРЈ - Међународни уговори и други споразуми, бр. 15/1967).

4 У доктрини се за такву државу користи више термина: држава уточишта, држава азила, држава прихвата, држава домаћин и држава пријема. Професор В. Димитријевић зе залагао за употребу термина „држава уточишта“; В. Димитријевић, Уточиште на територији стране државе – територијални азил (публикована докторска дисертација), Београд, 1969, стр. 19.

5 За избеглице које имају држављанство то је земља њиховог порекла, а за избеглице без држављанства то је земља претходног уобичајеног боравка.

о престанку. То ће се десити уколико буде донета одлука о поништавању или укидању избегличког статуса.

Поништавање и укидање се користе против одлука о признавању избегличког статуса које су постале правоснажне, услед чега не могу бити оспораване редовним правним лековима. Дакле, ови инструменти имају карактер ванредних правних средстава и представљају изузетак од принципа *res judicata*. Поништавање и укидање доводе до губитка признатог избегличког статуса, што има озбиљне последице по бивше носиоце тог статуса, као и чланове њихових породица.

Конвенција, а ни Протокол из 1967. године, посебно не регулишу институт поништавања и укидања избегличког статуса. Критеријуми и процедура за поништавање и укидање статуса избеглице уређени су општим правним принципима и националним управним законодавствима који неизоставно морају бити у складу са релевантним одредбама Конвенције. Као и за остала питања у вези са положајем избеглица, значајан допринос нормирању и примени института поништавања и укидања избегличког статуса дао је Високи комесар УН за избеглице (*United Nations High Commissioner for Refugees - UNHCR*).

2. Поништавање избегличког статуса

Као што је речено, Конвенција не садржи посебне одредбе о поништавању избегличког статуса. Међутим, неприхватљиво је да неко, на пример, служећи се преваром или претњом, оствари права призната том конвенцијом. Услед тога, поништавање избегличког статуса није неспојиво са одредбама Конвенције. То је потврдио и UNHCR, истакавши да је поништавање одлуке о признавању избегличког статуса “у потпуној сагласности са предметом и циљем” Конвенције јер се тиме “чува интегритет дефиниције избеглице”.⁶ Конвенција нема за циљ да избегличку заштиту пружи особама које за њом немају потребу или је не заслужују, тако да поништавање одлуке којом је неоправдано признат избеглички статус јача интегритет институције азила.⁷ Поништавањем такве одлуке штити се и принцип легалности.

За разлику од Конвенције, Приручник UNHCR-а о поступцима и критеријумима за одређивање статуса избеглице садржи посебан параграф посвећен том институту. Параграф 117 Приручника гласи:

6 UNHCR, Note on the Cancellation of Refugee Status, 22 November 2004, para. 5.

7 S. Kapferer, Cancellation of Refugee Status, Legal and Protection Policy Research Series, Geneva, 2003, para. 6.

“Члан 1С се не бави поништавањем статуса избеглице. Могуће је, међутим, да се открију околности које указују да дотичној особи никада није требало признати статус избеглице; нпр. уколико се накнадно установи да је такав статус стечен лажним приказивањем материјалних чињеница или да дотична особа има друго држављанство или да би, у случају да су релевантне чињенице биле познате, у односу на њу била примењена нека од искључујућих клаузула. У таквим случајевима одлука којом је тој особи био признат статус избеглице уобичајено ће бити поништена”.

Иако тумачења Конвенције која даје UNHCR нису правно обавезујућа, државе уговорнице Конвенције их итекако уважавају.

2.1. Разлози за поништавање

Као и свака друга одлука, и одлука о признавању избегличког статуса поништава се уколико се открије да је приликом њеног доношења било неких незаконитости. Суштински гледано, она се поништава ако се накнадно усданови да је избеглички статус признат лицу које на њега уопште није имало право.⁸ Другим речима, та мера се предузима уколико у моменту доношења одлуке о признавању избегличког статуса нису били испуњени услови за то признање. UNHCR наводи да се поништај избегличког статуса може извршити уколико је неки од три следећа фактора допринео његовом незаконитом признавању: 1) лажно приказивање или прикривање релевантних чињеница⁹ од стране тражиоца азила или треће особе; 2) друга неприхватљива понашања појединаца, укључујући претњу или подмићивање; или 3) погрешно утврђено чињенично стање или погрешна примена права од стране поступајућег органа приликом примене укључујућих или искључујућих клаузула.¹⁰

Поништавање избегличког статуса извршиће се ако је неки од три напред наведена фактора допринео да се тај статус призна особи која није испуњавала услове из чл. 1А(2) Конвенције (тзв. укључујуће клаузуле)

8 UNHCR, Note on the Cancellation of Refugee Status, 22 November 2004, paras. 1, 4.

9 Одлука се не може поништити због чињеница које су биле ирелевантне приликом одлучивања о признавању избегличког статуса. На пример, канадски Савезни суд је укинуо одлуку Одељења за одређивање избеглица о поништају избегличког статуса која је била базирана на чињеници да је апликант користио три различита имена како би више пута добио финансијску помоћ, пошто такво поступање апликанта није утицало на утврђивање његовог избегличког статуса; више видети: S. Karferer, op. cit., para. 23.

10 UNHCR, Note on the Cancellation of Refugee Status, 22 November 2004, para. 17; UNHCR, Procedural Standards for Refugee Status Determination Under UNHCR's Mandate, 20 November 2003, para. 10.2.

или уколико на њу нису примењене искључујуће клаузуле из чл. 1D, E и F Конвенције, а требало их је применити.¹¹ Конкретно, поништавање ће се извршити уколико је у моменту признавања избегличког статуса постојала нека од следеће четири ситуације: 1) особа није задовољавала све критеријуме наведене у дефиницији из чл. 1A(2) Конвенције; 2) није постојала потреба за међународном заштитом те особе јер је она већ уживала заштиту других органа или агенција УН (чл. 1D Конвенције); 3) страна држава у којој се особа настанила признала јој је права и обавезе као и домаћим држављанима (чл. 1E Конвенције); или, 4) особа није заслуживала међународну заштиту због постојања озбиљних разлога за сумњу да је извршила неко дело обухваћено чл. 1F(a, b или c) Конвенције.¹²

Предмет поништавања је позитивна одлука за чије усвајање нису били испуњени потребни услови, али се у моменту њеног доношења за то није знало.¹³ Да би поништио избеглички статус, надлежни орган мора утврдити да у моменту признања није постојао неки од потребних елемената предвиђених дефиницијом избеглице или да је постојао неки од разлога за искључење избегличке заштите.¹⁴ Дакле, до поништавања ће доћи када се након признања избегличког статуса октрију чињенице које показују да је то признавање било неосновано. Поништавањем се исправља одлука која је била погрешна од самог почетка (*ab initio*), што је важно код утврђивања његових последица.

Разлози за поништај могу бити само околности које су већ постојале приликом доношења одлуке о признавању избегличког статуса, а не и околности настале након тога.¹⁵ Постојање тих разлога може бити последица понашања подносиоца захтева за признање статуса избеглице

11 UNHCR, *The Cessation Clauses: Guidelines on their Application*, April 1999, para. 3.

12 Чл. 1F обухвата следећа дела: (a) злочин против мира, ратни злочин или злочин против човечности, у смислу међународних инструмената сачињених ради регулација тих злочина; (b) тешка неполитичка кривична дела извршена изван државе уточишта пре пријема избеглице у ту државу; (c) дела која су у супротности са циљевима и начелима Уједињених нација.

13 Државни органи су били обманути или су погрешили приликом доношења одлуке о признавању избегличког статуса; J.C. Murillo, *The Legitimate Security Interests of the State and International Refugee Protection*, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2009, Vol. 6, No. 10, p. 123.

14 UNHCR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination Under UNHCR's Mandate*, 20 November 2003, para. 10.1.

15 На пример, уколико је лице накнадно стекло држављанство или извршило неки злочин, то нису разлози за поништај већ престанак, односно укидање избегличког статуса. У тим ситуацијама лице ће изгубити избеглички статус *pro futuro*, а не *ab initio* (као што је то случај код поништавања).

или, пак, поступајућег органа. Чињенице које су биле познате или су могле бити откривене у време доношења одлуке о признању статуса избеглице, по правилу, не могу послужити као основ за поништавање те одлуке.¹⁶

Држава, ипак, не може поништити избеглички статус увек када открије да је приликом његовог признања постојала нека грешка. Она мора унапред предвидети јасне услове и критеријуме за поништај како би се очувала правна сигурност. Тиме се избеглице штите од арбитрерног и самовољног поништавања њиховог статуса.¹⁷

Надлежни државни органи на различите начине могу сазнати за неправилности које су постојале приликом признавања избегличког статуса. До тог сазнања они могу доћи приликом поступања по захтеву дотичног лица за спајање породица или током поступака за признавање избегличког статуса неким другим особама (нарочито рођацима или суграђанима тог лица). Такве информације могу потицати и од других државних органа или физичких лица.

Покретање поступка за поништај одлуке не може се заснивати једино на промени мишљења о кредибилитету закључка о чињеницама на којима је заснована одлука о признавању избегличког статуса. То се може учинити само уколико је закључак о материјалним чињеницама противречан новим поузданим информацијама или је очигледно контрадикторан са подацима који из досијеа формираном приликом утврђивања избегличког статуса.¹⁸

Уколико једини доказ за лажно приказивање чињеница представљају искази чланова породице, надлежан орган треба да буде обазрив приликом поништавања одлуке. Он најпре мора утврдити да ли се искази међусобно толико разликују да су потпуно инкомпатибилни, као и колико су били релевантни приликом признавања избегличког статуса. У обзир се мора узети и могућност да чланови породице једни другима можда нису поверили све што им се десило у држави из које су побегли (на пример, деца можда не знају за политичке активности родитеља). Уколико се у тој ситуацији искази суштински инкомпатибилни, од избеглице се очекује да пружи објашњење.¹⁹

Орган приликом поништавања одлуке у обзир мора узети остварење принципа легалности, с једне стране, али и поштовање принципа правне

16 UNHCR, Note on Loss of Refugee Status Through Cancellation, 4 July 1989, para. 14.

17 S. Kapferer, op. cit., para. 7.

18 UNHCR, Procedural Standards for Refugee Status Determination Under UNHCR's Mandate, 20 November 2003, para. 10.2.

19 UK Home Office, Revocation of refugee status, Asylum policy instruction, 2016, p. 28.

сигурности и заштите “стечених права” и легитимних очекивања, с друге стране.²⁰ Такође, мора бити испоштован и принцип пропорционалности који захтева да последица по избеглицу не смеју бити несразмерне тежини незаконитости која је утицала на признавање избегличког статуса. Другим речима, не може се поништити одлука о признавању избегличког статуса која ће довести до врло тешких последица по лице које губи тај статус, уколико је приликом њеног доношења постојала само нека мања неправилност.

Нарочито се треба уздржавати од поништавања одлука код чијег доношења није било погрешног понашање лица коме је признат избеглички статус, већ је незаконитост последица грешке поступајућег органа. Како би се испоштовао принцип пропорционалности, у тој ситуацији се у обзир морају узети све релевантне околности, укључујући дужину боравка у држави уточишта, степен социјалне и економске интеграције као и потенцијалне последице поништавања одлуке.²¹

2.2. Разликовање од сличних института

Поништавање избегличког статуса треба разликовати од престанка избегличког статуса на основу чл. 1С Конвенције где се тај статус губи услед промене околности (на страни избеглице или у његовој држави порекла). У тој ситуацији избегличка заштита је иницијално исправно призната, али временом су се промениле околности, тако да она лицу више није потребна.

Овај институт не треба мешати ни са укидањем избегличког статуса где долази до опозивања правилно додељеног избегличког статуса због тога што је избеглица након његовог стицања извршио неко дело наведено у чл. 1F(a) или (c) и услед тога постала недостојна избегличке заштите. Поништавање се врши због чињеница које су већ постојале у моменту доношења одлуке о признавању избегличког статуса, док разлози за укидање настају након тог признавања. Поништавање се врши када се накнадно открије да у моменту признавања избегличког статуса није постојао правни основ за такву одлуку,²² док се укидање примењује када услед накнадног понашања легално признатог избеглице он више не заслужује избегличку заштиту. Имајући у виду моменат наступања

20 UNHCR, Note on the Cancellation of Refugee Status, 22 November 2004, para. 8.

21 S. Kapferer, *op. cit.*, para. 47.

22 UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, para. 13.

разлога за губитак избегличког статуса, поништавање делује *ab initio* (*ex tunc*), а укидање само *pro futuro* (*ex nunc*).

На крају, поништавање избегличког статуса треба разликовати од протеривања (енг. *expulsion*) на основу чл. 32 и дозвољеног *refoulement*-а на основу чл. 33(2) Конвенције. Прва мера се примењује како би се исправила погрешно донета одлука и одузео неоправдано признат избеглички статус, док се друге две предузимају против избеглице којој је избеглички статус исправно признат. Поред тога, предузетим мерама на основу чл. 32 и 33(2) Конвенције лице се не лишава избегличког статуса, већ му држава уточишта само ускраћује право боравка на њеној територији (протеривањем, односно укидањем заштите гарантоване принципом *non-refoulement*) због тога што представља опасност по њу.

2.3. Процедура поништавања

Као и код поступка за утврђивање избегличког статуса, државе имају слободу да одреде органе који ће бити надлежни за поништавање тог статуса. То може бити исти орган управе који је донео иницијалну одлуку о признавању избегличког статуса, али и виши административни орган или суд. Због озбиљности последица, одлучивање о поништавању избегличког статуса мора бити поверено лицима која имају специјална знања у тој области.²³

Држава има слободу да одреди дали ће поступак за поништавање покретати само надлежни орган по службеној дужности (*ex officio*), или ће то моћи да се учини и на нечији захтев. Рок за покретање поступка, по правилу, је исти као и код других поступака за поништавање правоснажних одлука.

Државама је препуштено да пропишу да ли ће у случају постојања неког од разлога за поништај избегличког статуса покретање поступка бити обавезно или ће зависити од процене надлежног органа (дискрециона оцена). UNHCR сматра да је допуштање дискреционог одлучивања пожељније, јер омогућава свеобухватну оцену околности сваког појединачног случаја, с тим што надлежни орган приликом његове примене увек мора имати у виду сврху због које му је дискреција додељена.²⁴

Поступак за поништавање одлуке о избегличком статусу мора имати потребне процедуралне гаранције како би се могао сматрати правичним.

23 Home Office – UK Border Agency, Cancellation, Cessation & Revocation of Refugee Status, Operational Policy and Process Policy, Guidance and Casework Instruction, 18 December 2008, p. 5.

24 UNHCR, Note on the Cancellation of Refugee Status, 22 November 2004, paras. 39-40.

Те гаранције доста су сличне са гаранцијама код поступка за утврђивање избегличког статуса.²⁵ Поништавање избегличког статуса увек се мора вршити на индивидуалној основи, како би се утврдиле све релевантне околности које се тичу лица против ког се тај поступак спроводи.²⁶ Генерализоване сумње о умешаности у терористичке активности засноване искључиво на верском, етничком или националном пореклу или политичкој припадности не могу бити разлог да се признање избегличког статуса преиспита на општи начин читавим групама избеглица.²⁷ Поред индивидуализације, у поступку поништавања морају се обезбедити и следеће гаранције: обавештење избеглице о покретању поступка, спровођење интервјуа, обезбеђивање преводиоца, омогућавање учешћа правног заступника и омогућавање коришћења жалбе на првостепену одлуку.²⁸

У поступку поништавања избегличког статуса терет доказивања лежи на органу који оспорава тај статус, што значи да он мора доказати да је иницијална одлука незаконита. Терет доказивања биће пребачен на избеглицу једино уколико постоји доказ који ствара обориву претпоставку, (на пример, валидан пасош који показује да је држављанство подносиоца захтева различито од оног које је он навео у првобитном поступку).²⁹

Циљ поступка је доказивање постојања неког од разлога за поништавање избегличког статуса и стављање првобитне одлуке ван снаге. Међутим, чак и ако се у поступку утврди да су неке информације дате од стране апликанта у првобитном поступку нису биле тачне, то неће увек довести до поништаја одлуке. Уколико су у том поступку постојали и други докази који су били довољни да се само на основу њих призна избеглички статус, првобитна одлука неће бити поништана.³⁰ Треба рећи да у неким земљама поступајући органи имају дискрециона овлашћења и приликом одлучивања о меритуму, тако да утврђивање постојања неког од потенцијалних разлога за поништај неће увек имати за последицу поништавање избегличког статуса.³¹

25 UNHCR, Procedural Standards for Refugee Status Determination Under UNHCR's Mandate, 20 November 2003, para. 10.1.

26 Ibid., para. 10.1.

27 Ibid., para. 10.5.

28 UNHCR, Note on the Cancellation of Refugee Status, 22 November 2004, paras. 42-43.

29 Ibid., para. 34.

30 Ibid., para. 38.

31 Ibid., paras. 39-40.

У неким земљама (на пример, у Немачкој и Великој Британији) поступајући орган током поступка поништења има и обавезу да испита да ли у моменту доношења одлуке код лица евентуално постоји оправдани страх од прогањања.³² У тим државама одлука о поништавању избегличког статуса биће донета само уколико код дотичног лица у том моменту не постоји оправдани страх од прогона.³³ Насупрот томе, у појединим државама (на пример, Канади) не испитује се да ли особа у моменту поништавања испуњава услове за статус избеглице.³⁴ Уколико особа у тим државама сматра да у моменту поништавања одлуке трпи основани страх од прогона, она само може поднети нови захтев за признање избегличке заштите. Када се одлучује о том новом захтеву, поништена одлука због раније неоправдано признатог избегличког статуса не сме имати никакав негативан утицај на исход поступка.³⁵ Уколико лице испуњава услове за статус избеглице, тај му статус мора бити признат, без обзира што је у првобитном поступку можда преваром стекло међународну заштиту. Дакле, његово понашање у ранијем поступку не може бити препрека за касније стицање избегличког статуса. UNHCR сматра да о том новом захтеву за стицање статуса избеглице увек треба одлучивати различито тело од оног које је поништило првобитну незакониту одлуку о признавању избегличког статуса.³⁶

2.4. Последице поништавања

Уколико надлежни државни орган поништи одлуку о признавању избегличког статуса, он проглашава неважећим незаконито признат избеглички статус, и то ретроактивно (*ab initio, ex tunc*). У случају поништавања сматра се да избеглички статус никада није ни био признат. Након поништаја статуса лице више не ужива погодности предвиђене Конвенцијом, већ се третира као сваки други странац у датој држави. Поред тога, то лице губи и сва остала права и бенефиције добијене по основу раније неоправдано признатог избегличког статуса. Уколико је као избеглица добило дозволу боравка у држави прихвата, та му дозвола може бити одузета.³⁷ Треба рећи да поништавање избегличког статуса не

32 S. Kapferer, op. cit., para. 118; UK Home Office, Revocation of refugee status, Asylum policy instruction, 2016, p. 28.

33 UK Home Office, Revocation of refugee status, Asylum policy instruction, 2016, p. 28.

34 S. Kapferer, op. cit., para. 118.

35 Ibid., para. 119.

36 UNHCR, Note on the Cancellation of Refugee Status, 22 November 2004, para. 48.

37 Ibid., paras. 45.

доводи до аутоматског одузимања дозволе боравка, већ се ради тога мора водити посебан поступак.

Када лице изгуби избеглички статус то доводи и до поништавања деривативног избегличког статуса чланова његове породице.³⁸ У тој ситуацији чланови породице имају право да поднесу свој лични захтев за добијање статуса избеглице у држави прихвата. Њихов захтев биће усвојен ако испуњавају услове из дефиниције садржане у чл. 1А(2) Конвенције.

Уколико је лице поднело захтев за спајање породице, па након тога буде покренут поступак за поништавање његовог избегличког статуса, надлежни орган ће застати са поступком за спајање породице док се претходно не реши питање легалности одлуке о његовом избегличком статусу. Уколико одлука о признању избегличког статуса буде поништена, захтев за спајање породица биће одбијен.³⁹

Лице којем је поништена одлука о избегличком статусу и одузета дозвола боравка може бити протерано из државе пријема. У неким државама је забрањено да се то лице врати у земљу где би било изложено прогањању (на пример Аустрија и Белорусија).⁴⁰ У сваком случају, лице којем је поништен избеглички статус никако не може бити протерано у државу у којој би му био угрожен живот или би било било изложено мучењу. Држава је, значи, дужна да у тој ситуацији поштује ширу забрану *non-refoulement*-а наметнуту међународним уговорима о људским правима.⁴¹

3. Укидање избегличког статуса

Поред поништавања, до губитка избегличког статуса пре нестанка потребе за његовим постојањем, може доћи и услед укидања тог статуса. Као што је напред речено, Конвенција посебно не регулише тај институт, док Смернице UNHCR-а предвиђају могућност држава да укину избеглички статус. У параграфу 6 стоји „када се избеглица ангажује у понашању које потпада под члан 1F(a) или 1F(c), то ће активирати примену искључујућих клаузула и укидање избегличког статуса, под условом да су испуњени сви услови за примену тих клаузула“.⁴²

38 UNHCR, Procedural Standards for Refugee Status Determination Under UNHCR's Mandate, 20 November 2003, para. 10.5.

39 UK Home Office, Revocation of refugee status, Asylum policy instruction, 2016, p. 28.

40 S. Kapferer, *op. cit.*, para. 112.

41 О тој забрани више видети: И. Крстић, М. Давинић, *Право на азил – међународни и домаћи стандарди*, Београд, 2013, стр. 23-78, 119-211.

42 UNHCR, Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, HCR/

3.1. Разлози за укидање

До укидања избегличког статуса долази уколико особа којој је иницијално исправно признат статус избеглице накнадно изврши неко дело наведено у чл. 1F(a) или (c) Конвенције (злочин против мира, ратни злочин, злочин против човечности или неки други акт који је у супротности са циљевима и начелима УН). У тој ситуацији задатак надлежних државних органа је да утврде да ли се понашање признате избеглице може подвести под неки од аката предвиђених чл. 1F(a) или (c) Конвенције, односно да ли то накнадно понашање може активирати примену тих искључујућих клаузула.⁴³ За активирање искључујућих клаузула довољно је извршење неког од наведених аката, без обзира где су извршени (у држави прихвата или некој другој држави)⁴⁴ и без обзира да ли ти акти представљају опасност по државу прихвата.⁴⁵

Као што се види, не постоје неки посебни разлози за укидање избегличког статуса, већ су то они исти разлози који служе за искључење тог статуса, осим злочина наведених у чл. 1F(b) Конвенције. У зависности од момента извршења тих дела, примењује се искључење или укидање избегличког статуса. Искључење избегличког статуса врши се уколико су дела извршена (и за њих се сазнало) пре доношења одлуке о признавању тог статуса, док се укидање спроводи уколико су дела извршена након признавања избегличког статуса. Подсећамо да та дела, укључујући и она из чл. 1F(b), представљају и један од разлога за поништавање избегличког статуса, уколико су извршена пре признавања тог статуса, али се за њих сазнало тек након тог признавања.

Можемо закључити да се у зависности од момента извршења и сазнања за извршење неког дела из чл. 1F Конвенције, могу разликовати три ситуације: 1) ако је дело из чл. 1F(a, b или c) извршено пре признања избегличког статуса и поступајући орган је то знао приликом доношења одлуке, избеглички статус уопште неће бити признат (примена искључујуће клаузуле); 2) ако је

GIP/03/05, para. 6.

43 UNHCR, Procedural Standards for Refugee Status Determination Under UNHCR's Mandate, 20 November 2003, para. 4.8.1; UNHCR, Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, HCR/GIP/03/05, para. 4; UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, para. 17.

44 UNHCR, Additional UNHCR Observations on Article 33(2) of the 1951 Convention in the Context of the Draft Qualification Directive, December 2002, para. 6; Home Office – UK Border Agency, op. cit., p. 22.

45 Home Office – UK Border Agency, op. cit., p. 20.

дело из чл. 1F(a, b или c) извршено пре признања избегличког статуса али поступајући орган то није знао приликом доношења такве одлуке, већ се за то дело сазнало касније, таква одлука може бити поништена; и, 3) ако је дело из чл. 1F(a или c) извршено након што је донета одлука о признању избегличког статуса, таква одлука може бити укинута.

Основ за укидање одлуке о признању избегличког статуса не може бити чл. 1F(b) пошто се он односи на кривична дела извршена изван земље уточишта *пре* (подвукао Н.Р.) него што је лице у тој земљи примљено као избеглица.⁴⁶ По природи ствари, дела из чл. чл. 1F(b) Конвенције никако не могу бити извршена након признавања избегличког статуса. Уколико избеглица након прихвата у земљи уточишта (у тој или некој другој држави) евентуално изврши кривично дело предвиђено чл. 1F(b), она ће бити подвргнута кривичној одговорности према националним прописима. Конвенција предвиђа да таква избеглица може бити протерана из државе уточишта у складу са чл. 32, а у изузетним случајевима, бити изложена и *refoulement*-у у складу са чл. 33(2) Конвенције.⁴⁷ Дакле, лицу не може бити укинут избеглички статус због кривичног дела из чл. 1F(b) извршеног након признавања тог статуса. То је потврдио и амерички Одбор за имиграционе жалбе, истакавши да осуда за провалну крађу возила коју је кубански држављанин извршио у САД након што му је у тој држави признат избеглички статус не може бити разлог за укидање избегличког статуса.⁴⁸ Такав став потврдио је и Британски трибунал.⁴⁹ У питању је био вијетнамски држављанин који је почетком 1990-тих добио статус избеглице у Великој Британији као малолетни члан породице, а по основу избегличког статуса свог оца (тзв. деривативни избеглички статус). Након што је 1999. године осуђен на вишегодишњу казну затвора због убиства и nanoшења тешких телесних повреда, првостепени имиграциони орган лишио га је избегличког статуса, уз образложење да због те осуде представља опасност за заједницу Велике Британије. Међутим, другостепени орган (*Upper Tribunal - Immigration and Asylum Chamber*) је у том делу преиначио првостепену одлуку, уз образложење да лице не може изгубити избеглички статус због осуде за извршење тешког кривичног дела које представља опасност по

46 За разлику од тога, дела обухваћена чл. 1F(a) и (c) не садрже временска или територијална ограничења.

47 Избеглица ни у једној од те две ситуације не губи избеглички статус.

48 García-Alzugaray, 19 I & N Dec. 407 (BIA 1986), 25 August 1986.

49 Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), Dang (Refugee – query revocation – Article 3) [2013] UKUT 00043 (IAC).

заједницу Велике Британије, већ да то једино може бити разлог за примену *refoulement*-а у односу на то лице.⁵⁰

Основ за укидање избегличког статуса не може бити ни постојање неког од разлога наведених у чл. 32 и 33(2) Конвенције. У случају да избеглица потпада под домаћај чл. 32 (угрожава националну безбедност или јавни ред) она може бити протерана из државе прихвата, али јој не може бити укинута избеглички статус. И особи која сходно чл. 33(2) Конвенције представља опасност по безбедност земље уточишта или представља опасност за заједницу те земље⁵¹ не може се укинути избеглички статус, већ она само губи заштиту принципа *non-refoulement*.⁵² Формално, обе категорије ових лица и даље су избеглице, али у држави прихвата више не могу уживати никаква права која произилазе из тог статуса.

За укидање избегличког статуса довољно је постојање “озбиљних разлога да се сматра”⁵³ (енг. “*serious reasons for considering*”) да је избеглица починила неко дело наведено у чл. 1F(a) или (c) Конвенције. Дакле, тражи се исти степен извесности као и код примене искључујућих клаузула приликом одлучивања о признању избегличког статуса. За разлику од одступања од принципа *non-refoulement* (чл. 33(2) Конвенције) где је неопходно да извршење кривичног дела буде утврђено правоснажном пресудом, код укидање избегличког статуса то није потребно.

3.2. Процедура за укидање и последице

Као што је речено, Конвенција посебно не регулише укидање избегличког статуса, тако да не садржи ни процедурална правила за примену тог института. Приликом укидања избегличког статуса државе примењују сличну административну и судску процедуру као код поништавања тог статуса. Важно је рећи да се приликом укидања избегличког статуса морају испоштовати потребне процедуралне гаранције како би обезбедило правично поступање.

50 Ibid., para. 32.

51 Да би особа представљала опасност по заједницу земље прихвата неопходно је да је против ње донета правоснажна осуђујућа пресуда због нарочито тешког кривичног дела. Међутим, постојање такве пресуде неће аутоматски значити да је то лице опасно по заједницу земље прихвата.

52 Лице може изгубити избеглички статус који му је валидно признат само ако наступи нека околност из чл. 1C Конвенције или укидањем тог статуса због извршења неког дела из чл. 1F (a) или (c).

53 Чл. 1F Конвенције.

Када су у питању последице, важно је рећи да одлука о укидању делује *ex nunc*. Дакле, она производи учинак само за убудуће (*pro futuro*), не дирајући у права и обавезе које је лице до тада имало. То је различито у односу на поништавање избегличког статуса, код кога постоји ретроактивно дејство (*ex tunc*). То је разумљиво јер је дело због којег се укида избеглички статус извршено након признања тог статуса и није имало никакав утицај на његово признање.

Уколико држава укине избеглички статус, бивша избеглица остаје под заштитом чл. 32 и 33 Конвенције.⁵⁴ Дакле, уколико држава протерује лице које је изгубило избегличку заштиту, она мора поштовати процедуру предвиђену чл. 32 Конвенције, односно принцип *non-refoulement* садржан у чл. 33 Конвенције. Поред тога, држава приликом протеривања лица коме је претходно укинула избеглички статус не сме прекршити ни забрану *non-refoulement*-а наметнуту међународним уговорима о људским правима.

4. Закључак

Поништавање и укидање избегличког статуса није регулисано Конвенцијом, мада се чини да је њоме требало поставити неке оквири за нормирање тих института у националним законодавствима. У недостатку таквих оквира, UNHCR је својим смерницама значајно помогао државама у креирању националних правила и деловању у тој сфери.

Иако Конвенција изричито не помиње механизме поништавања и укидања избегличког статуса, они никако нису противни циљевима тог уговора, већ, напротив, служе њиховом остварењу. Ти механизми спречавају да избегличку заштиту уживају лица која за њом немају потребу или је не заслужују, што и јесте један од циљева Конвенције.

Поништавање избегличког статуса врши се у случају накнадног сазнања да особа којој је тај статус признат, уопште на њега није имала право. Конкретно, избеглички статус биће поништен уколико надлежни орган утврди да у моменту његовог признавања није постојао неки од елемената предвиђених дефиницијом избеглице или да је, пак, постојао неки од разлога за искључење избегличке заштите. Уколико се установи постојање неког од тих разлога, избеглички статус се поништава *ab initio (ex tunc)*, чиме се остварује принцип легалности. Поред тог принципа, приликом одлучивања о поништавању избегличког статуса у обзир се морају узети

54 То је потврдио и Суд правде ЕУ, истакавши да “у случају када држава чланица ... укине ... избеглички статус додељен лицу, том лицу припадају ... између осталог, права установљена чланом 32 и 33 Женевске конвенције”; Case C-373/13, Judgment of 24 June 2015, ECLI:EU:C:2015:413, para. 71.

и принцип правне сигурности и принцип пропорционалности, како би се заштитила “стечена права” избеглица и спречило да последице поништавања буду несразмерне тежини уочене незаконитости.

За разлику од поништавања избегличког статуса којим се спречава да избегличку заштиту уживају лица која на њу нису имала право, укидањем избегличког статуса спречава се да ту заштиту уживају лица која је више не заслужују. Укидање се врши уколико особа током трајања регуларно признатог избегличког статуса изврши злочин против мира, ратни злочин, злочин против човечности или неки други акт супротан циљевима и начелима УН. Сматра се да избеглица која је извршила тако опасна дела није више достојна да ужива избегличку заштиту. Пошто је разлог настао након признавања избегличког статуса, укидање производи правни учинак само за убудуће (*pro futuro*).

Као што се могло видети, поништавање и укидање доводе до губитка признатог избегличког статуса, што производи озбиљне последице по бившег носиоца тог статуса и чланове његове породице. Услед тога, држава уточишта мора бити врло опрезна када примењује те мере. Посебно је важно да приликом доношења одлуке буду испоштоване све процедуралне гаранције како би се спречило да лице неосновано буде лишено избегличког статуса. Имајући у виду озбиљност последица, најбоље је да поступак за поништавање и укидање избегличког статуса спроводе виши органи у чијем саставу се налазе лица која имају специјална знања у тој области.

Prof. Nebojša Raičević, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CANCELLATION AND REVOCATION OF THE REFUGEE STATUS

Summary

*The Convention Relating to the Status of Refugees does not regulate the cancellation and revocation of the refugee status, but these measures exist in the legislation and practice of the State parties. The refugee status should be cancelled in case it is subsequently discovered that the person who has been granted refugee status was not actually entitled to such a status. This will happen if it is established that some of the essential elements envisaged in the definition of a refugee were not satisfied at the moment of recognition of the refugee status, or that there was a reason for the exclusion of the refugee protection. The decision on the cancellation of the refugee status should always be taken on the merits of each individual case and in accordance with the due process of law. The decision by which the competent state authority cancels the refugee status has a retroactive effect (*ab initio, ex tunc*). The cancellation of a person's refugee status regularly results in the cancellation of the derivative refugee status of his/her family members.*

*The revocation of the refugee status aims to prevent that international protection is enjoyed by people who no longer deserve it. The refugee status should be revoked if the person, whose refugee status has initially been lawfully granted by the asylum state, subsequently commits a crime or performs an act specified in Article 1F (a) or (c) of the Convention. The revocation of the refugee status does not require a prior final judgment by which he/she is found guilty; it is sufficient to establish that there are serious reasons to considering that a refugee has committed one of the said acts. The decision on the revocation of the refugee status has an *ex nunc* effect, i.e. it produces effect only *pro futuro*, without interfering with the rights and obligations that the person had had before the decision on revocation was taken.*

Key words: *Convention relating to the Status of Refugees, cancellation of refugee status, revocation of refugee status, refugee, procedure.*

ЗНАЧАЈ СПОРАЗУМА СУПРУЖНИКА О РАЗВОДУ И О ПРАВНИМ ПОСЛЕДИЦАМА РАЗВОДА У ПРАВУ ВЕЛИКЕ БРИТАНИЈЕ

Апстракт: У раду је елабориран споразум супружника о разводу и о правним последицама развода у Шкотској, Енглеској и Велсу. Бракоразводно законодавство Велике Британије је хибридног карактера, засновано на комбинацији скривљених и нескривљених узрока за развод брака. Право Велике Британије, међутим, не познаје споразумни развод брака у форми у којој он егзистира у већини европских континенталних правних система, укључујући и српско право. Дакле, развод брака не може бити базиран на споразуму супружника, већ се супружници морају позвати на неки од законом предвиђених бракоразводних узрока. Ипак, споразум супружника о разводу и о правним последицама развода има изузетан значај у пракси, будући да доводи до престанка брака по олакшаној процедури. Стога се супружници, уколико очување брака није могуће, у свим фазама бракоразводног поступка стимулишу да постигну споразум о последицама развода.

Кључне речи: развод брака, правне последице развода, споразум супружника, Шкотска, Енглеска и Велс.

1. Енглеска и Велс

У Енглеској и Велсу стопа развода је веома висока, што овај феномен чини изузетно значајним и интересантним за проучавање, како са становишта узрока који доводе до слома брака, тако и са становишта последица развода које се рефлектују на саме супружнике, али и на њихову децу.²

1 Истраживач на пројектима Правног факултета Универзитета у Нишу: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који се реализује уз финансијску подршку Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, и „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“.

2 Историјски посматрано, број развода се из године у годину константно повећавао, али се могу уочити три временска периода која карактерише драматично повећање

Историјат бракоразводног права Енглеске и Велса је веома занимљив.³ У овом тренутку бракоразводно право Енглеске и Велса је хибридног карактера, засновано на комбинацији скривљених и нескривљених узрока за развод.⁴ Може се рећи да је доктрина о разводу као санкцији за повреду брачних дужности доминантна, с обзиром на чињеницу да су у пракси знатно чешћи разводи на основу скривљених бракоразводних узрока, пре свега прељубе и понашања туженог које је такве природе да се од тужиоца не може очекивати да настави заједницу живота са њим, јер тужилац, позивајући се на наведене узроке, може лакше и брже добити развод.⁵ У стручним круговима тренутно преовладава мишљење о неопходности реформе бракоразводног законодавства, с обзиром да постојећа решења нису у складу са друштвеним потребама. Имајући у виду чињеницу да је ранија реформа резултирала доношењем Закона о породичном праву из 1996. године, који због неприменљивих решења никада није заживео у

броја развода, и то: период непосредно по завршетку Првог светског рата (1911. године одобрено је 580 развода, 1912. 587, а 1913. 577 развода, да би 1919. године било одобрено 1654 развода, 1920. 3090, а 1921. године 3522 развода), период након Другог светског рата (1938. године је забележено 6250 развода, 1939. 8254, 1940. 7755, 1945. 15634, 1946. 29829 и 1947. године 60254 развода) и седамдесете године XX века (1971. године је забележено 74437 развода, 1973. 106003, 1976. 126694 и 1978. године 143667 развода). Својеврсни рекорд забележен је 1993. године када је разведено 165018 бракова. Последњих година у Енглеској и Велсу се разведе око 150000 брачних парова (2001. године разведено је 143818 бракова, 2002. 147735, 2003. 153490, 2004. 153399, а 2005. године 141750 бракова). Наведено према: Divorces: 1858-2003, number of couples divorcing, by party petitioning/granted decree, <http://www.statistics.gov.uk>, приступ: 28.07.2017.

3 О историјату бракоразводног законодавства Енглеске и Велса опширније: K. Standley, *Family Law*, Palgrave Macmillan, 2008, стр. 135-138.

4 Доношењем Закона о реформи развода 1969. године (Divorce Reform Act, 1969) уведен је неповратни слом брака као једини бракоразводни узрок. Овај Закон је преузео Закон о брачним питањима из 1973. године (Matrimonial Causes Act, 1973), који је измењен Законом о брачним и породичним поступцима из 1984. године (Matrimonial and Family Proceedings Act, 1984), а који је у бракоразводно право Енглеске и Велса увео принцип чистог раскида (clean break) између супружника након развода брака. Ипак, конкретни узроци за развод нису изгубили на значају, већ ће се сматрати да је брак неповратно пропао ако се докаже постојење једног од таксативно побројаних конкретних узрока за развод, а то су: прељуба која доводи до тога да је даљи заједнички живот неподношљив, понашање које је такве природе да се од другог супружника не може очекивати да настави брачну заједницу, напуштање које је трајало у континуитету најмање две године, двогодишња сепарација уз постојање сагласности туженог са разводом и сепарација у трајању од пет година. Законски текстови су доступни на адреси: <http://www.statutelaw.gov.uk>, приступ: 14.07.2017.

5 Наведено према: K. Standley, *Family Law*, op.cit., стр. 137.

пракси, научна и стручна јавност је јединствена у оцени да реформи треба приступити крајње опрезно.

Наиме, 1996. године, након дугогодишњег рада на реформи бракоразводног права, донет је Закон о породичном праву (Family Law Act, 1996⁶), који поред материје развода регулише и насиље у породици.⁷ Иако изричито не нормира споразумни развод, Закон дозвољава подношење заједничког захтева за развод брака. Поред тога, он стимулише супружнике у правцу постизања споразума о правним последицама развода. Закон је на потпуно новим принципима уредио проблематику развода брака. Рад на реформи, како узрока за развод тако и бракоразводне процедуре, отпочео је 1980. године, а резултирао је доношењем Закона 1996. године, који, међутим, због неприменљивости у пракси никада није активиран. Његово доношење представља кулминацију више од једне деценије дуге дебате о улози породице, брака и развода у модерном енглеском друштву, али и почетак реструктурирања законске материје коју је регулисао. Основна идеја Закона је очување брака увек када је то могуће. Из тих разлога, Закон промовише поступак посредовања, предвиђа као обавезан поступак мирена, а нормира и период за размишљање. Али, ако очување брака није могуће, супружници се стимулишу да постигну споразум о последицама развода. Једини узрок за развод брака је његов неповратни слом, при чему се сматра да он постоји ако једна или обе стране дају изјаве у том смислу.

Дакле, Закон подржава и афирмише институцију брака. Међутим уколико је развод неминован, бракоразводно право треба да сведе на минимум патње и стрес супружника, као и да редукује трауме код деце које трпе због развода својих родитеља. Закон предвиђа информативне састанке, којима супружници морају присуствовати у периоду од три месеца пре покретања поступка за развод брака. По истеку тромесечног периода предвиђеног за информативне састанке, један или оба супружника могу поднети захтев за развод брака (statement of marital breakdown). Од пријема захтева у суду почиње да тече период за размишљање, који траје од 9 до 15 месеци, а чији је циљ да се, ако је то могуће, супружници помире, а ако није да постигну споразум о свим последицама развода, тј. о имовинским питањима и о родитељском старању. Одлука о разводу, на тражење супружника, може бити донета тек када истекне период за размишљање.

6 Закон о породичном праву (Family Law Act, 1996), <http://www.statutelaw.gov.uk>, приступ: 14.07.2017.

7 О раду на реформи бракоразводног права Енглеске и Велса, у периоду који је претходио доношењу Закона из 1996. године, видети детаљније: S. Poulter, Divorce Reform in a Multicultural Society, Family Law, Volume 19, March 1989, стр. 99-101, као и T. Ingman, Reform on the Ground for Divorce, Family Law, Volume 19, March 1989, стр. 94-98.

Ново бракоразводно законодавство, са концептом „развода након одређеног времена“, требало је да ступи на снагу 1. јануара 1999. године, али је имплементација суспендована 2000. године, када је Влада прикупила релевантне податке о томе како информативни састанци функционишу у пракси.⁸ Наиме, у пракси су били ретки парови који су прихватили информативне састанке и присуствовали им заједно. У теорији су информативни састанци критиковани као врста социјалног инжињеринга. Поред тога, указано је да већина парова не проводи време размишљајући о судбини, тј. о евентуалном спасавању свога брака, нити се баве изналагањем најбољег начина уређења правних последица развода, већ продубљују незадовољство, креирају нове конфликте и нове тензије, долази до ескалације насиља у породици, до непланираних зачећа, па тиме и до пораста броја абортуса, као и до повећања броја деце која су у предшколском узрасту имала искуство развода родитеља.⁹ Посебно је дискутабилно да ли су медијатори компетентни за широки дијапазон послова који су им поверени, тј. како за мирење супружника, тако и за едукацију по питању њихових права у вези са разводом брака и регулисањем правних консеквенци развода.¹⁰ Из тих разлога, данас се у Енглеској и Велсу примењује старо бракоразводно право, за чија решења се не може рећи да су задовољавајућа, што указује на потребу његовог реформисања. Ипак, тренутно не постоје предлози за реформу материје развода брака.¹¹

Право Енглеске и Велса не познаје споразумни развод у форми у којој он егзистира у нашем праву, као и у другим континенталним правним системима. Међутим, споразум супружника о разводу и о правним последицама развода је од велике важности. Наиме, један од конкретних узрока за развод, по праву Енглеске и Велса, је одвојен живот (сепарација) супружника који је трајао најмање две године, уз сагласност туженог супружника са разводом и уз постигнути споразум о правним

8 У пракси процедура добијања развода трајала би минимум 12 месеци, а могла се одужити и трајати чак до 18 месеци. Због тога је развод окарактерисан као процес који траје. Наведено према: M. Dean, *The Family Law Act 1996 – Mending or Ending a marriage*, *Deutsches und Europäisches FamilienRecht*, Volume 1, Number 1, February, 1999, стр. 50.

9 Наведено према: K. Standley, *Family Law*, op. cit., стр. 141, са позивањем на: Cretney, *The Divorce White Paper – some reflections*, *Family Law Journal*, 1995, стр. 302, Freeman, *Divorce Gospel Style*, *Family Law Journal*, 1997, стр. 413 и Eekelaar, *Family Law – keeping us „on message“*, *Child and Family Law Quarterly*, 1999, стр. 387.

10 Наведено према: S. Cretney, *Lawyers under the Family Law Act*, *Family Law*, 1997, стр. 405 и J. Black-Branch, *The professional status of mediators*, *Family Law*, 1998, стр. 39.

11 Опширније о Закону о породичном праву из 1996. године: M. Dean, *The Family Law Act 1996 – Mending or Ending a marriage*, op.cit., стр. 47-51.

консеквенцама развода. Овај бракоразводни узрок својевремено је сматран за најконтроверзнију новину Закона о реформи развода из 1969. године, с обзиром да је овим, заправо, уведена једна варијанта лимитираног споразумног развода. Законодавац је очекивао да ће овај облик „цивилизованог развода“ бити веома популаран у пракси.¹² Испоставило се, међутим, да многи брачни парови не желе или нису у могућности да на развод брака чекају две године, тако да се радије опредељују за прељубу или понашање туженог које је такве природе да доводи до немогућности настављања брачне заједнице. Исто тако, у пракси супружници не постижу лако споразум о правним последицама развода, па је и то један од фактора који доприноси популарности скривљених бракоразводних узрока.¹³

Супружници морају живети одвојено у континуитету најмање две године пре подношења захтева за развод, а противник захтева се мора сагласити са разводом.¹⁴ Противник захтева мора имати способност за закључење споразума, односно за давање сагласности за развод. Поред тога, он мора добити информације о свим последицама судске одлуке о разводу брака. Сагласност са разводом мора потписати лично, или ће пак, то урадити његов адвокат, који поседује овлашћење за то. Сагласност се може повући све до правноснажности пресуде о разводу.

Неће се сматрати да су супружници живели одвојено ако су живели у заједничком домаћинству.¹⁵ Дакле, међу њима не сме постојати заједница живота, што је фактичко питање које утврђује суд. Сматраће се да су супружници живели одвојено чак и када су живели у истом стану или кући,

12 Статистички подаци показују да је у 2007. години на основу двогодишње сепарације као бракоразводног узрока разведено 31268 бракова (исте године је забележено 128290 развода), док је по основу прељубе разведено 23125 брачних парова, а по основу неодговарајућег понашања супружника 61006 парова. Исто тако, у 2006. години по основу двогодишње сепарације одобрено је 31794 развода, док је у 2005. години разведено 34388 бракова. Наведено према: Divorces granted to a sole party: Party to whom granted and fact proven at divorce, 1981, 1991, 1997 and 2001 to 2007, <http://www.statistics.gov.uk>, приступ: 28.07.2017.

13 Наведено према: N. Lowe, Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, National Report, England and Wales, <http://ceflonline.net>, стр. 12-13, приступ: 12.07.2017.

14 У предметима развода брака у употреби су термини подносилац захтева (petitioner) и противник захтева (respondent), а не тужилац и тужени.

15 У теорији је често истицано да је непопуларност овог узрока за развод код значајног дела популације последица објективне немогућности брачних парова да обезбеде два засебна домаћинства током двогодишњег сепарационог периода. Наведено према: N. Lowe, Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, National Report, England and Wales, <http://ceflonline.net>, стр. 4, приступ: 12.07.2017.

под условом да нису водили заједницу живота, тј. ако су имали раздвојена домаћинства.¹⁶

Право Енглеске и Велса познаје и петогодишњу сепарацију супружника као бракоразводни узрок, при чему није потребна сагласност противника захтева са разводом. Међутим, и у овом случају супружници се морају договорити о родитељском праву, те уредити имовинска питања на правичан и разуман начин, тако да је и код петогодишње сепарације споразум супружника о консеквенцама развода претпоставка за доношење судске одлуке о разводу брака.

Код одвојеног живота у двогодишњем или петогодишњем трајању, енглеско право предвиђа заштине одредбе у корист противника захтева и заједничке малолетне деце. Наиме, противник развода може тражити од суда да размотри питање да ли је његова финансијска ситуација на задовољавајући начин решена. Суд може одбити да разведе брак све док се имовинска питања не реше на начин који је правичан и разуман или најбољи могући у конкретним околностима. У случају петогодишње сепарације, суд може да одбије да разведе брак ако противник захтева докаже да би услед развода трпео тешке последице финансијске или друге природе, као и да је погрешно досудити развод у датим околностима (нпр. губитак пензије или наследства које очекује други супружник, али и штета коју ће супружник трпети због осуде религијске или друштвене заједнице којој припада). У пракси је ова могућност ретко коришћена, посебно са успехом.

Развод брака се може јавити у спорном и неспорном виду. У пракси разводи су по правилу неспорни, с обзиром да је поступак код спорног развода изузетно компликован и скуп. Процесна правила су садржана у Family Proceedings Rules (FPR) из 1991. године.¹⁷ Неспорни вид развода се одвија по специјалној процедури, за коју је карактеристична писмена форма. Иницијални акт се не може поднети пре истека једне године од закључења брака. При том, захтев мора садржати све потребне податке, као што су подаци о супружницима, заједничкој деци испод 16 година или старијој од 16 година која су на школовању, те податке о закључењу брака. Поред тога, захтев мора садржати тврдњу о неповратном слому брака, као и споразум о имовинским питањима и родитељском старању. Уз захтев морају бити

¹⁶ У предмету *Fuller v. Fuller* (1973) 1 WLR 730 одлука о разводу је донета иако је супруг живео у стану са својом супругом и њеним новим партнером, док је у предмету *Mounser v. Mounser* (1972) 1 WLR 321 развод брака одбијен јер супружници нису водили одвојена домаћинства, већ су само спавали у засебним спаваћим собама. Наведено према: K. Standley, *Family Law*, op.cit., стр. 147.

¹⁷ Закон доступан на: <http://www.statutelaw.gov.uk>, приступ: 14.07.2017.

приложени сви потребни докази, као што су: доказ о закључењу брака, докази о имовини, пензији и другим приходима супружника и споразум о деци (Statement of Arrangements for Children - Form M4). Овај документ садржи све потребне податке о заједничкој деци, и то: лично име и датум рођења детета, пребивалиште и адреса становања, подаци о томе ко се тренутно физички стара о деци, као и који ће се родитељ у будућности фактички старати о њима, подаци о школовању, здрављу и издржавању деце, те о одржавању личних контаката са родитељем који нема фактичко старање. Поред тога, уз захтев се прилаже споразум о последицама развода које погађају супружнике, а којим се регулише издржавање супружника, деоба имовине, правни режим породичног дома, подела пензије, као и друга питања која постају актуелна у тренутку покретања бракоразводне процедуре.

По пријему захтева у суду, његова копија се доставља противнику захтева, а уз захтев се прилажу и два пратећа документа. Првим документом (Notice of Proceedings – Form M5) противна страна се обавештава о покретању поступка за развод и о прецедуралним правилима, док други документ (Acknowledgement of Service - Form M6) служи, између осталог, и за давање сагласности за развод, ако она постоји. Овај други образац противник захтева мора комплетно попунити и потписати, те га вратити суду у року од седам дана од пријема захтева за развод, заједно са пратећом документацијом. Пошто прегледа целокупну документацију, службеник суда доставља предмет судији на одлучивање. Овим је креирана посебна бракоразводна процедура, налик административној, тако да се развод брака своди на просту регистрацију, без спровођења доказног поступка и испитивања да ли је у конкретном случају дошло до слома брака, као и без уплитања у интиму супружника. Данас су сви неспорни разводи подвргнути специјалној процедури, креираној од стране судова, чиме је напуштена ранија процедура која је подразумевала усмену расправу и извођење доказа на њој, као и изношење интимних детаља из брачне заједнице, што је у великој мери било стресно за супружнике, а при том непотребно скупо и дуготрајно.¹⁸ Дакле, сви неспорни разводи данас се у Енглеској и Велсу одвијају по овој административној процедури, уз минимално ангажовање судије.

18 Специјална процедура уведена је 1973. године за супружнике без деце који су постигли споразум о разводу, да би 1975. ова процедура била проширена на све парове без деце, а од 1977. она је предвиђена као обавезна за све неспорне разводе, без обзира на то да ли се ради о паровима без деце и независно од конкретног бракоразводног узрока.

По праву Енглеске и Велса, родитељи задржавају заједничко родитељско старање над малолетном децом и након развода брака.¹⁹ При том, разведени родитељи имају иста права и дужности према деци као и када су били у браку. Фактичко старање, међутим, по правилу припада само једном родитељу, и то оном код кога дете станује. Ипак, родитељи могу постићи споразум о наизменичном становању детета код оба родитеља, када ће, разуме се, оба родитеља имати и фактичко старање.²⁰

Имовинска питања, у зависности од околности конкретног случаја, могу бити уређена на различите начине. Издржавање необезбеђеног супружника може бити одређено у виду плаћања капиталне суме или у виду периодичних давања. Такође, подела имовине зависи од околности случаја. Супружнику може бити трансферисана тачно одређена имовина, а могућа је и продаја имовине, те подела тако добијеног новчаног износа. Судбина породичног дома, исто тако, зависи од конкретних околности.

2. Шкотска

Са историјског аспекта посматрано, бракоразводно право Шкотске је имало интересантан развитак.²¹ Данас је у Шкотској, као уосталом и у свим модерним друштвима, присутан тренд пораста броја развода, уз истовремено смањење броја закључених бракова.²² Теоријски, право

19 О заједничком старању у праву Енглеске и Велса, са примерима из судске праксе, видети: J. Westcott, V. Mills, A. Reader, *Joint Custody Orders, Family Law, Volume 18, March 1988*, стр. 95-97.

20 У Енглеској и Велсу је сваке године разводом родитеља погођен значајан број деце. На пример, 83809 брачних парова који су се развели у 2003. години имали су децу испод 16 година старости, док је у 2004. години то био случај са 82017 брачних партнера, а 2005. године са 75340 супружника. При том, супружници су најчешће имали двоје деце. Тако је 2003. године двоје деце било присутно у 35355 разведених бракова, 2004. године у 34651, а 2005. године у 31548 бракоразводних предмета. Наведено према: *Divorces: Couples and children of divorced couples, 1981, 1991 and 2001-2005*, <http://www.statistics.gov.uk>, приступ: 28.07.2017.

21 О историјском развоју шкотског бракоразводног права детаљније: J. Thomson, *Family Law in Scotland*, Tottel Publishing, Edinburgh, 2006, стр. 127-128.

22 Статистички подаци показују да су разводи били изузетно ретки све до средине ХХ века. Тако је 1855. године забележено 11 развода, 1885. године 76, 1915. године 242, да би 1945. године дошло до наглог скока броја развода на 2227. Међутим, номинално најзначајније повећање догодило се седамдесетих година прошлог века, упоредо са радикалном трансформацијом друштва и породичног живота, што је за последицу имало либерализацију бракоразводног законодавства. Примера ради, 1970. године разведено је 4618 бракова, 1975. 8319, 1980. 10530, 1985. 13373, 1990. 12272, 1995. 12249, 2000. 11143, 2005. 10940, 2006. 13014, а 2007. године 12773 брака. Може се

на развод је у шкотском праву рестриктивно постављено, али у пракси није тешко доказати постојање законом прописаних услова, тако да је, заправо, релативно лако добити развод.²³ Ово посебно важи у ситуацији када се тужени не противи разводу, тј. не оспорава наводе тужиоца, већ се саглашава са разводом. Наиме, позитивно право Шкотске не познаје споразумни развод као посебан узрок или посебан начин престанка брака, већ је неповратни слом брака једини бракоразводни узрок. При том се постојање неповратног слома брака мора доказати у судском поступку, који је покренут тужбом једног супружника, и то тако што ће се доказати постојање конкретног узрока за развод.²⁴

Шкотско право, дакле, не предвиђа могућност подношења иницијалног процесног акта од стране оба супружника. Међутим, споразум супружника о правним консеквенцама развода је од велике важности код одвојеног живота супружника у једногодишњем трајању, као конкретног узрока за развод брака. Прецизније речено, супружници имају право на развод ако

приметити да је, после драматичног повећања стопе диворцијалитета седамдесетих година прошлог века, средином осамдесетих број развода стабилизован, али да је јако висок и да, уз годишње осцилације, ипак има тенденцију пораста. Наведено према: Population and Vital Events, Scotland, 1855 to 2007, извештај доступан на адреси: <http://www.gro-scotland.gov.uk>, приступ: 14.07.2017. Интересантно је напоменути да, за разлику од Шкотске, Енглеске и Велса, Северну Ирску не одликује висока стопа диворцијалитета, тако да она неће бити предмет интересовања аутора овог рада. О основним карактеристикама развода брака у Северној Ирској видети извештај доступан у електронској форми: Divorce - the new law in Northern Ireland, <http://www.dfpni.gov.uk/divorce.pdf>, приступ: 14.07.2017.

23 Наведено према: J. Thomson, Family Law in Scotland, op. cit., стр. 150.

24 Законом о разводу из 1976. године (Divorce Scotland Act, 1976) неповратни слом брака је уведен као једини бракоразводни узрок, који је имплементиран и у Закон о породичном праву Шкотске из 2006. године (Family Law Scotland Act, 2006). Међутим, шкотско право не напушта појединачне узроке за развод брака. Прецизније речено, неповратни слом брака је релевантан само ако се докаже постојање једног од конкретних узрока за развод. У конкретне узроке, после реформе из 2006. године, спадају: 1. прељуба; 2. понашање једног супружника које је такве природе да се од другог супружника не може очекивати настављање заједничког живота; 3. одвојен живот супружника у трајању од најмање једне године, под условом да су се супружници споразумели о разводу и о његовим правним консеквенцама; 4. одвојен живот супружника у трајању од две године, без обзира на то да ли је међу супружницима постигнута сагласност о разводу и о последицама развода. При том је последњим изменама бракоразводног законодавства из 2006. године редукована дужина трајања одвојеног живота супружника са две године на годину дана када постоји сагласност туженог, и са пет година на две године када нема ове сагласности. Видети: Закон о разводу Шкотске, део 1. чл. 1. и 2. (тач. а, б, д и е) и Закон о породичном праву Шкотске, чл. 11. (тач. а и б), <http://www.statutelaw.gov.uk>, приступ: 14.07.2017.

не живе заједно у континуитету годину дана и ако је тужени сагласан са разводом брака (део 1. чл. 2. д Закона о разводу Шкотске).

Одвојен живот супружника постоји када они не живе заједно као муж и жена, без обзира на разлоге који су до тога довели. У правној теорији се наводи да је овај услов испуњен и када се један од супружника налази на издржавању казне лишења слободе, на лечењу у болници, као и ако је на привременом раду у иностранству, под условом да је раздвојеност супружника праћена њиховом намером да не воде заједницу живота. Исто тако, одвојен живот постоји и када супружници живе у непосредној близини, нпр. у истом стану, али друге околности указују на то да они фактички не живе у заједници (на пример, непостојање сексуалних односа или невођење заједничког друштвеног живота).²⁵

У модерним друштвима, па и у шкотском друштву, је општеприхваћен став да супружницима треба омогућити излазак из брака који је доживео непоправљиви слом. При том је тежиште модерног бракоразводног права на заштити интереса деце, као и на обезбеђивању поштовања начела правичности приликом регулисања имовинских односа супружника. Стога, супружници могу предочити суду споразум о правним последицама развода и тражити да суд овај споразум верификује и разведе брак на основу њиховог споразума. У суштини, уколико међу супружницима није спорна чињеница одвојеног живота у непрекидном трајању од годину дана и уколико је постигнут споразум о акцесорним питањима, као што су родитељска одговорност, пребивалиште деце и финансијска питања, улога шкотског суда је готово административне природе.²⁶ Исто тако, поступак развода је поједностављен када у браку нема деце испод 16 година, те када је постигнута сагласност о финансијским питањима, а нису присутне околности које доводе у сумњу способност расуђивања једног супружника.

Када је реч о споразуму о деци, супружници се морају договорити о моделу вршења родитељског права, што укључује издржавање деце, одређивање њиховог пребивалишта, као и регулисање начина одржавања личних контаката са родитељем који се фактички не стара о деци.²⁷ Са друге стране, када се ради о споразуму о финансијским питањима, супружници би требало да установе рационалан систем дистрибуције

25 Наведено према: J. Thomson, *Family Law in Scotland*, op.cit., стр. 140-141.

26 Ibid, стр. 150.

27 Родитељска одговорност регулисана је Законом о деци из 1995. године (*Children Scotland Act, 1995*), Законом о заштити деце из 1991. године (*Child Support Act, 1991*), Породичним законом Шкотске из 1985. године (*Family Law Scotland Act, 1985*) и Законом о заштити деце из 1995. године (*Child Support Act, 1995*), <http://www.statutelaw.gov.uk>, приступ: 14.07.2017.

њихове имовине.²⁸ Дакле, споразум треба да буде правичан, тј. не сме једног од супружника довести у стање озбиљне економске оскудице. Уколико разводом брака један супружник остаје без средстава за издржавање, финансијским аранжманом могу бити уговорени различити модалитети давања издржавања, као што су исплата капиталне суме, трансфер имовине, периодична давања и сл.

У теорији је присутно схватање да у одсуству споразума суд треба, без обзира на конкретан бракоразводни узрок, да остави супружницима рок (од нпр. шест месеци), како би уз асистенцију својих правних саветника регулисали питање вршења родитељског права и постигли правичан аранжман о финансијским питањима. Уколико овај споразум не буде постигнут у остављеном року, суд би био дужан да сам реши ова питања.²⁹ Поред тога, суд стимулише супружнике да у току бракоразводног поступка постигну споразум о консеквенцама развода, који доводи до конверзије поступка покренутог тужбом због нпр. прељубе у поступак за развод због одвојеног живота. Са друге стране, туженом је остављена могућност да до доношења одлуке о разводу брака повуче дату сагласност из било ког разлога који сматра оправданим, па чак и не наводећи разлоге повлачења.

Статистички подаци на несумњив начин показују да је међу шкотским брачним паровима најпопуларнији узрок за развод брака одвојен живот који је праћен споразумом о правним дејствима развода. Тако је 1985. године по овом основу разведено 4665 бракова (од укупно 13373 разведена брака), 1995. године 5846 (од 12249 разведених бракова), а 2005. године 5985 (од 10949 разведених бракова). Међутим, после законских измена из 2006. године, у Шкотској је у 2007. забележено смањење броја развода по основу сепарације праћене споразумом супружника о консеквенцама развода (свега 3003 развода), док је, у исто време, повећан број развода на основу одвојеног живота који није праћен овим споразумом (7602 развода).³⁰ Атрактивност овог бракоразводног узрока вероватно је последица законодавне реформе и скраћивања трајања сепарације са пет на две године, тако да супружници могу добити развод ако је испуњен овај

28 Проблематика издржавања и имовинских односа између бивших супружника регулисана је Породичним законом Шкотске из 1985. године (Family Law Scotland Act, 1985) и Законом о породичном дому из 1981. године (Matrimonial Homes Family Protection Scotland Act, 1981), <http://www.statutelaw.gov.uk>, приступ: 14.07.2017.

29 Наведено према: J. Thomson, Family Law in Scotland, op.cit., стр. 150.

30 Наведено према: Vital Events Reference Tables 2007, Divorces, by ground, Scotland, 1981 to 2007, under the Divorce Scotland Act 1976 and Family Law Scotland Act 2006, материјал доступан на сајту: <http://www.gro-scotland.gov.uk>, приступ: 28.07.2017.

услов, при чему нису у обавези да се ангажују у циљу постизања споразума о последицама развода, већ ће ова питања уредити суд.

На Универзитету у Единбургу, током 1994/1995. године, Frances Wasoff, Ann McGuckin и Lilian Edwards су спровели истраживање у вези са споразумима супружника о правним последицама развода и сепарације.³¹ Прегледано је 4443 споразума супружника који се разводе или раздвајају, а телефонским путем је интервјуисано 30 парова који су закључили ове споразуме. При том су већину споразума закључили супружници који су формално још увек били у браку, али су фактички живели одвојено. Наиме, потреба за уређењем међусобних односа јавља се када супружници одлуче да прекину заједницу живота, при чему се закључивањем споразума прецизира правни положај супружника и уноси правна сигурност у њихове односе. С обзиром на промењену природу односа између брачних партнера, регистрација споразума је неопходна како би се прецизирале консеквенце сепарације и како би садржина споразума, у случају потребе, била доступна јавним властима, мада је превасходно реч о приватном аранжману, чија садржина не би требало да буде доступна јавности. Споразумима су се регулисала питања родитељске одговорности, супружанског издржавања, породичног дома и друге заједничке имовине супружника.

Студија, у Шкотској прва ове врсте, је показала да је већина родитеља редовно измиривала алиментационе обавезе према деци. Даље, у 95% испитаних споразума који укључују децу, родитељско старање је било предмет разматрања, при чему су родитељи, по правилу, постизали сагласност о овом питању. При том, супружници су се најчешће опредељивали за самостално вршење родитељског права од стране мајки (91% испитаних предмета), док је ово право поверавано оцу знатно ређе (свега 6% прегледаних споразума). Заједничко старање договорено је у свега 3% испитаних споразума са заједничком малолетном децом. Алиментација за децу је разматрана у више од 2/3 споразума који укључују децу (67%), а давање издржавања је, по правилу, уговорано на недељном нивоу.

Периодична давања на име издржавања необезбеђеног супружника одређена су у 10% испитаних споразума, што наводи на закључак да је у Шкотској супружанско издржавање по престанку брака реткост, те да је у већини споразума промовисана идеја о потпуном финансијском раскиду (clean break) између супружника након престанка брака. Уколико

31 Опширније о резултатима единбуршке студије: Mutual Consent Written Agreements in Family Law – Research Findings, извештај је доступан на сајту: <http://www.scotland.gov.uk>, приступ: 17.07.2017.

су, пак, уговорена давања на име издржавања, типично је да најчешће трају три године. Када је реч о породичном дому, о коме је расправљано у 57% испитаних споразума, он се у већини случајева трансферише једном супружнику, при чему мајке остају да живе у њему дупло чешће у односу на очеве. По правилу, право коришћења породичног дома конституише се у корист мајки које се старају о заједничкој малолетној деци.

Студија је показала да су супружници веома задовољни могућношћу да споразумом дефинитивно уреде своје односе финансијске природе. Са друге стране, споразуми не показују стабилност у делу који се тиче деце, тј. родитељске одговорности, с обзиром да су подложни ревизији у случају промењених околности. Међутим, било је и супружника који су изразили незадовољство постигнутим споразумом, истичући да у време његовог закључења нису били информисани о својим правима, нарочито када се ради о пензији другог супружника, модалитетима уређења имовинских односа, као и о начинима остваривања родитељске одговорности. Поред тога, истицали су да од својих правних саветника, сервиса који се баве медијацијом и Агенције за заштиту деце нису добили адекватне савете о свим последицама развода брака.³²

3. Закључак

Брачно законодавство Велике Британије подржава и афирмише институцију брака. Међутим, уколико је развод неминован, бракоразводно право треба да сведе на минимум патње и стрес супружника, као и да редукује трауме код деце које трпе због развода родитеља.

Данас је бракоразводно законодавство Велике Британије хибридног карактера, засновано на комбинацији скривљених и нескривљених узрока за развод брака. Оно, међутим, не познаје споразумни развод брака у форми у којој он егзистира у већини европских континенталних правних система, укључујући и српско право. Стога се развод брака не може непосредно базирати на споразуму супружника, већ се супружници морају позвати на неки од законом предвиђених бракоразводних узрока. Илустрације ради, одвојен живот супружника који је трајао најмање две године (годину дана), уз сагласност туженог супружника са разводом и уз постигнути споразум о правним последицама развода представља специфичну варијанту лимитираног споразумног развода брака у праву Велике Британије.

Последично, споразум супружника о разводу и о правним последицама развода има изузетан значај у пракси, будући да доводи до престанка

32 Ibid.

брака по олакшаној процедури. Бракоразводним правом Велике Британије је, на име, креирана особена бракоразводна процедура, налик административној, тако да се развод своди готово на просту регистрацију, без спровођења доказног поступка и без испитивања да ли је у конкретном случају дошло до неповратног слома брака, што доприноси заштити интимае супружника. Стога се супружници, уколико очување брака није могуће, у свим фазама бракоразводног поступка стимулишу да постигну споразум о последицама развода. Истовремено, супружници су веома задовољни могућношћу да споразумом дефинитивно уреде своје односе финансијске природе, као и питање вршења родитељског права над заједничком малолетном децом, мада ови споразуми не показују стабилност у делу који се тиче родитељске одговорности, с обзиром да су подложни ревизији услед промењених околности, при чему је од посебне важности благовремено и потпуно информисање супружника о допуштеним модалитетима уређења имовинских односа и о формама родитељског старања након развода брака.

Tanja Kitanović, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

**THE IMPORTANCE OF CONSENT OF SPOUSES ON DIVORCE AND
LEGAL CONSEQUENCES OF DIVORCE IN GREAT BRITAIN LAW**

Summary

The paper elaborates on the spousal consent on divorce and the legal consequences of divorce in Scotland, England and Wales. The divorce law of Great Britain is of hybrid character, based on a combination of culpable and non-culpable causes of divorce. However, the UK law does not recognize the concept of a consensual divorce in the form applicable in most countries of the European-Continental legal system, including the Serbian legislation. Therefore, a divorce cannot be based on a consensual agreement of spouses, who are required to refer to one of the legal grounds for divorce which are envisaged in the law. Still, the spousal agreement on divorce and the legal consequences of divorce are of paramount importance in practice because it facilitates the termination of a marriage in a simplified procedure. Therefore, if marriage cannot be preserved, spouses are encouraged at all stages of the divorce procedure to reach an agreement on the legal consequences of divorce.

Keywords: *divorce, legal consequences, spousal agreement, Scotland, England and Wales.*

МЕЂУНАРОДНА ОТМИЦА ДЕЦЕ - НОВИНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ

Апстракт: Ратификацијом и ступањем на снагу Хашке конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (1996), дошло је до одређених промена у постојећем систему међународног приватног права Србије. Једна од њих тиче се поштравања хашког механизма за повратак незаконито одведене или задржане деце, који је успостављен Хашком конвенцијом о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце (1980). У раду аутор скреће пажњу на најзначајније новине и објашњава њихов практични значај. При томе, посебно се има у виду сукцесивна примена обеју конвенција, са којом ће се најчешће и сусретати правни практичари у Србији будући да су све сем једне државе уговорнице Конвенције из 1996. године уједно обавезане и Конвенцијом из 1980. године.

Кључне речи: хашки механизам за повратак незаконито одведене или задржане деце, сукцесивна примена Конвенције 1980 и Конвенције 1996, *perpetuatio fori*.

1. Увод

Ступањем на снагу Конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (даље: Конвенција 1996)¹ у односу на Републику Србију, систем нашег међународног приватног права претрпео је највеће промене, пре свега, у домену меродавног права, али и поступка за повратак незаконито одведеног или задржаног детета. Када је реч о одређивању

1 Сл. гласник РС - Међународни уговори, бр. 20/2015. Конвенција је ступила на снагу за Србију 1. новембра 2016. године.

меродавног права, колизионе норме Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља² (ЗРСЗ) које уређују питања старатељства (члан 15 ЗРСЗ; али само у односу на малолетнике) и односе родитеља и деце (члан 40 ЗРСЗ) стављене су *ad acta*, те уместо њих, треба примењивати колизионе норме Конвенције 1996.³ То важи за све случајеве одређивања меродавног права за наведене односе, без обзира да ли колизиона норма указује на право уговорнице или треће државе.⁴ За разлику од овог релативно јасног решења, промене постојећег (хашког) механизма за повратак незаконито одведене или задржане деце, знатно су деликатније и захтевају брижљивију анализу. Наиме, овај механизам уведен је код нас Конвенцијом о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (Конвенција 1980)⁵ још 1991. године. Функционише тако што лице које сматра да му је одвођењем или задржавањем детета повређено право на старање подноси захтев за повратак детета о коме одлучују судови у држави у коју је дете доведено (тзв. држави уточишта). Судови државе уточишта не смеју одлучивати о меритуму права на старање све до евентуалног одбијања захтева за повратак (члан 16 Конвенције 1980). За разлику од Конвенције 1980 која искључиво уређује поступак за повратак незаконито одведеног или задржаног детета и услове због којих се повратак може одбити, Конвенција 1996 се директно не односи на ова питања. Као што и сам назив говори, њоме се унификују норме о међународној надлежности, меродавном праву, условима за признање и извршење одлука о родитељској одговорности и мерама за заштиту деце, укључујући и одредбе о сарадњи између уговорница. Ипак, ове две конвенције Хашке конференције за међународно приватно право су у специфичном односу. Наиме, када говоримо о њиховом хијерархијском односу, према кратком одређењу из члана 50 Конвенције 1996 можемо закључити да новија конвенција не утиче на примену Конвенције 1980 између држава које су обавезане обема конвенцијама. Међутим, прави

2 Сл. лист СФРЈ, бр. 43/82 и 72/82, Сл. лист СРЈ, бр. 46/96 и Сл. гласник РС, бр. 46/2006.

3 Више о Конвенцији 1996 и другим променама које уводи у систем међународног приватног права Србије, С. Марјановић, *Надлежност у материји родитељске одговорности и заштита најбољег интереса детета у међународном приватном праву Србије - de lege lata u de lege ferenda*, Liber amicorum Гашо Кнежевић, Правни факултет Универзитета у Београду, Удружење за арбитражно право, Београд, 2016, стр. 123 *et seq.*

4 С обзиром да колизионе норме Конвенције 1996 почивају на принципу *универзалне примене* (члан 20 Конвенције 1996). Више о овом принципу М. Живковић, *О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије*, Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу 65/2013, стр. 81-82.

5 Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 7/91.

значај Конвенције 1996 далеко је већи. У том смислу, истом одредбом предвиђено је још и да се Конвенција 1996 може применити у циљу повратка незаконито одведеног или задржаног детета, као и за остваривање права на виђање. Очигледно је да оваква норма о односу двеју конвенција није довољно прецизна и не решава суштинска питања (пре свега, да ли се могу истовремено примењивати, да ли једна другу допуњују и да ли њихова примена зависи од воље подносиоца захтева). Стога, аутор у раду настоји да објасни двојаку улогу коју Конвенција 1996 има у односу на Конвенцију 1980. Најпре, она може представљати самостални механизам за повратак детета онда када, из било ког разлога, нису испуњени услови за примену Конвенције 1980 (1). Потом, када су обе инволвиране државе уговорнице обеју конвенција, реч је о њиховој сукцесивној примени, те Конвенција 1996 оснажује и допуњује претходну (с тим што Конвенција 1980 остаје конвенција *sedes materiae*) (2). Поред тога, Конвенција 1996 може бити први избор приликом уређивања права на виђање, независно од тога да ли се води поступак за повратак детета (3). Коначно, имајући у виду све последице односа ових конвенција, аутор даје одређене сугестије практичарима како би се избегла могућа одступања од конвенцијских решења (4).

2. Конвенција 1996 као једини начин за повратак незаконито одведеног/задржаног детета

Конвенција 1996 може бити једини начин да се евентуално издејствује повратак незаконито одведеног или задржаног детета у два случаја. У првом, обе инволвиране државе (како држава уобичајеног боравишта детета из које је незаконито одведено/задржано, тако и држава уточишта) су уговорнице и Конвенције 1980 и Конвенције 1996, али је дете навршило 16 година. За разлику од Конвенције 1980 која се не примењује на ову категорију деце,⁶ Конвенцијом 1996 се може тражити повратак детета све док не наврши 18 година.⁷ При томе, аутономни појмови права на старање и права на виђање су идентични у обема конвенцијама⁸ и обухватају и право на виђање са дејством вета (*ne exeat* право на виђање).⁹ Самим тим,

6 Према члану 4 Конвенције 1980, она престаје да се примењује када дете наврши 16 година.

7 Конвенција 1996 се примењује на децу од тренутка рођења до навршене 18. године (члан 2 Конвенције 1996).

8 Видети члан 5 Конвенције 1980 и члан 3 ст. 1 тач. б) Конвенције 1996.

9 *Ne exeat* право на виђање или право на виђање са дејством вета подразумева шире тумачење аутономног појма права на старање и поникло је из судске праксе држава уговорница Конвенције 1980. Ово шире тумачење заснива се на схватању да

проширена квалификација права на старање у погледу *ne exeat* дејства права на виђање, уведена судском праксом поводом примене Конвенције 1980, једнако је применљива и поводом Конвенције 1996.

У другом случају, инволвиране државе су обавезане само Конвенцијом 1996, те лицу које тражи повратак детета не преостаје ништа друго него да се ослони на решења Конвенције 1996.¹⁰

евентуална ограничења права на мењање места боравка детета, која постоје *ex lege* или су предвиђена судском одлуком односно пуноважним споразумом родитеља, имају за циљ да лице које самостално врши право на старање мора да прибави сагласност титулара права на виђање или да добије одобрење суда уколико жели да промени место боравишта детета. Видети одлуке судова у случају *C v C (Minor) (Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654, INCADAT HC/E/UKe 34. Најпознатији и најутицајнији случај који је потврдио значај права на виђање са дејством вета је *Abbott v. Abbott*, у коме је, на крају, одлучивао и амерички Врховни суд закључивши да право на виђање уз право вета представља право на старање према Конвенцији 1980 (*Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010)). Тумачење је, потом, било прихваћено и у Аустралији, Аустрији, Канади, УК (Енглеска и Велс, Шкотска), Француској, Немачкој, Мађарској, Израелу, Швајцарска и Јужној Африци. Према подацима доступним на <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1029&lng=1&sl=2> (12.09.2017). Специјална комисија о примени Конвенције 1980, одржана 1989. године, позитивно се изјаснила о овом тумачењу, сматрајући да постојање *ne exeat order* на овај начин трансформише право на виђање у заједничко право на старање - *Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspect of International Child Abduction*, 1989, стр. 3. Међутим, специјалне комисије које су касније одржане избегле су да дају директан одговор на ово питање. На петом састанку Специјалне комисије, иако није директно решено ово питање, наведено је да се родитељи охрабрују да не одводе децу својевољно већ да покушају да пре пресељења постигну договор о томе, видети *Conclusions and Recommendations of the fifth meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the practical implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (30 October – 9 November 2006)*, стр. 12.

10 Треба бити врло обазрив приликом провере да ли је држава у питању уговорница само Конвенције 1996. Наиме, Конвенцијом 1980 уведен је тзв. систем сагласности у погледу приступања нових држава (члан 38 ст. 4 и 5 Конвенције 1980). Системом сагласности се држава која је већ обавезана конвенцијом овлашћује да, ускраћивањем сагласности, спречи да конвенција ступи на снагу између ње и нове државе. Дакле, без обзира што се држава налази на листи уговорница, мора се проверити да ли је Србија дала сагласност на приступање друге државе. Уколико то није случај, Конвенција 1980 се у конкретном случају не може применити. Тако Конвенција 1980 тренутно не важи само у односу између Србије, с једне стране, и Филипина, Боливије, Пакистана, Јамајке и Туниса, с друге. Разлог за то не мора нужно бити свесно ускраћивање сагласности, већ и превид, с обзиром да су се овакве ситуације и раније дешавале те су накнадно

У оба наведена случаја, примена Конвенције 1996 има одређене недостатке, али и предности у односу Конвенцију 1980. С једне стране, *слабост* Конвенције 1996 огледа се у томе што је за покретање њеног механизма нужно постојање *одлуке надлежног органа* која је подобна за признање, што Конвенција 1980 не захтева.¹¹

Одлуком надлежног органа, на коју се Конвенција 1996 односи, може се, пре свега, непосредно уредити право на старање (*мериторна одлука*). Таква одлука може бити донета пре незаконитог одвођења односно задржавања али и након тога, када је заправо реч о врло непопуларној *chasing order*,¹² начелно искљученој при примени Конвенције 1980. Међутим, с обзиром да се Конвенција 1996 односи на све врсте одлука које поводом старања о личности или имовини детета донесу надлежни органи у држави његовог уобичајеног боравишта, могућност позивања на *chasing order* приликом примене ове конвенције није искључена.¹³

Поред тога, основ повратка детета би, према Конвенцији 1996, могла бити и *немериторна одлука* којом је наложено да се дете врати, када су, начелно, могућа два случаја. Најпре, то би могле бити *привремене мере* донете у корист лица које тражи повратак детета. Као и у случају *Doris Povse v. Mauro Alpaго*,¹⁴ суд државе уобичајеног боравишта детета непосредно

кориговане давањем сагласности. Ниједна од ових држава није још увек уговорница Конвенције 1996.

11 Конвенција 1980 се примењује када је повређено право на старање које се заснива на закону, одлуци надлежног органа или споразума који је пуноважан по праву државе из које је дете одведено (члан 3 став 2 Конвенције 1980).

12 Одлука о вршењу права на старање која је донета у поступку покренутом након што је лице од кога је дете одведено сазнало за отмицу (тзв. *chasing orders*) сматра се искљученом из поља примене Конвенције 1980. Наиме, ове одлуке се доносе у одсуству друге странке и национални судови су склони да благонаклоно гледају на родитеља од кога је дете одведено. Р. Beaumont, Р. McElevay, *The Hague Convention on international child abduction*, Oxford, 1999, стр. 51-53.

13 Са (неуспешним) покушајима позивања на обавезу признања и оваквих одлука сусретала се и наша судска пракса. Разлог због кога српски судови по њој нису поступали је био тај што су се судови држава уговорница Конвенције 1980 који су донели *chasing order* позивали, том приликом, на примену Конвенције 1996 иако она тада још није ступила на снагу у Србији. Решење Основног суда у Новом Саду, Р4-1/2016 од 20.05.2016. године, *необјављено*.

14 *Doris Povse v. Mauro Alpaго* (С-211/10 PPU), INCADAT HC/E/ 1328. Иако се радило о примени Регулative Брисел IIbis (*Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*; OJ. L. 338/1 of 23.12.2003) у случају незаконитог одвођења детета из Италије у Аустрију, СЈЕУ је у свом тумачењу заузео став да привремена мера донета у држави уобичајеног

пре отмице може да донесе одлуку којом се налаже повратак детета, уз привремену меру о његовом поверавању конкретном лицу. С обзиром да су их донели надлежни органи у држави уобичајеног боравишта детета, ове одлуке су подобне за признање *ipso iure* по Конвенцији 1996.¹⁵ Оваква привремена мера може бити донета и пре незаконитог одвођења или задржавања детета, али и након тога (као већ поменути *chasing order*). Други пример одлуке о повратку детета без мериторног одлучивања о праву на старање претпоставља да се ово право *не заснива на судској одлуци* у смислу Конвенције 1996, већ постоји *ex lege* или на основу споразума односно једностране изјаве воље, те се сада постојање правног основа само констатује одлуком и уједно налаже повратак детета.

Иако Конвенција 1996 предвиђа, по правилу, систем признања *ipso iure*, реално је претпоставити да ће лице код кога се дете налази оспорити признање оваквих одлука. На тај начин се поступак признања *ipso iure* враћа у колосек класичног система признања, када је признање могуће и одбити.¹⁶ С тим у вези, уколико је (мериторна или немериторна) одлука донета пре незаконитог одвођења или задржавања детета, она ће најчешће и бити призната према Конвенцији 1996, под претпоставком да није било процесних неправилности (члан 23 став 2 Конвенције 1996). Насупрот

боравишта детета непосредно пре отмице може бити основ права на старање у смислу обавезе повратка детета. Осим тога, овакав став потврђује и 2014 *Practical Handbook* наводећи пример у коме је дете, одлуком суда државе његовог уобичајеног боравишта непосредно пре отмице, привремено поверено мајци у држави уточишта до окончања поступка о праву на старање. Такође, могуће је да исти суд наложи повратак детета иако је дете привремено поверено мајци, а ако она не жели да се врати, суд га може привремено поверити оцу. У сваком случају, одлука о повратку мора бити праћена и мером о праву на старање (макар привременом). Видети Hague Conference on Private International Law, *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Child Protection Convention*, 2014, стр. 145 (пример 13 (b)).

15 Насупрот томе, ако би се оваква одлука донела у држави у којој је дете *само присутно* у тренутку одлучивања (као што је држава уточишта), онда она не би била подобна за признање (с обзиром да привремене мере у овим околностима имају строго територијални карактер; видети члан 12 Конвенције 1996). Једини изузетак су хитне мере, које и тада могу бити признате (члан 11 Конвенције 1996).

16 Наиме, признање по систему *ipso iure* прво је конвенцијско решење (члан 23 ст. 1 Конвенције 1996). Међутим, уколико се лице које има правни интерес противи признању, оно може покренути поступак предлогом за непризнавање одлуке (члан 24 Конвенције 1996). То је такође врло значајна новина у нашем систему признања и извршења страних судских одлука, о којој се приликом примене Конвенције 1996 мора посебно водити рачуна. Ово стога што је код нас у овом ванпарничном поступку иницијални акт (предлог) увек позитивно формулисан, те се њиме може тражити само признање одлуке, не и одбијање признања (не прејудуцирајући исход поступка признања).

томе, одлука која је донета након што је дете незаконито одведено или задржано своди се на већ поменути *chasing order*. Међутим, и *chasing order* може бити подобан за извршење према Конвенцији 1996, зато што се ове одлуке најчешће доносе по хитном поступку, иако отмичар, због природе поступка, углавном не учествује у њему,¹⁷ а из истог разлога се ни мишљење детета, по правилу, не прибавља. Том приликом, повреда права на одбрану и права детета на мишљење према одредбама Конвенције 1996 нису препрека за признање будући да је реч о хитној мери (што *chasing order*, у већини случајева, заиста и јесте).¹⁸

Имајући у виду да је постојање одлуке једини правни основ за повратак детета према Конвенцији 1996, може се закључити да је вероватноћа да се лице које тражи повратак позове само на њу знатно мањи. Ако су обе инволвиране државе уговорнице обеју конвенција, много су већи изгледи да Конвенција 1980 задржи примат, с обзиром да се њоме не захтева постојање одлуке.

2. Сукцесивна примена Конвенције 1980 и Конвенције 1996

Иако у случају међународне отмице деце Конвенција 1980 остаје први избор лица које тражи повратак детета, Конвенција 1996 може имати значајну улогу приликом сукцесивне примене обеју конвенција, када се њоме заправо коригују недостаци Конвенције 1980. Сукцесивна примена подразумева да су обе инволвиране државе уговорнице и Конвенције 1980 и Конвенције 1996, што ће, како ствари сада стоје, најчешће и бити случај. Наиме, тренутно само једна држава није уједно уговорница и Конвенције 1980.¹⁹

У овој ситуацији, након што поступак по Конвенцији 1980 буде покренут, долази до изражаја низ одредаба Конвенције 1996 које се односе на задржавање надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета, размену информација између судова државе уточишта и државе уобичајеног

17 С обзиром да је отмица деце у већини држава истовремено и кривично дело, странка често неће бити у могућности да учествује у поступку јер јој прети опасност од кривичног гоњења. Поред тога, може се десити да отмичар нема регулисану боравишну дозволу у држави у којој се поступак води, што умањује изгледе да ће се одазвати позиву.

18 Видети члан 23 ст. 2 тач. б) и в) Конвенције 1996 којима се у случају признања хитних мера допушта одступање од ова два услова за признање.

19 Укључујући и нашу државу, Конвенција 1980 има тренутно 98 држава уговорница, док је Конвенцијом 1996 укупно обавезано 47 држава. Куба је једина држава која је обавезана Конвенцијом 1996, али не и Конвенцијом 1980.

боравишта детета, као и на, евентуално, уступање надлежности суду државе уточишта. Размотримо их ближе.

2.1. Задржавање надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета

Један од основних проблема Конвенције 1980 представља непостојање принципа задржавања надлежности за мериторно одлучивање о праву на старање у корист суда државе уобичајеног боравишта детета. Стога је у случају одбијања повратка детета практично немогуће само на основу Конвенције 1980 спречити лице код кога се дете налази да из неправда (незаконито одвођење/задржавање детета у циљу промене његовог уобичајеног боравишта) оствари право (одлучивање о праву на старање у држави уточишта). Међутим, члан 7 Конвенције 1996 омогућава да судови државе у којој је дете непосредно пре отмице имало своје уобичајено боравиште задрже надлежност за одлучивање о свим мерама за заштиту личности и имовине детета, укључујући и мериторно уређење права на старање.

Према овој одредби, да би суд државе уточишта могао да заснује редовну надлежност, потребно је испунити врло строге услове. Најпре, дете мора стећи уобичајено боравиште у у другој држави и овај услов је обавезан (члан 7 ст. 1 Конвенције 1996). Он се не односи само на стицање уобичајеног боравишта у другој држави уговорници Конвенције 1996, већ и у трећој држави, што значи да одредба о *perpetuatio fori* има универзално дејство.²⁰ Друга два услова постављена су алтернативно.

Први од њих предвиђа да је свако лице, институција или тело које има право на старање пристало на одвођење или задржавање (члан 7 ст. 1 тач. а Конвенције 1996). У овој ситуацији, пристанак овлашћеног лица и стицање новог уобичајеног боравишта детета су довољни за престанак надлежности државе из које је дете одведено (или задржано), без обзира да ли је донета одлука којом је одбијен повратак детета или одлуке уопште нема.²¹ Сматра се да је пристанак титулара права на старање дат уколико није поднет захтев за повратак детета према Конвенцији 1980. Такође, могуће је и да је захтев поднет, али да је одбијен јер се титулар права на старање накнадно сагласио са одвођењем или задржавањем.²² Практично,

20 P. Nygh, *The Hague Convention of the Protection of Children*, NILR, 1998, стр. 9.

21 Hague Conference on Private International Law, *op.cit.*, стр. 43.

22 У једном од медијских најпознатијих случајева отмице када је Србија била држава уточишта (случај *мале Р*), а тицао се само примене Конвенције 1980, Виши суд у Београду је нашао да се отац сагласио са одвођењем детета. Наиме, у Загребу је био у

то значи да суд државе уточишта може стећи надлежност ако је дете стекло уобичајено боравиште у њој и уколико: а) није поднет захтев за повратак према Конвенцији 1980, или је б) захтев поднет али је мирним путем договорено да се дете не враћа зато што је подносилац захтева пристао на то, или је в) захтев поднет, али је повратак одбијен у складу са чланом 13 Конвенције управо због пристанка титулара.²³

Други алтернативни услов, чије испуњење води престанку надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета, своди се на случај када је повратак детета одбијен на основу члана 12 ст. 2 Конвенције 1980 зато што је прошло више од годину дана од отмице до подношења захтева за повратак, а дете се интегрисало у нову средину. Стога, за заснивање надлежности суда државе уточишта за мериторно одлучивање о праву на старање у овом случају је довољно да, поред стицања новог уобичајеног боравишта, дете борави у другој држави најмање годину дана од када је титулар права на старање сазнао где се дете налази, при чему је поступак по захтеву за повратак окончан а дете се интегрисало у нову средину (члан 7 ст. 1 тач. б) Конвенције 1996).²⁴

Међутим, треба имати у виду да конвенције другачије уређују *рачунање рока* од годину дана за подношење захтева за повратак детета. Према Конвенцији 1980, рок почиње да тече од тренутка када је дете одведено или задржано, а према Конвенцији 1996 и члану 7, релевантан је тренутак сазнања где се дете налази. Зато се може догодити да је рок према Конвенцији 1980 истекао, али да још увек тече према Конвенцији 1996. Услед тога, држава уобичајеног боравишта не губи одмах надлежност, те ако се, у међувремену, донесе одлука о праву на старање према Конвенцији 1996, држава уточишта је дужна да је призна (под условом да је уговорница

току поступак за развод брака, а отац је довео мајку и дете у Београд, при чему се наводи да се неформално са њом договорио да виђа дете, а да дете иначе борави са њим у Загребу. Виши суд је нашао да „како је током трајања поступка пред првостепеним судом утврђено да предлагач није остварио право на старање над малолетним дететом, обзиром да је у току поступак за развод брака пред надлежним судом у Загребу, као и да је предлагач довео дете и противника предлагача у Београд, из чега произилази да у конкретном случају није било противљења предлагача одвођењу мал. детета односно његовом задржавању.“ Међутим, чињеница да је у току бракоразводни поступак не лишава оца права на старање нити доказује да га он не врши. Такође, ни његов гест у смислу превозења мајке и детета до Београда не значи да се сагласио са задржавањем. Виши суд у Београду, Гж бр. 1926/12 од 21.03.2012, *необјављено*.

23 Hague Conference on Private International Law, *op.cit*, стр. 43.

24 *Ibidem*.

и Конвенције 1996).²⁵ Такође, није неопходно ни да захтев за повратак буде поднет у држави уточишта (иако ће то најчешће бити случај ако су обе државе уговорнице и једне и друге конвенције).²⁶ У периоду док траје задржавање надлежности, суд државе уточишта има право да предузима само хитне мере за заштиту детета, али не и привремене (члан 7 став 3 Конвенције 1996), што је и разумљиво јер је његова надлежност изузетна и оправдана само у хитним случајевима.

2.2. Размена информација

Уколико је повратак одбијен у складу са Конвенцијом 1980, а у исто време тече поступак пред судом државе уобичајеног боравишта детета о праву на старање, могуће је да тај суд, услед измењених околности, више не располаже свим потребним информацијама о основу за одбијање повратка. Члан 34 Конвенције 1996 омогућава да се ови подаци затраже од државе уточишта преко централних органа.²⁷ На тај начин се суду који одлучује о праву на старање стављају на увид све важне чињенице утврђене у поступку решавања питања повратка, а које су значајне и за исход поступка о праву на старање.²⁸ Уједно, овај систем сарадње може да користи и држави уточишта приликом одлучивања о повратку, када су јој потребне информације из државе уобичајеног боравишта детета о околностима и средини у којој је дете живело пре незаконитог одвођења/задржавања.

25 P. Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, Proceedings of the Eighteenth Session (1996), стр. 559 *ad* 49.

26 Hague Conference on Private International Law, *op.cit*, стр. 43.

27 Када је реч о централним органима, у Републици Србији су за вршење те функције одређена различита министарства, у зависности да ли је реч о Конвенцији 1980 или Конвенцији 1996. Када се ради о Конвенцији 1980, централни орган је Министарство правде, док поводом Конвенције 1996 ту дужност врши Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања. Размена информација би, у случајевима незаконито одеведене или задржане деце и сукцесивне примене конвенција, подразумевала ваљану координацију ова два министарства.

28 Нпр. ако је захтев за повратак одбијен зато што би дете било изложено физичкој или психичкој трауми јер је родитељ од кога је одведено насилник или зато што није ефективно вршио право на старање јер није био заинтересован за дете и слично. То су све разлози којима се орган који одлучује о праву на старање може руководи приликом процене да ли да дете повери родитељу који га је отео.

2.3. Уступање надлежности суду државе уточишта

Генерално, суд државе уобичајеног боравишта овлашћен је и да уступи надлежност суду државе уточишта за мериторно одлучивање о праву на старање (на основу члана 8 Конвенције 1996), иако се приликом увођења овог института нису имали у виду случајеви отмице деце.²⁹ Према до уступања надлежности у таквим околностима неће долазити често, могуће је да се испостави, док траје задржавање надлежности, да би одлучивање о праву на старање у држави уточишта било у најбољем интересу детета. Пре свега, до тог се закључка може доћи онда када је очигледно да ће дете бити поверено родитељу који га је незаконито одвео или задржао, без обзира који од ова два суда буде одлучивао.³⁰ Услед тога, повратак детета би био бесмислен будући да би се, након одлучивања о праву на старање, дете свакако поново вратило у државу уточишта. У случајевима када судови обе инволвиране државе на исти начин процењују најбољи интерес детета, овакав исход се може разумно предвидети. Тада превагу односи принцип најбољег интереса детета, као „*suprema lex*“, ³¹ релативизујући налог колизионе норме,³² о чему је код нас већ писано.³³

29 Видети више о установи уступања надлежности, С. Марјановић, *op.cit*, стр. 129-132.

30 Иако професор Нај наводи да се у овим случајевима може одмах одбити повратак детета, таква одлука ипак улази у меритум права на старање, те држава уточишта то не сме да учини (члан 16 Конвенције 1980). Због тога је уступање надлежности корисна могућност јер подразумева координисано деловање државе уточишта и државе уобичајеног боравишта детета. Видети Р. Nygh, *op.cit*, стр. 38.

31 М. Живковић, *Повераванье деце на чување и васпитање у међународном приватном праву*, Ниш, 1991, стр. 93.

32 У већ поменутом случају *мале Р*, то би било примерено решење (видети фусноту 22) . Ово утолико пре што би она, узимајући у обзир њен узраст и скоро идентичну конкретизацију принципа најбољег интереса детета у хрватском и српском праву (као последице заједничког правног наслеђа), највероватније била поверена мајци (која је категорично одбијала да се врати). Без обзира што би тада, на основу колизионе норме из члана 40 ЗРСЗ (будући да је тада важила само Конвенција 1980), било примењено различито право у поступку пред судом Србије (српско право) и у Хрватској (хрватско право), превагу би, у коначном, однела чињеница да би најбољи интерес детета био на исти начин процењен и у Србији и у Хрватској. До истог резултата би се дошло чак и сада, када би се на питање меродавног права у обема државама применила колизиона норма Конвенције 1996, која би водила примени права државе уобичајеног боравишта детета (у зависности од околности, хрватског или српског права, али је резултат поново исти).

33 М. Живковић, *op.cit*, стр. 93.

3. Остваривање права на виђање (детета)

Када је реч о остваривању права на виђање, члан 21 Конвенције 1980 регулише ово питање, али ипак само делимично. Наиме, њоме се дозвољава организовање и обезбеђивање права на виђање у држави уточишта, обавезивањем централних органа на сарадњу и иницирање односно пружање помоћи приликом покретања поступка за остваривање права на виђање у држави уточишта или држави уобичајеног боравишта детета. Међутим, остало је нејасно питање домашаја ове одредбе. С обзиром да Конвенција 1980 не садржи одредбе о признању и извршењу, судбина евентуално већ постојеће одлуке којом је ово право уређено у држави уобичајеног боравишта детета у држави уточишта је неизвесна.

Стога, решења Конвенције 1996 представљају значајну допуну претходној конвенцији. Одлуке којима се уређује право на виђање могу се квалификовати као мере које спадају у поље промене Конвенције 1996, те се надлежност за одлучивање о овом може засновати као редовна (када припада судовима државе уобичајеног боравишта детета) или хитна (када је могу засновати и судови државе уточишта). Када је реч о признању и извршењу ових одлука, проблема не би требало да буде. У првом случају, родитељ који не врши право на старање, а има одлуку која му додељује право на виђање може да покрене поступак за њено извршење, те конвенцијске одредбе о признању *ipso iure* добијају на значају. У другом случају, када се отмицар противи признању, долази до изражаја већ поменути класичан систем признања, и даље уређен Конвенцијом 1996.

Уколико дете стекне ново уобичајено боравиште у држави уточишта, органи ове државе постају надлежни за мериторно одлучивање о праву на виђање, под већ познатим условима из члана 7 Конвенције 1996. При томе, не треба изгубити из вида да се родитељ који претендује на право на виђање налази у незавидном положају, с обзиром да покреће поступак у другој држави и суочава се са свим потешкоћама карактеристичним за вођење прекограничних спорова. Међутим, Конвенција 1996 нуди решење у виду одредбе члана 35 који предвиђа да се орган једне државе уговорнице може обратити органу друге за помоћ приликом организовања права на виђање. Поред тога, родитељ може и да у држави свог боравишта поднесе захтев да се прикупе релеванти подаци и да се одлучи о његовој подобности и условима за остваривање права на виђање. На тај начин органи државе боравишта родитеља помажу редовно надлежним органима да мериторно одлуче о праву на виђање, у ситуацијама у којима они сами то не могу. Осим тога, органи који разматрају остваривање овог права, имају

могућност одлагања одлучивања док се не оконча поступак у држави у којој родитељ борави. То је нарочито корисно ако је дете променило своје уобичајено боравиште, а тужба је поднета органу управо те „нове“ државе. Ипак, наведени механизам је факултативне природе.³⁴

4. Закључак

Имајући у виду да је од ступања на снагу Конвенције 1996 у Републици Србији протекло тек годину дана и да су, према доступним подацима, поступци у којима долази до сукцесивне примене обеју конвенција још увек у току, чини се неопходним да се кључна питања односа ових конвенција у потпуности разјасне. Ово утолико пре што је, према сазнању аутора, у бар једном од случајева који су тренутно у поступку, пренебрегнут члан 7 Конвенције 1996 о задржавању надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета за мериторно одлучивање о праву на старање. Наиме, чак и у поступцима који су, у тренутку ступања на снагу Конвенције 1996, већ били покренути на основу Конвенције 1980, али још увек нису окончани, долази до примене свих одредаба везаних за сукцесивну примену конвенција, те тако и деликатне одредбе члана 7 Конвенције 1996.

Иако члан 53 Конвенције 1996 предвиђа да се конвенција примењује на мере које су изречене након њеног ступања на снагу, те се, на први поглед, чини да постоји правна празнина у погледу поступка који је већ у току, закључак би морао бити другачији. Намера Хашке конференције за међународно приватно право, под чијим окриљем су изнедрене обе конвенције, била је да Конвенција 1996 побољша заштиту деце у прекограничним случајевима, поштујући принцип најбољег интереса детета и Конвенцију о правима детета,³⁵ што проистиче већ из Преамбуле Конвенције 1996.³⁶ Све одредбе које су биле предмет анализе у овом раду, а посебно правило о задржавању надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета имају за циљ

34 P. Lagarde, *op.cit.*, стр. 595.

35 *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ - Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

36 Параграфи 1, 3, 4 и 6 Преамбуле Конвенције 1996. Иначе, Преамбула Конвенције 1996 је релативно дугачка у односу на друге хашке конвенције и представља компромис између држава које су хтеле уобичајену, краћу, преамбулу која би указивала на предмет Конвенције и позивала се, генерално, на Конвенцију о правима детета, и оних које су инсистирале да се у преамбули изричито наведу принципи Конвенције о правима детета. Решење је пронађено у усвајању 6 параграфа од који су три посвећена предмету Конвенције, два упућују на најбољи интерес детета и Конвенцију о правима детета. N. Lowe, M. Everall, M. Nicholls, *International Movement of Children, Family Law*, Bristol, 2004, стр. 539 *ad* 16. Такође и P. Lagarde, *op.cit.*, стр. 543 *ad* 8.

управо заштиту најбољег интереса детета. Поред тога, као што је познато, сама Конвенција УН предвиђа да најбољи интерес детета мора бити од примарног значаја у свим активностима које се тичу деце (члан 3 ст. 1).

Стога, тумачење одредбе члана 53 Конвенције 1996 на начин који за последицу има њено непримењивање на поступке који су били покренути на основу Конвенције 1980, а који су у тренутку ступања на снагу Конвенције 1996 у односу на Србију и даље били у току, представља тумачење *contra legem*. Таквим интерпретацијама нема места ни на основу логичког тумачења одредбе члана 53 Конвенције 1996 зато што она изричито помиње меру донету након ступања на снагу ове конвенције. С обзиром да се мера свакако изриче у неком *поступку* (судском или управном), то се онда мора сматрати да се наведена одредба о временском важењу Конвенције 1996 исто тако односи и на поступке који, у релеватном тренутку, још увек нису били окончани према Конвенцији 1980. Другачије тумачење може бити мотивисано жељом за заштитом отмичара, чији је положај решењима Конвенције 1996 оправдано отежан, као и тежњом да се омогући заснивање надлежности суда Србије за мериторно одлучивање о праву на старање, што је такође отежано одредбом члана 7 поменуте конвенције. У сваком случају, ни један ни други мотив није у складу са принципом заштите најбољег интереса детета.

Sanja Marjanović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

International Child Abduction: Novelties in the Serbian PIL

Summary

The ratification and entry into force of the Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (1996) has brought about some changes in the existing system of Private International Law of the Republic of Serbia. One of these changes is the introduction of the more rigorous Hague mechanism for the return of wrongfully removed or retained children, which was established by the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (1980). In this paper, the author focuses on the most important novelties in the Serbian PIL and explains their practical significance. In particular, the author elaborates on the issues pertaining to the successive application of both conventions. It is a situation which Serbian legal practitioners are most likely to encounter in practice, given that all Contracting States to the 1996 Child Protection Convention (except one) are also bound by the 1980 Child Abduction Convention.

Keywords: *the Hague mechanism for the return of wrongfully removed or retained children, successive application of the 1980 Convention and the 1996 Convention, perpetuatio fori.*

