

6 - 352

UDK 34(058)

YU ISSN 0350-8501

Универзитет у Нишу
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

XLII



2002

л. д. 3. 928

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
© ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ, Ниш, 2002.

Редакциони одбор

Проф. др Милорад Божич

Проф. др Слободанка Константиновић-Вилић

Проф. др Миролуб Симић

Проф. др Драган Стојановић

Доц. др Наташа Стојановић

Сви радови у овом Зборнику су рецензирани.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Миролуб Симић

Секретар Редакционог одбора

Мр Небојша Ранђеловић

Превод резимеа

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Весна Данковић

Штампа: ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ НИШ

Тираж: 120

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ

Правног факултета у Нишу

18000 Ниш Краља Александра 11 п. ф. 122

Тел: (018) 523-545. 523-199

Факс: (018) 523-747

pravni@prafak.ni.ac.yu

http://www.prafak.ni.ac.yu



Садржај

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

- Проф. др Гордана Станковић*
ПРИВРЕМЕНО ОБУСТАВЉАЊЕ ИЗВРШНОГ ПОСТУПКА 11
- Проф. др Радмила Ковачевић-Куштримовић*
СУСЕДСКО ПРАВО У БУДУЋОЈ КОДИФИКАЦИЈИ
ГРАЂАНСКОГ ПРАВА 35
- Проф. др Војислав Бурђић*
НАЧЕЛО ЗАШТИТЕ ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ У КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ 51
- Проф. др Арсен Јаневски*
ОБЕЗБЕДУВАЊЕ НА ПОБАРУВАЊАТА НА ДОВЕРИТЕЛИТЕ
СО ПРЕНОС НА СОПСТВЕНОСТ НА ПРЕДМЕТИ И ПРЕНОС
НА ПРАВА СПОРЕД ЗАКОНОТ ЗА ИЗМЕНУВАЊЕ И
ДОПОЛНУВАЊЕ НА ЗАКОНОТ ЗА ИЗВРШНАТА ПОСТАПКА 75
- Проф. др Мила Јовановић*
КОНСТИТУЦИЈА ЦАРА КОНСТАНТИНА ВЕЛИКОГ О
НЕЖЕЊАМА И ОНИМА БЕЗ ДЕЦЕ 107
- Мр Митина Светлана Игоревна*
ВЗАИМООТНОШЕНИЯ РИМА С ЭЛЛИНИСТИЧЕСКИМИ
ГОСУДАРСТВАМИ: ПРАВОВАЯ ПРАКТИКА 121

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНЦИ

- Проф. др Милорад Рочкомановић*
ПРАВО МЕРОДАВНО ЗА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ДЕЛИКТЕ У
МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ 139
- Теорија, законодавство, пракса -
- Проф. др Милева Анђелковић*
ПРАВА ОБВЕЗНИКА У ПОРЕСКОМ СИСТЕМУ 159

<i>Проф. др Драган Јовашевић</i> ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ	177
<i>Доц. др Мирослав Лазућ</i> ПРАВО ГРАЂЕЊА	199
<i>Доц. др Миомира Костић</i> КРИМИНОГЕНИ УТИЦАЈ МАКРО СОЦИЈАЛНИХ ФАКТОРА НА ДЕЛИКТЕ НАСИЉА	211
<i>Доц. др Наташа Стојановић</i> НАЛОГ У ЗАВЕШТАЊУ	231
<i>Доц. др Срђан Голубовић</i> ВАЛУТНИ ОДБОР КАО АЛТЕРНАТИВА ЦЕНТРАЛНОЈ БАНЦИ	247
<i>Доц. др Саша Кнежевић</i> "ПРЕДНОСТ ОДБРАНЕ" У ПОСТУПКУ ПО ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА	263
<i>Мр Сузана Медар</i> ТРАДИЦИОНАЛНО И САВРЕМЕНО СХВАТАЊЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА - Општи поглед на две опречне методолошке оријентације -	283
<i>Мр Видоје Спасић</i> УПОТРЕБА ДИГИТАЛНИХ СЛИКА У АМЕРИЧКОМ ПРАВУ	299
<i>Мр Небојша Ранђеловић</i> ПРИСТУПАЊЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ ТРОЈНОМ ПРАКТУ - Политичка заблуда или историјска нужност -	319
<i>Мр Горан Обрадовић</i> ЗАБРАНА КОНКУРЕНЦИЈЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О РАДУ	335
<i>Мр Небојша Раичевић</i> ОСНИВАЊЕ, ОРГАНИЗАЦИЈА И НАДЛЕЖНОСТ МЕЂУНАРОДНИХ АДНОС КРИВИЧНИХ ТРИБУНАЛА	345

Марина Димитријевић
ПОРЕСКИ СИСТЕМИ ЗЕМАЉА У ТРАНЗИЦИЈИ 371

Александар Ђорђевић
ИНСТИТУТ САМОПОМОЋИ У ФРАНЧКОМ, РУСКОМ И
СРПСКОМ ПРАВУ 389

БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ
ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ 427

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

Проф. др Гордана Станковић

**ПРИВРЕМЕНО ОБУСТАВЉАЊЕ
ИЗВРШНОГ ПОСТУПКА**

UDK 347.954

Апстракт

У раду су анализирани облици привременог обустављања извршног поступка јер је законодавац различитим правним актима, на различите начине и различитом законодавном техником регулисао ове институте. У јудикатури због тога постоји потреба за креативном интерпретацијом ових процесних норми, посебно у ситуацији кад треба сходно применити правила парничне проце-

дуре јер у процесном закону постоји празнина. Аутор је анализирао прекид, застајање и одлагање извршења и указао на пропусте у њиховом законском нормирању, на дилеме које се јављају као последица одређених правно-техничких решења или правно-политичких циљева које је законодавац намеравао да оствари на терену извршне судске процедуре.

Кључне речи: прекид извршног поступка, застајање са извршењем, одлагање извршења, привремено обустављање извршног поступка, извршна судска процедура.

Проф. др Гордана Станковић¹

ПРИВРЕМENO ОБУСТАВЉАЊЕ ИЗВРШНОГ ПОСТУПКА

1. Правила извршног поступка, као форма социјалне контроле и пресије над правним субјектима који нису добровољно испунили дуговану чинидбу и над непосредном применом силе, коју државни органи примењују, имају за циљ дефинитивно остваривање правне заштите коју гарантује и регулише држава. Последице проузроковане извршењем, с обзиром на имовинске промене које настају у економској сфери појединог правног субјекта, могу да имају велики утицај на ликвидност, на стање у друштву у погледу способности за привређивање и на сам однос снага у друштву. Извршна процедура која се ефикасно не спроводи угрожава остваривање принципа владавине права и постулирану правну заштиту чини илузорном што, с једне стране, представља фактор који утиче на привредни саобраћај и привредну структуру друштва, а с друге стране, угрожава остваривање принципа владавине права и правне државе. Због тога, у конципирању извршног поступка посебан значај има начело хитности² јер је потребно и пожељно да се извршење што пре оконча и тако дефинитивно оствари законитост у фактичким животним односима, успостави нарушена правна равнотежа и факта саобразе праву³.

¹ Редовни професор на Правном факултету у Нишу.

² Видети чл. 4. ЗИП (2000).

³ Видети: Рачић, Р. - Начело економичности у новој извршној процедури, Зборник "Право и људске вредности", четврти том, Копаоничка школа природног права, Правни живот, 12/2002, стр. 37.

И поред тога што извршни поступак треба што пре да се оконча и дефинитивно пружи правна заштита, и у извршном поступку може да дође до привременог обустављања процесне делатности. Последице привременог обустављања извршног поступка састоје се у систирању извршне процесне делатности тако да долази до заустављања сваке даље процесне активности у једној извршној правној ствари. Све док траје привремено обустављање извршног поступка у једној конкретној извршној ствари не могу се предузимати процесне радње у извршном поступку које имају за циљ само извршење.

Привремено обустављање извршног поступка у нашем праву јавља се као: прекид поступка, застајање са поступком и одлагање извршења.

У извршном поступку, за разлику од парничног поступка, нема мировања поступка. Мировање, као вид привременог обустављања извршног поступка није предвиђено законом. Осим тога, сходна примена правила парничне процедуре, кад је у питању овај облик систирања поступка, не долази у обзир јер то не одговара природи и принципима на којима је конципирана извршна процедура. У нашој литератури је, још у време важења ранијег Закона о извршном поступку (ЗИП) из 1978. године, био изражен став да је одлагање извршења на предлог повериоца, као тадашња новина у нашој извршној процедури, институт који доста личи и подсећа на мировање у парничном поступку, из простог разлога што до њега може да дође и на основу сагласних изјава странака⁴.

Законодавац је различитим правним актима и на различите начине и различитом законодавном техником регулисао облике привременог обустављања извршног поступка. Због тога у јудикатури постоји потреба за креативном интерпретацијом норми којима су регулисани ови процесни институти, посебно у ситуацији кад треба сходно применити правила парничне процедуре јер у процесном закону постоји празнина. Уједно, то је и повод за овај рад који има за циљ да анализира облике привременог обустављања извршног поступка, да укаже на пропусте у законском нормирању, на дилеме које се јављају као последица одређених правно-техничких решења или правно-политичких циљева које је законодавац намеравао или настојао да оствари на терену извршне судске процедуре.

⁴ Трива, С. - Белајец, В. - Дика, М. - Судско извршно право, Загреб, 1984, стр. 231; Старовић, Б. - Коментар Закона о извршном поступку, друго издање, Нови Сад, 1991, стр. 229.

2. Прекид поступка је вид привременог обустављања извршног поступка до кога долази из законом предвиђених разлога. Прекид извршног поступка може да настане, по правилу, у стадијуму дозволе и у стадијуму спровођења извршења. Прекид извршног поступка може да настане по самом закону и по одлуци суда.

ЗИП изричито предвиђа само два разлога за прекид поступка *ex lege*: смрт странке и смрт законског заступника. Као што је већ примећено⁵, одредба ЗИП-а, која предвиђа ове разлоге за прекид поступка⁶ редигована је тако да оставља утисак да су то једини разлози који могу да изазову прекид извршног поступка. Међутим, до прекида поступка *ex lege* леге може да дође и из неких других разлога који нису изричито предвиђени одредбама ЗИП-а⁷ или који су предвиђени другим законским прописима.

3. Према изричитој законској одредби (чл. 32), до прекида извршног поступка долази *ex lege* услед смрти странке или њеног законског заступника.

За разлику од ЗПП, у коме смрт странке или смрт њеног законског заступника изазивају прекид поступка по самом закону под условом да странка нема пуномоћника, ЗИП тај услов изричито не предвиђа. Пошто су различити правно-политички мотиви који су инспирисали законодавца приликом нормирања института прекида у овим гранама цивилне процедуре, може се претпоставити да није била намера законодавца да овај услов предвиди кад је у питању извршни поступак.

У литератури постоји мишљење⁸ да овај услов, иако није изричито нормиран законом, важи и у извршном поступку с обзиром на опште правило да пуномоћство не престаје смрћу странке. Пуномоћник је, у случају смрти свог властодавца, овлашћен и дужан да предузима процесне радње све док наследници, као сукцесори, или ново постављени законски заступник евентуално не опозову пуномоћје.

Кад умре странка аутоматски, по самом закону, долази до прекида извршног поступка и извршни суд је дужан да донесе решење о пре-

⁵ Видети: Трива, С. - Белајец, В. - Дика, М. - *op. cit.*, стр. 238.

⁶ Маргинални наслов уз одредбу чл. 32. ЗИП (2000) гласи "Смрт странке".

⁷ Детаљно о томе: Станковић, Г. - Ново извршно процесно право, Ниш, 2001, стр. 35.

⁸ Старовић, Б. - *op. cit.*, стр. 93.

киду поступка којим ће констатовати да је извршни поступак у конкретној извршној ствари прекинут оног дана кад је странка умрла. У том случају, пошто су испуњени услови да дође до процесне сукцесије, извршни суд *ex offio* обавештава о насталом прекиду поступка наследнике умрле странке, ако су му познати и ако је познато њихово бора-виште, и позива их да преузму поступак. Поред тога, о прекиду извршног поступка обавештава се и противна странка.

Ако наследници нису познати, јер није окончан оставински поступак, или није познато само њихово бора-виште, извршни суд је по службеној дужности дужан да без одлагања постави привременог заступника непознатим наследницима умрле странке ради заштите њихових интереса.

Привремени заступник је законски заступник непознатих наследника или наследника чије је бора-виште непознато који је одређен актом надлежног извршног суда. Он има задатак да у конкретној извршној ствари штити интересе нове странке све док она не преузме поступак.

Поступак за постављање привременог заступника је инцидентни адхе-зиони поступак који се интерполира у пендентни извршни поступак и придружено води уз њега. У овом поступку се сходно примењују пра-вила парничне процедуре јер правила поступка која се тичу постав-љања привременог заступника у току пендентног извршног поступка нису предвиђена одредбама ЗИП. Овај поступак је хитан јер треба што пре отклонити разлоге који су изазвали немогућност странке да уче-ствује у поступку и створити услове да се прекинути извршни посту-пак настави.

Уколико је умрла странка био извршни дужник и касније, у току оставинског поступка, оставински суд постави привременог старатеља заоставштине, извршни суд је дужан да га позове да преузме извршни поступак. У том случају, извршни суд је дужан да донесе одлуку којом ће констатовати да су престала овлашћења привременом законском заступнику умрлог извршног дужника кога је он поставио⁹.

4. Прекид извршног поступка по сили закона има различито трајање зависно од разлога који га је изазвао.

⁹ Тако и: Старовић, Б. - *ibidem*.

Прекинути извршни поступак се наставља кад престану разлози који су изазвали прекид извршног поступка.

Пре свега, прекид извршног поступка до кога је дошло због смрти странке траје све док наследници чије је пребивалиште познато не буду обавештени о насталом прекиду. Сматра се¹⁰ да је овакво законско решење последица настојања да се оствари принцип ефикасности и да се на тај начин убрзава извршни поступак. Прекинути извршни поступак се наставља чим извршни суд обавести наследнике умрле странке.

Уколико је суд поставио привременог заступника наследницима чије боравиште није познато, прекид престаје и поступак се наставља чим привремени заступник буде постављен и суд му достави решење о постављењу. Суд је дужан да у самом решењу о именовању привременог заступника наложи привременом заступнику да преузме поступак¹¹.

5. Други разлог, изричито предвиђен законом, који доводи до прекида поступка *ex lege* је смрт законског заступника.

Одредба чл. 32. ЗИП, којом је предвиђен овај разлог за прекид извршног поступка, погрешно је редигована и практично је преузела редакцијски пропуст који је садржала одредба чл. 31. ранијег ЗИП из 1978. г. Одредба чл. 32. ЗИП предвиђа да суд о насталом прекиду поступка због смрти законског заступника треба да обавести наследнике странке иако је, уствари, странка жива, те још увек нема наследнике. Грешка је настала, вероватно, из жеље редактора законског текста за сажимањем текста. Иако је на ову редакцијску грешку указивано у литератури¹², она није отклоњена приликом редиговања и доношења ЗИП-а из 2000. г.¹³ што разуме се, представља озбиљан пропуст и изазива потребу за интерпретацијом саме норме.

¹⁰ Трива, С. - Белајец, В. - Дика, М. - *op. cit.*, стр. 240.

¹¹ У судској пракси, понекад је у судским одлукама погрешно стилизован диспозитив решења јер стоји да "суд позива привременог заступника да преузме поступак". Овакав начин изражавања је погрешан јер се уопште не ради о позивању: позивање се врши достављањем. Ради се, уствари, о томе да суд налаже, наређује привременом законском заступнику да врши своју дужност тако што ће преузети поступак.

¹² Видети: Трива, С. - Белајец, В. - Дика, М. - *op. cit.*, стр. 241; Старовић, Б. - *idem*.

¹³ Овај правно-технички недостатак у законском тексту не показује само да се законски текстови непажљиво и небрижљиво редигују већ и да чланови радних група који припремају нацрте законских текстова не прате релевантну стручну литературу.

Кад у току извршног поступка умре законски заступник странке, извршни суд је дужан, не само да донесе решење о прекиду поступка по самом закону, већ и да предузима мере да се заштите интереси оне странке чији је законски заступник умро.

Суд може, ради заштите интереса неспособне странке, да поступи на два начина: да сам постави привременог законског заступника странци чији је законски заступник умро или да о насталој околности обавести орган старатељства ради постављања сталног старатеља.

Изузетно, уколико је неко друго лице моментом смрти законског заступника стекло својство законског заступника (други родитељ), а не постоји колизија интереса између тог лица и странке, извршни суд је дужан да обавести то лице и да га позове да преузме поступак¹⁴.

Прекинути извршни поступак се наставља кад престану разлози који су изазвали прекид извршног поступка.

Прекид извршног поступка до кога је дошло због смрти странке траје све док наследници чије је пребивалиште познато не буду обавештени о насталом прекиду. Уколико је суд поставио привременог заступника наследницима чије боравиште није познато, прекид престаје и поступак се наставља чим привремени заступник буде постављен и суд му достави решење о постављењу.

Ако је прекид поступка био одређен због смрти законског заступника, он траје све док постављени привремени или стални законски заступник не буде решењем обавештен о насталом прекиду¹⁵.

6. С обзиром на правило о сходној примени одредаба ЗПП, до прекида извршног поступка *ex lege* може да дође и из разлога који нису изричито предвиђени одредбама ЗИП-а.

Пре свега, до прекида извршног поступка по сили закона може да дође кад престане рад суда¹⁶ услед рата или неких других узрока (нпр.

¹⁴ Старовић, Б.- *idem*.

¹⁵ Треба приметити да проф. Рајовић (Рајовић, В. - Судски извршни поступак, Београд, 2000) сматра да прекид поступка траје све док се решење не уручи постављеном старатељу. Сматрам да је непотребно и нецелиходно да извршни суд позива постављеног старатеља у суд да би му уручио решење. Много је целисходније и економичније да се решење одмах достави по општим правилима о достављању.

рушења зграде суда због елементарних несрећа и сл.). Немогућност суда да поступа у таквим околностима представља разлог који изазива прекид поступка по самом закону.

7. До прекида извршног поступка по сили закона долази и услед отварања стечајног поступка.

Ако се у току извршног поступка отвори стечај над дужником, на дан наступања правних последица отварања стечајног поступка извршни поступак је прекинут по самом закону. После отварања стечајног поступка не може се покренути извршни поступак нити извршни суд може донети решење о извршењу или одлучити о обезбеђењу.

Изузетно, решење о извршењу се може донети само ако се уз предлог за извршење као извршна исправа поднесе решење о трошковима стечајног поступка или решење којим је у стечајном поступку наложено полагање судских такси. Поред тога, изузетно се може дозволити и упис права у јавне књиге и после отварања стечајног поступка и наступања последица отварања стечајног поступка уколико су услови за упис били раније испуњени.

Кад је извршни поступак био прекинут због отварања стечајног поступка, прекинути извршни поступак се може наставити уколико су излучни и разлучни повериоци стекли право на одвојено намирење најмање 60 дана пре отварања стечаја и наступања правних последица отварања стечајног поступка. У судској пракси се сматра да је право на одвојено намирење излучних и разлучних поверилаца у извршном поступку настало ако је извршен попис ствари извршног дужника чиме је извршни поверилац стекао законско заложно право.

Прекинути извршни поступак се наставља по одлуци извршног суда уколико је тако одлучио стечајни суд. Стечајно веће је овлашћено да на предлог извршног повериоца, уколико је различно право остало на снази, одлучи о настављању извршног поступка и да о томе обавести извршни суд.

¹⁶ Тако и Рајовић, В. - Судски извршни поступак, Београд, 2000, стр. 45. Треба приметити да проф. Рајовић сматра да је, поред разлога који су изричито наведени у ЗИП-у, престанак рада суда из различитих узрока разлог који није изричито наведен у закону али који несумњиво изазива прекид поступка.

Излучни повериоци чија су права стечена за последњих 60 дана пре отварања стечајног поступка имају право на одвојено намирење само ако подигну излучну тужбу до окончања извршног поступка. Ако излучни извршни поверилац то не учини, он има право да од извршног дужника захтева новчани износ који је добијен продајом његове ствари, а не и саму ствар. Принудно извршење ради наплате износа добијеног продајом његове ствари извршни поверилац може да оствари једино у извршном поступку.

8. Извршни поступак се може прекинути по самом закону и ради решавања прејудицијелног питања¹⁷ које се решава у парници или у неком другом поступку.

Проблем претходног питања и његовог решавања не поставља се, по правилу, у току извршног поступка. Претходно питање се, као што је познато, односи на условљавајући однос и од његовог решавања зависи одлука о главној ствари. Ти проблеми су већ решени у поступку из кога потиче извршна исправа¹⁸.

Изузетно, у току извршног поступка могу да настану ситуације у којима се јавља потреба за решавањем претходног питања. У том случају постоји потреба да се извршни поступак прекине јер извршни суд нема овлашћење да сам, попут парничног суда, одлучује о претходном питању. Извршни суд је дужан, кад се јави претходно питање, да упућује на парницу или на други поступак странку или треће лице - другог повериоца. У том случају, прекид извршног поступка ради решавања претходног питања које је искрсло у току поступка извршења је законска и нужна последица упућивања странке на парницу или други поступак.

Прекид поступка ради решавања претходног питања произлази из правила о сходној примени правила парничне процедуре у извршном поступку¹⁹ али и директно из самих одредаба ЗИП-а.

¹⁷ Детаљно о томе: Салма, М.- Претходно питање у грађанском судском поступку, Нови Сад, 1995.

¹⁸ Посебан случај решавања претходног питања у току извршног поступка постоји у случају извршења одлуке страног суда уколико претходно није вођен поступак за њено признање. Видети чл. 101. ЗРСЗ. Детаљно о томе: Салма, М.- оп.цит, стр.169; Станковић,Г. - Старовић, Б.- Кеча, Р. - Петрушић, Н. - Арбитражно процесно право, друго издање, Ниш, 2002, стр. 373.

¹⁹ Старовић, Б. - оп. cit., стр. 94.

Посебан случај прекида поступка због решавања прејудицијелног питања предвиђен је изричито одредбама ЗИП-а у поступку спровођења извршења на непокретности (чл. 168). Иако је законодавац употребио погрешан технички термин, јер говори о одлагању извршења, очигледно је да се ради о прекиду извршног поступка²⁰.

Извршни суд, по службеној дужности, одређује прекид у поступку извршења под одређеним условима кад је у питању извршење на непокретности. Извршни поверилац и друго лице које се намирује из продајне цене непокретности, има право, ако је то од утицаја на његово намирење, да оспори другом постојање потраживања, његову висину и ред по коме има право да се намири. Оспоравање се може учинити најдоцније на рочишту за деобу. У том случају суд је дужан да, уколико одлука зависи од спорних чињеница, упути треће лице које је оспорило потраживање да у року, који не може бити дужи од 15 дана, покрене парнични поступак. Суд ће доношење решења о намирењу лица чије је потраживање оспорено "одложити до окончања парничног поступка" одн. све док траје прекид извршног поступка. Ако парница не буде покренута у одређеном року, суд ће поступити као да потраживање није оспорено.

Пошто се одредба чл. 168. о упућивању на парницу супсидијарно примењује и у погледу извршења на покретним стварима ради намирења новчаног потраживања (чл. 84), до прекида извршног поступка под истим условима може да дође и кад је у питању извршење на покретним стварима ради намирења новчаног потраживања.

Кад је извршни поступак био прекинут ради решавања прејудицијелног питања, поступак се наставља чим странка или други учесник, који су били упућени на парницу, обавесте извршни суд о исходу поступка у коме је претходно питање решавано.

9. Разлози за прекид извршног поступка предвиђени су и другим законским прописима. До прекида извршног поступка по одлуци суда може да дође из посебних разлога на предлог јавног или државног тужиоца и то у стадијуму дозволе извршења, пре но што је започело спровођење извршења, и у току поступака спровођења извршења.

²⁰ Супротно: Салма, М.- *op.cit.* стр. 171.

У стадијуму дозволе извршења до прекида поступка по одлуци суда долази кад је суд, на предлог јавног одн. државног тужиоца донео одлуку о одлагању извршења.

Јавни одн. државни тужилац има посебно овлашћење да тражи одлагање извршења да би изјавио ванредни правни лек против правноснажне одлуке на основу које је, као извршне исправе, покренут извршни поступак јер сматра да постоје разлози да ванредним правним средством побија одлуку која је донета у судском или у другом поступку. Због тога он тражи одлагање извршења и најављује изјављивање захтева за заштиту законитости.

Уколико је јавни одн. државни тужилац у законом одређеном року од 30 дана од дана достављања одлуке о одлагању извршења изјавио најављено ванредно правно средство и о томе обавестио извршни суд, извршни суд је дужан да донесе решење о прекиду извршног поступка.

Прекид извршног поступка траје све до доношења одлуке о ванредном правном средству јавног одн. државног тужиоца.

10. У стадијуму спровођења извршења до прекида поступка по одлуци суда долази и на предлог јавног одн. државног тужиоца.

Јавни одн. државни тужилац је посебним прописима овлашћен да захтева од надлежног извршног суда да донесе одлуку о прекиду извршног поступка за који је сазнао да је у фази спровођења извршења уколико је већ изјавио ванредни правни лек против правноснажне извршне исправе.

На предлог јавног одн. државног тужиоца, који он подноси извршном суду (и помоћном органу који га спроводи), извршни суд доноси решење о прекиду поступка. Извршни суд одлучује да прекид траје све док се не оконча поступак за контролу законитости одлуке по ванредном правном средству и донесе одлука о изјављеном ванредном правном средству које је, као странка, изјавио јавни одн. државни тужилац.

Извршни поступак који је прекинут по одлуци суда по предлогу јавног одн. државног тужиоца, наставља се по одлуци извршног суда коју он доноси на предлог извршног повериоца уколико је државни орган који

одлучује у поступку за контролу законитости одбио захтев јавног одн. државног тужиоца у његовом захтеву за заштиту законитости.

11. Низом одредаба ЗИП предвиђено је да извршни суд у току извршног поступка може да застане са поступком да би сачекао да настану одређена фактичка или правна стања која омогућавају даље несметано одвијање поступка. До застајања са поступком може да дође и у стадијуму дозволе и у стадијуму спровођења извршења.

До застајања са поступком може да дође из различитих разлога, како разлога који су изричито предвиђени законом, тако и кад је то, по природи ствари, неопходно и нужно.

Пре свега, до застајања са поступком мора да дође кад се чека да наступи правноснажност решења о извршењу које је одређено на основу веродостојне исправе да би се, потом предузеле одговарајуће извршне радње у циљу намирења намирења извршног повериоца.

Поред тога, до застајања са поступком мора да дође и кад извршни суд упути странку на парницу и то пре но што донесе решење о прекиду поступка ради решавања претходног питања које се јавило у току поступка извршења. Уколико је извршни суд странку или другог учесника упутио на парницу или други поступак, у извршном поступку нужно долази до застајања са поступком све док странка или учесник који су упућени на парницу не обавесте извршни суд да су покренули одговарајући поступак.

Кад странка која је била упућена на парницу обавести извршни суд да је испунила његов налог и покренула поступак на који је била упућена, престали су разлози за застајање са поступком и извршни суд доноси одлуку о прекиду поступка.

У тексту ЗИП-а, међутим, редактор је употребио погрешан технички термин јер, уместо о застајању и прекиду, говори о одлагању извршења. Међутим, до одлагања извршења, по изричитој законској дикцији, може да дође само на предлог повериоца. Овај правно-технички недостатак само показује манир редактора законског текста да небрижљиво редигују норме и да стварају потребу за интерпретацијом и кад јој, по правилу, нема места.

Исто тако, до застајања са поступком мора да дође и кад се извршење спроводи на средствима на рачуну дужника. У том случају, носилац платног промета, као помоћни орган суда, мора да застане са извршењем кад извршни поверилац то изричито затражи јер има намеру да повуче свој предлог. Застајање са извршењем траје све док извршни поверилац не поднесе доказ да је пред судом изјавио да одустаје од захтева за извршење и да је повукао свој предлог.

12. До застајања са поступком може да дође и из разлога који нису изричито предвиђени законом.

Редовно, до застајања са поступком долази ако постоје разлози за искључење или за изузеће судије или службеног лица. У том случају, по природи ствари мора да дође до застајања са поступком иако тај разлог није изричито предвиђен законом. Без обзира што овај разлог за застајање са поступком није изричито предвиђен у закону, разумљиво је да он изазива овај вид привременог обустављања извршног поступка. Застајање са поступком траје у овој ситуацији све док се не донесе одлука о искључењу или изузећу у инцидентном адхезионом поступку који је интерполиран у пендентни извршни поступак. У поступку за изузеће, који се интерполира у текући извршни поступак, сходно се примењују правила парничне процедуре којима је регулисано искључење и изузеће судије или других лица јер ЗИП не садржи правила о томе.

До застајања са поступком, по природи ствари, долази и кад је странка у току спровођења извршења изјавила приговор ради отклањања неправилности у спровођењу извршења²¹, пошто се поступак по овом атипичном правном средству у извршном поступку интерполира у поступак извршења.

Исто тако, до застајања са поступком долази и кад је суд, на предлог јавног одн. државног тужиоца, који је, као учесник у извршном поступку, тражио одлагање извршења да би изјавио ванредни правни лек против правноснажне одлуке на основу које је покренут извршни поступак и најавио изјављивање захтева за заштиту законитости, донео одлуку о одлагању извршења. Извршни суд ће у том случају застати са

²¹ Детаљно о томе: Станковић, Г. - Приговор ради отклањања неправилности у спровођењу извршења, Зборник "Нови Закон о извршном поступку", Ниш, 2001, стр. 65.

поступком све док јавни одн. државни тужилац не изјави најављени правни лек или док безуспешно не истекне рок који му је остављен да изјави правни лек. Застајање ће трајати најдуже 30 дана од дана достављања одлуке о одлагању извршења јавном одн. државном тужиоцу који у том року треба да изјави најављено ванредно правно средство.

За случај да јавни одн. државни тужилац у том року не изјави најављени правни лек, наставља се извршни поступак. Ако јавни одн. државни тужилац изјави правни лек, извршни суд доноси решење о прекиду поступка по одлуци суда и прекид извршног поступка траје све док се не оконча поступак по ванредном правном средству у парничном поступку и извршни поверилац предложи настављање поступка.

До застајања са поступком у току спровођења извршења фактички долази и у свим оним ситуацијама у којима процесна делатност извршног суда зависи од тога да ли ће странка предузети одређену извршну радњу на коју има право по закону или ће евентуално њена радња изостати одн. кад странка има алтернативна процесна овлашћења. Нпр. у поступку спровођења извршења ради предаје покретних ствари може се догодити да оне не буду пронађене ни код извршног дужника ни код трећег лица. У том случају поверилац има право да предложи да суд процени вредност ствари и решењем одреди да му извршни дужник у одређеном року исплати износ те вредности. Ако поверилац у року од 3 дана од дана кад је обавештен да ствари нису нађене не стави предлог да му извршни дужник исплати вредност покретних ствари, суд је дужан да донесе решење о обустављању извршења. Поред тога, извршни поверилац има право и да предложи да извршни суд донесе решење о спровођењу извршења којим ће суд овластити извршног повериоца да покретне ствари набави на другој страни о трошку извршног дужника. Ако извршни поверилац не учини такав предлог у року од 3 дана од дана кад је обавештен да ствари нису нађене, извршни суд има право да обустави извршење (осим кад је извршни поверилац благовремено ставио и предлог да му извршни дужник исплати вредност покретних ствари одн. ако је кумулирао ова захтева). Извршни суд застаје са поступком пошто извршном повериоцу пошаље обавештење да покретне ствари нису пронађене ни код извршног дужника, ни код трећег лица јер од процесног понашања извршног повериоца зависи коју ће одлуку донети извршни суд.

13. Специфичан случај застајања са извршењем настаје као последица поступка пред једним државним органом - уставним судом. Савезни уставни суд је овлашћен да у току поступка за оцену уставности и законитости "обустави извршење" појединачног акта који је донет на основу правне норме чија се уставност одн. законитост оцењује ако би извршењем тог појединачног акта наступиле неотклоњиве штетне последице²² или ако је поводом тог појединачног акта поднета уставна жалба²³. Привремено обустављање извршног поступка траје све до окончања поступка пред уставним судом.

У литератури постоји мишљење да се у конкретном случају ради о одлагању извршења²⁴. Сматра се да су у уставним одредбама употребљени неадекватни термини и да се, пошто је у питању привремено обустављање извршног поступка, до окончања поступка пред уставним судом, ради о одлагању извршења.

Тачно је да су у уставним одредбама употребљени неадекватни термини јер редактори нису имали у виду институте и техничке термине извршне процедуре. Међутим, сматрам да се у конкретном случају не ради о одлагању извршења јер је оно, као што је познато, последица страначке диспозиције. Одлагање извршења настаје редовно на предлог извршног повериоца који он упућује извршном суду и који о њему одлучује. Привремено обустављање извршног поступка до окончања поступка пред уставним судом није последица диспозиције извршног повериоца, нити је то у његовом интересу.

С друге стране, привремено обустављање извршног поступка до окончања поступка пред уставним судом није ни прекид извршног поступка због решавања предходног питања по одлуци суда јер је одлуку да се застане са извршењем донео уставни суд а не извршни суд. За извршни суд појединачни акт, који је одлуком уставног суда "обустављен од извршења", је перфектна извршна исправа. Проблем уставности и законитости појединачног акта нема карактер предходног питања за извршни суд јер га нико од учесника није поставио у поступку.

²² Чл. 132. Устава СРЈ из 1992.г.

²³ Видети: Николић, П. - Уставно право, Београд, 1994, стр.316.

²⁴ Трива, С. - Белајец, В. - Дика, М. - *op.cit.*, стр. 235.

Привремено обустављање извршног поступка до окончања поступка пред уставним судом може једино да буде, по својој правној природи, застајање са извршењем јер се чека исход поступка пред уставним судом. Оно ће трајати све док уставни суд не донесе своју одлуку.

14. Одлагање извршења²⁵ је посебан облик привременог обустављања извршног поступка до кога долази из законом предвиђених разлога на захтев извршног повериоца. Извршни поверилац има право да тражи одлагање извршења ради заштите сопствених интереса.

Према одредбама ЗИП из 1978.г. одлагање извршења могли су да траже, поред извршног повериоца, и извршни дужник, треће лице и јавни одн. државни тужилац. У пракси је овај институт врло често коришћен али и злоупотребљаван што је доводило до знатног одуговлачења извршног поступка. Због тога је законодавац, у настојању да убрза извршење и намирање извршног повериоца, приликом реформе извршне судске процедуре, сузио круг овлашћених субјеката који имају право да траже одлагање, и разуме се, сузио круг разлога који изазивају овај вид привременог обустављања извршног поступка.

Предлог за одлагање извршења је диспозитивна процесна радња извршног повериоца који тражи да се одложи почетак спровођења извршења и на тај начин накнадно пружа могућност извршном дужнику да евентуално добровољно испуни дуговану чинидбу. С друге стране, одлагањем извршења, извршни поверилац спречава да га евентуално погоди застарелост потраживања или неуспешно окончање поступка извршења јер се по протеклу времена за које је одложено извршење извршни поступак регуларно наставља.

Одлагање извршења може да утиче на ток и исход извршног поступка јер постоји потенцијална могућност да се извршење касније евентуално дефинитивно обустави.

15. Одлагање извршења треба разликовати од одлагања у предузимању појединих радњи у спровођењу извршења, кад се предузимање једне одређене радње у току спровођења извршења одлаже за неки други тренутак из оправданих разлога. Нпр. истек радног времена, следећег

²⁵ Детаљно о томе: Мандић, Љ. - Одлагање извршења, Зборник радова "Нови Закон о извршном поступку", Ниш, 2001, стр. 81; Петровић, З. - Одлагање извршења, Зборник радова "Двадесет година Закона о извршном поступку", Ниш, 1999, стр. 90.

дана суд не ради, време државног или другог празника, неуспех извршења у једном дану јер извршни дужник није нађен у стану, није могао да буде одређен секвестар, попис није окончан итд. Радње које су одложене због настајања неког оправданог разлога извршавају се доцније.

16. Одлагање извршења може да предложи, поред извршног повериоца, и јавни одн. државни тужилац као учесник.

Одлагање извршења на предлог извршног повериоца регулисано је одредбама ЗИП-а. По овим правилима се поступа и кад одлагање извршења тражи јавни одн. државни тужилац који је имао процесни положај странке или умешача у јавном интересу у парничном поступку и који, као извршни поверилац тј. као странка у функционалном смислу, покреће извршни поступак.

Одлагање извршења на предлог јавног одн. државног тужиоца, као учесника, регулисано је прописима организационог процесног права Посебно право да траже одлагање извршења имају републички јавни одн. државни тужилац и Савезни државни тужилац кад сматрају да постоје разлози да изјаве ванредно правно средство против правно-снажне извршне исправе и кад најављују извршном суду да ће изјавити ванредно правно средство на чије су изјављивање овлашћени.

17. Одлагање извршења одређује извршни суд решењем на предлог извршног повериоца.

Извршни поверилац има право да затражи одлагање извршења само ако спровођење извршења није започело, што значи пошто је донесено решење о извршењу. Извршни поверилац може да тражи потпуно или делимично одлагање извршења.

Извршни поверилац није дужан да у предлогу за одлагање извршења наведе разлоге због којих тражи одлагање извршења. Међутим, он је дужан да у предлогу прецизира време за које тражи одлагање извршења јер се оно не може одложити на неодређено време²⁶. Ако је законом предвиђено да се извршење има тражити у одређеном року²⁷, извршни

²⁶ Тако и Старовић, Б. - *op.cit.*, стр. 229.

²⁷ Нпр. извршење решења донесеног у поступку због сметања државине, извршење пресуде о враћању запосленог на рад.

поверилац треба да поднесе предлог за одлагање извршења само у том року. Посебним правилима о року до кога се може тражити одлагање извршења у оним стварима у којима извршење треба посебно хитно спровести због природе извршних ствари и правозаштитне потребе у питању, представља једно од законских ограничења диспозицији извршног повериоца да изазове привремено обустављање извршног поступка.

Пошто је донесено решење о извршењу, а спровођење извршења још није започело, извршни поверилац има ексклузивно право да тражи одлагање извршења и у том случају није потребно изјашњавање извршног дужника јер се он не може противити одлагању извршења.

Међутим, ако је извршни поверилац затражио одлагање извршења пошто је спровођење извршење започело, а оно је започело предузимањем прве извршне радње, извршни дужник има право да се изјасни о одлагању извршења и може се противити одлагању извршења јер је могућно да има правни интерес да се извршни поступак спроведе.

Уколико се извршни дужник противи одлагању извршења²⁸, суд је овлашћен да одбије предлог повериоца за одлагање. Кад се извршни дужник не противи или се о предлогу за одлагање не изјасни, суд може да донесе решење и да одложи извршење.

18. О предлогу за одлагање извршења суд одлучује решењем. Иако је предлог за одлагање извршења диспозитивна радња извршног повериоца, она аутоматски не производи дејство - не доводи до одлагања извршења. Извршни суд може да усвоји или да одбије предлог извршног повериоца.

Уколико суд усвоји предлог извршног повериоца, он одлаже извршење за време које је извршни поверилац одредио. Ако је извршни поверилац тражио одлагање у случају у коме је законом предвиђено да се извршење има тражити у одређеном року (нпр. сметање државине), извршење се не може одложити за време дуже од тог рока.

²⁸ Проф. Старовић сматра да се извршни дужник може противити одлагању извршења и само делимично, уколико се противи само дужини трајања одлагања. У том случају суд би, пошто се изјасни извршни поверилац, суд може да одлучи да одложи извршење. Детаљно: Старовић, Б. - *op.cit.*, стр. 229.

Решење донесено поводом предлога за одлагање извршења извршни суд доставља странкама по правилима о едикталном достављању. Достављање се врши преко огласне табле суда с обзиром да решење о одлагању извршења нема карактер решења о извршењу.

19. Против одлуке суда донесене поводом предлога за одлагање извршења странке имају право да изјаве приговор. Рок за изјављивање приговора почиње да тече од дана кад је решење о одлагању истакнуто на огласној табли суда.

Извршни поверилац који сматра да је извршни суд незаконито одбио његов предлог или да није усвојио његов предлог о времену за које је одлагање одређено, има право да изјави приговор. Извршни дужник може да изјави приговор уколико сматра да нису били испуњени услови за одлагање извршења и ако се противио одлагању извршења.

20. Одлагање извршења почиње од дана када буде донето решење којим је усвојен предлог извршног повериоца одн. кад је, у поступку по приговору извршног повериоца, усвојен приговор и одлучено о одлагању извршења.

Одложено извршење суд наставља по службеној дужности кад истекне време на које је било одложено.

Одложено извршење се може наставити и пре истека времена на које је одређено уколико то предложи извршни поверилац.

21. Кад јавни одн. државни тужилац нађе да има места да изјави ванредно правно средство против одлуке која представља извршну исправу или против решења о извршењу, овлашћен је, посебним прописима, да тражи одлагање извршења уколико сматра да би извршењем одлуке коју побија или намерава да побија наступиле неуклоњиве штетне последице.

22. Савезним прописима о државном тужилаштву предвиђено је да Савезни државни тужилац може да подигне захтев да се одложи извршење кад сматра да постоји разлог за изјављивање ванредних правних средстава против правноснажне одлуке која представља извршну исправу или против самог решења о извршењу. Савезни државни

тузилац има ово процесно овлашћење због повреде савезног закона или међународног уговора уколико би извршењем те одлуке могле наступити неотклоњиве штетне последице.

Савезни прописи којима се регулишу овлашћења војног тужилаштва предвиђају да исто овлашћење у погледу привременог обустављања извршног поступка има и војни тужилац.

23. Републичким прописи о тужилаштву на идентичан начин регулишу овлашћења јавног одн. државног тужиоца у погледу одлагања извршења и привременог обустављања извршног поступка у оквиру његове надлежности и овлашћења за изјављивање ванредних правних средстава.

24. Законом о извршном поступку (2000. г.) изричито је предвиђено да се одредбе других закона које се односе на захтев за привременим обустављањем извршног поступка, неће примењивати у извршном поступку. На тај начин одредбама овог савезног процесног закона, којим се регулише материја извршења, била су укинута посебна процесна овлашћења јавном одн. државном тужиоцу предвиђена посебним савезним и републичким (материјалноправним) законима из домена правосудног организационог права по којима је овај државни орган био овлашћен да тражи одлагање извршења уколико има намеру да изјави ванредно правно средство против правноснажне одлуке на основу које је дозвољено извршење одн. против правноснажног решења о извршењу. Одредбама овог савезног закона који регулише извршну судску процедуру било је укинута овлашћење јавног одн. државног тужиоца да као учесник захтева одлагање извршења код надлежног извршног суда.

25. Нови републички прописи РС о јавном тужилаштву (који су ступили на снагу 1. јануара 2002. г.) предвиђају могућност да јавни тужилац као учесник у извршном поступку захтева одлагање и прекид извршења.

Одредбе чл. 17. и 18. Закона о јавном тужилаштву РС којима је дато овлашћење јавном тужиоцу да тражи привремено обустављање извршног поступка док се не одлучи поводом ванредног правног средства на чије је изјављивање овлашћен изазивају сумњу у њихову уставност.

26. Према Уставу СРЈ, функционално процесно право спада у законодавну компетенцију савезног законодавца који је овлашћен да уређује све поступке за пружање правне заштите. Легислативна компетенција у погледу организационог процесног права којим се уређује правосудни систем подељена је, према важећем Уставу, на одговарајући начин између Федерације и држава-чланица.

Овлашћење јавног тужиоца да захтева привремено обустављање извршног поступка представља његово процесно овлашћење које несумњиво спада у домен функционалног процесног права, без обзира што је републички законодавац одредбе о овим процесним овлашћењима јавног тужиоца сместио у оквиру оног дела законског текста којим је регулисао надлежност овог државног органа.

27. У поступку за одлагање извршења који јавни одн. државни тужилац покреће код надлежног извршног суда као учесник са посебним овлашћењима, јавни одн. државни тужилац има процесни положај учесника јер је субјект у поступку који се разликује од извршног повериоца и извршног дужника а који у поступку остварује одређени јавни интерес.

Предлог који садржи захтев за привременим одлагањем извршног поступка или извршења подноси се извршном суду који је надлежан да дозволи извршење, који је дозволио извршење или који спроводи извршење.

Ако захтев јавног тужиоца за одлагање извршења буде усвојен, суд доноси решење о одлагању извршења којим одређује да одлагање извршења траје до доношења одлуке о ванредном правном средству.

Уколико јавни тужилац у току од тридесет дана од пријема одлуке о одлагању извршења не изјави ванредно правно средство, одлука о привременом обустављању извршења аутоматски престаје да важи.

Поред тога што покреће поступак за одлагање извршења који се интерполира у пендентни извршни поступак у коме се одлучује о његовом захтеву за одлагање извршења, јавни одн. државни тужилац има право да користи и сва правна средства која су предвиђена правилима судске извршне процедуре за контролу законитости против одлука којима извршни суд одлучује о његовом захтеву за одлагање извршења.

Prof. Dr. Gordana Stankovic, LL.D
Full Professor

PROVISIONAL SUSPENSION OF EXECUTORY PROCEEDINGS

Summary

In this paper the author analyses the forms of provisional suspension of executory proceedings. The legislator has regulated these institutes by employing various legal acts and different legislative techniques. Therefore, in judicature it is necessary to allow for creative interpretation of these rules of procedure, particularly in cases when the rules of litigation procedure should be appropriately applied due to a legal gap in procedural law. The author has analyzed the dismissal, discontinuation and deferral of executory proceedings, drawing on the flaws in their legal regulation and the issues resulting from certain technical legal solutions, or legal and political objectives which the legislator intended to put into effect in the field of executory judicial procedure.

Key words: *executory proceedings, dismissal, discontinuation, deferral, provisional suspension of executory proceedings, executory judicial procedure.*

Проф. др Радмила Ковачевић-Куштримовић

**СУСЕДСКО ПРАВО У БУДУЋОЈ
КОДИФИКАЦИЈИ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА**

UDK 347.241

Апстракт

Коришћење суседних непокретности није могуће без минимума толеранције међу њиховим власницима. Физичка (природна) повезаност непокретности и заједнички живот захтевају ограничење права својине власника суседних непокретности. Суседски односи се могу регулисати или законом – суседско право у ужем смислу – или правним послом – правом стварне службености. Суседско право је законско овлашћење власника једне непокретности да се користи суседном непокретношћу или да захтева од његовог власника неко чињење или уздржавање од нечега на шта је по закону овлашћен. Суседским правом уређује се минимум толеранције међу суседима без кога би вршење права својине на непокретностима било немогуће или веома отежано. Наше важеће право, осим забране претераних имисија, садржи изузетно мали брј суседскоправних одредаба. За разлику од суседског права,

уређене су, на савезном нивоу, стварне службености као овлашћења власника једне непокретности (повласно добро) да на одређени начин користи туђу непокретност (послужно добро) или да власнику послужног добра забрани да се њоме користи у одређеном правцу. Међутим, у оквиру права стварне службености, закодовац је предвидео и службености које се заснивају одлуком државног органа у случају када власник повласног добра у целини или делимично не може то добро користити без одговарајућег коришћења послужног добра, нпр. нужни пролаз. У наведеним околностима, коришћење послужног добра не представља право службености, већ суседско право. Правом стварне службености се остварује "конфор", "угодно-ст", за послужно добро, а суседско-правна ограничења, односно овлашћења су нужност.

Кључне речи: суседско право, стварна службеност, право својине, непокретност, ограничења.

*Радмила Ковачевић-Куштримовић*¹

СУСЕДСКО ПРАВО У БУДУЋОЈ КОДИФИКАЦИЈИ² ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

I

Најава ове теме, површном посматрачу стварноправних института, пружа изглед узалудног отварања појмова који су одавно одређени, дотерани и усавршени. Изузетно крупне промене у реалности појединих народа, а још више читаве цивилизације као да не пружају шансе за друкчија размишљања, за преобликовање и инсталирање нових. Зато је добро што је тема овог скупа Стварно право, у светлости свих промена које се догађају у нашем друштву, али и у земљама које су данас наши суседи.

Потребно је истаћи и то да су залеђености стварноправних појмова и института допринели, у доброј мери, агресивност и модернизам јавног права. Данас приватно право живи под прилично непробојним плаштом јавног права, односно доминацијом државе благостања. Над крахом социјалистичких држава и њиховом публицизацијом се треба озбиљно замислити. Сципион Африканац је гледајући Картагину како

¹ Редовни професор на Правном факултету у Нишу.

² Рад је припремљен за научни скуп посвећен реформи Стварног права, који је одржан у Будимпешти, 1-2. новембра 2002. године

гори плакао, не због Картагине, како је рекао, већ због Рима који ће доживети исту судбину.

Скоро читав век Стварно право, и Грађанско, уопште, остајући верни својој римској, односно, пандектној традицији, чувају свој систем појмова (института), импрегнирани мислима правих великана водећих правних наука, француске, немачке, италијанске, аустријске итд. Њихова дела, као магнет, привлаче све садашње правне мислиоце. Међутим, крупне промене у кретању цивилизације, неминовно траже и нова значења и нова правила. Садашњу науку грађанског права мора да краси модернизам и прогрес. То је једини избор, јер она проучава друштвене односе које човек и његова удружења или организације заснивају, мењају и гасе свакодневно.

II

Суседско право чине правне норме којима се регулишу односи међу власницима суседних непокретности. Природа односа који чије објект регулисања даје овим правним правилима извесне заједничке карактеристике, довољне да творе једну целину која има заједнички назив суседско право.

Међутим, неке заједничке особине суседских односа не значи да су они истоветни, као ни правила којима се они регулишу. Поред различитости које условљава природа појединих суседских односа, ту су и особености које произлазе из правног режима, нпр. да се неки односи могу уредити законом, а неки, можда чак и исти, уговором. Зато се и унутар скупа суседскоправних односа праве одређене поделе и то по различитим критеријумима. Пажња нашег рада усмерена је управо на разматрање различитих врста правила којима се регулишу суседски односи.

Али пре тога, потребно је одговорити на питање интересовања за ову област.

Један од најважнијих разлога, свакако је везан за стање ствари у нашем праву. Познато је да у Југославији не постоји, већ више од пола века, јединствен грађански законик. Постојећим, посебним законима, ова

материја је само делимично регулисана, а предратна правна правила која се примењују су сасвим недовољна. Поред тога, нама престоји кодификација ових односа у будућем закону, било да то буде грађански законик, или неки други одговарајући законик који ће на потпун начин регулисати суседске односе. Постоје и одређена решења у Нацрту Закона о праву својине и другим стварним правима из 1989. године, али и од раније, који су често предмет пажње наше правне науке.

Други важан разлог је и то, што регулисање овог питања у нашем праву сматрамо значајним. Иако интересовање правне теорије обично привлаче питања облика права својине, његова садржина, стицање и заштита, ни суседско право није занемаривано. Наиме, суседско право је део правног режима својине а као такво у жижи и законодавства и правне науке. Ако се има у виду да је суседско право део правног режима непокретности, за чије је уређење свака држава посебно заинтересована, јасан је и интерес правне науке.

Значај непокретности, упркос свим друштвеним променама, одувек је био велики. За право својине на непокретним стварима, земљишту и зградама, није битно само како се стичу и губе, већ, и нарочито, могућност њиховог несметаног вршења било од стране власника или било којег корисника (закупца, плодоуживаоца, и сл.). Немогућност или сметање у вршењу права својине на непокретности изазвани радњама или нечињењем од стране суседа водило би у прави хаос. Отуда чувена изрека: "Qui terre a, guerre a".³ Будући да се све земљишне непокретности граниче, тешко је и замислити број и жестину сукоба између њихових власника, ако њихови односи не би били унапред регулисани.

Најзад, опредељење за ову област проистекло је и из чињенице да се у упоредном праву срећу различита решења. То значи да не постоји јединствен модел за регулисање суседских односа, иако су они вишемање исти у свим друштвима, њихову природу може променити једино својински систем различит од система приватне својине. Тиме је отежана њихова будућа кодификација, јер приклањање једној врсти решења мора бити праћено озбиљном аргументацијом, довољном да издржи удар критике која ће долазити од присталица друкчијих решења.

³ I. Carbonnier, Droit, civil, tom. II. Les biens et les obligations, Paris, 1964. стр.151, као и она: Vicinum habere malum, magnam est malum. Велико је зло, имати злог суседа.

III

Један од веома старих начина да се регулишу суседски односи јесте помоћу овлашћења и обавеза власника суседних непокретности које они сами уговарају. Такву могућност право је допуштало у форми правног института који се назива право стварне службености (*servitutes praediorum*)⁴. На основу овог права, титулар службености (власник повласног добра) овлашћен је да туђу непокретност (послужно добро) користи у одређеној мери, или на одређени начин или да од њеног власника захтева да се уздржи од неке радње на коју је иначе овлашћен. Циљ ради кога настаје право службености јесте боље, погодније, олакшано коришћење повласног добра. Због тога, што се овим правом остварује корист за повласно добро, а не нека лична погодност за његовог власника, њиме се успоставља трајна веза, оно припада свагдашњем власнику и оптерећује свагдашњег власника послужног добра.

За стварне службености се зна да су настале веома рано, срећу се и у римском праву и биле су честе. Прве службености су настајале ради бољег коришћења земљишта (по њему су и добиле назив "*praediorum*"). Биле су то, службеност пролаза (пута), провођења воде, вађења песка, напасања стоке итд. Са појавом градова јавиле су се службености, право своју зграду на туђу наслонити, забранити суседу да своју зграду вишом не чини, кишницу спровести на суседово земљиште (право капнице) итд. – градске службености. Сигурно је број стварних службености био велики, јер је приватна својина била гарантована и заштићена, а није познато у којој су мери суседски односи, осим обичајним правом, били регулисани неким законским прописима. Истина, неки суседски односи су сматрани светим и неповредивим, нпр. међе.

Иако су стварне службености имале свој основ настанка у уговору (тестаменту), дакле, настајале вољом власника суседних непокретности, оне нису избегле одијум који прати свако ограничење права својине. Зато се у праву стварне службености препознаје ограничење права својине, па се то и наглашава у грађанским законцима.⁵ У рим-

⁴ У појам службености (*servitutes*) улазе и личне службености (*servitutes personarum*). Међутим, оне се веома разликују од права стварне службености и то у једној битној особини, а то је функција коју остварују. Тако их Француски грађански законик регулише у посебном одељку. Види, *Code civil*, Liv. II, ТIT. III.

⁵ Види, чл. 637. *Code civil*, § 331. Српског грађанског законика, § 472. Аустријског грађанског законика.

ском праву су стварне службености могле да се заснују само под одређеним условима; није било допуштено уговарање било какве користи за повласно добро које би имало за последицу било какво ограничење права својине постужног добра које би, уз то, било још и трајно. За заснивање права службености захтевало се да послужно добро може бити само оно које може трајно служити повласном добру (*perpetua causa*), да се повласно и послужно добро налазе у суседству (*praedia vicina*), као и да службеност мора бити вршена тако да што мање отежава коришћење послужног добра (начело поштеде послужног добра). Многи од ових услова су размекшани у савременом праву, осим услова на страни власника послужног добра. Наиме, не може се уговорити право стварне службености којом би била предвиђена позитивна обавеза власника послужног добра. Његова основна обавеза састоји се у нечињењу, односно, у трпљењу да титулар службености користи послужно добро на уговорени начин. Овом особином, као и трајношћу, као карактеристиком, стварне службености су могле остати у групи стварних права и добити заштиту предвиђену само за ова права, а то је дејство *erga omnes*.

Да констатујемо, да су стварне службености понеле патину ограничења својине власника послужног добра и да она није могла бити скинута аргументом да је реч о добровољним односима, о пристајању на ограничење. Исто тако, тешко је прихватано објашњење да коришћење непокретности, нарочито земљишта, нужно претпоставља да власник послужног добра може, и сам, бити титулар службености у некој другој ситуацији, на другом месту, те да службености, уопште узев, нису ограничења.

Уговорни карактер права службености, овлашћење титулара службености и пасивна обавеза (терет, ограничење) власника послужног добра, као и трајност једном засноване службености су карактеристике које се могу сматрати битним. Оне су биле полазне тачке приликом њиховог регулисања у грађанским законима.

Међутим, већ је први модерни грађански законик, Француски грађански законик (*Code civil*) из 1804. одступио од ове концепције. По њему, постоје службености које настају по природи саме непокретности, службености које се установљавају законом и уговорне службености. Правом службености регулишу се и они суседски односи који спадају у непосредну законску регулативу – законско ограничење својине,

односно овлашћења власника суседних непокретности – ради нормалног, уобичајеног вршења права својине. Разлог ширењу појма службености лежи у намери законодавца да сачува приватну својину чији је дух индивидуалног, апсолутног и светог права, остварила буржоаска револуција. Ако је требало ограничавати приватну својину, онда се то може остварити само путем службености које су традиционалне и погодне за остваривање добросуседских односа.⁶ Пошто је било тешко очекивати да се сви суседски односи могу регулисати договором између власника суседних непокретности, онда је законодавац предвидео заснивање службености на основу природног положаја непокретности (обавеза трпљења природног тока воде, нпр.) као и законом (забрана сађења на одређеном растојању од међе, нпр.).⁷

Аустријски грађански законик регулише право стварне службености у складу са римским појмом, допуштајући да, поред уговора, може настати и на основу судске одлуке; остали односи власника суседних непокретности регулисани су малим бројем одредаба у оквиру наслова "Ограничења права својине", али се срећу и на другим местима, као нпр. у глави о сусвојини, односно заједничкој својини.⁸

Немачки грађански законик предвиђа законска ограничења својине власника суседних непокретности, као општи правни режим непокретности, на једној, и право стварне службености, на другој страни. Стварне службености не могу настати на основу закона, а број одредаба о суседскоправним ограничењима у ужем смислу је велики и систематизован у делу о појму и садржи право својине. Швајцарски грађански законик садржи веома слична решења. Грађански законици који су донети после њега, углавном су се определили за ово решење.

⁶ Ни појам службености се није уклапао у дух буржоаске револуције. Будући терет, службености су јако асоцирале на разне обавезе зависних сељака из предреволуционарног периода. Можда је и то био разлог, да се чисто уговорни статус стварне службености жртвује законским службеностима које ограничавају слободу уговарања терета. Међутим, то није постигнуто у потпуности, јер су законске службености регулисане диспозитивним нормама које допуштају другачије понашање.

⁷ Лош су Aubry и Rau истицали да су службености укинуле режим суседског права, као међусобног ограничења права својине. Такође, и Pothier.

⁸ Види, §§ 850-853.

IV

За разлику од Аустријског законика, као свог изворника, Српски грађански законик (1844) садржи веома мали број одредаба којима се регулишу узајамна ограничења власника суседних непокретности.⁹ Право стварне службености уређено је посебно. Стварне службености заснивају се уговором (тестаментом) одржајем, судском пресудом, али и на основу закона. Тако су биле предвиђене и законске службености.¹⁰ Таква службеност је нпр. право нужног пролаза, али би то могло бити и свака дуга службеност уз једини услов да власник једне непокретности то своје добро не може у потпуности или делимично употребити.¹¹ Сматра се, да су законске службености у наше право ушле под утицајем француског права.

Општи имовински законик регулише суседске односе помеђашком угодбом и помеђашким послужјем. Помеђашка угодба обухвата међусобна овлашћења и обавезе власника суседних непокретности који се односе на утврђивање међа, дрво на међи, на нужни пролаз, природни ток воде итд.¹² Суседска права из ових односа настају на основу закона.

Помеђашко послужје је назив за право стварне службености. Оне могу настати уговором, деобом и судском пресудом.

После укидања предратног права, по свршетку Другог светског рата у Југославији, није донет грађански законик којим би била уређено суседско право у ужем смислу речи, а стварне службености су непотпуно регулисане у Закону о основама својинско правних односа који је донет на савезном нивоу.¹³ Закон о основама својинско-правних односа није могао регулисати суседско јер, према опредељењу законодавца, не представља основе својинских односа па је препуштено републичкој регулативи.

⁹ Види, §§ 240, 282, 283. За регулисање ових односа користе се, и данас, обичајна правила.

¹⁰ Види, § 341.

¹¹ Ibidem.

¹² Чл. 110-143.

¹³ Службени лист СФРЈ бр. 6/1980 са изменама и допунама бр. 36/90 и 29/96.

Савезним законом је једино предвиђена обавеза власника непокретности да се при коришћењу непокретности уздржава од радњи и да отклања узроке који потичу од његове непокретности, којима се отежава коришћење других непокретности (преношење дима, непријатних мириса, потплате чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода и сл.) преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатнија штета. Посебно је забрањено вршење наведених сметњи посебним уређајима.¹⁴ Забрана претераних имисија представља у Закону о основама својинско правних односа једно од основних начела у вршењу права својине.

Право стварне службености (за разлику од личних службености које се не регулишу) уређено је у глави III (чл. 49-59). Десет одредаба о стварним службеностима је недовољно, али је детаљна регулатива препуштена републичком законодавцу. Интересантно је, међутим, да је као начин заснивања стварне службености, поред правног посла и одржаја, предвиђена и одлука државног органа. Предвиђајући судску одлуку, односно одлуку државног органа, као основ за стицање права стварне службености, законодавац одређује услове под којима је то могуће: "...када власник повласног добра у целини или делимично не може користити то добро без одговарајуће коришћења посмртног добра, као и у другим случајевима одређеним законом".¹⁵ На тај начин је судска одлука или одлука државног органа за стицање права службености само у случају деобе заједничког земљишта,¹⁶ постала основ за стицање права службености у случајевима који се у модерном праву третирају као суседска права у ужем смислу или законско ограничења право својине. Уместо законских стварних службености из Српског грађанског законика (по изричитој изреци), добили смо, заобилазним путем, законске службености. Наиме, употреба суседног земљишта у овим случајевима, у модерним законцима, представља суседско право или законско ограничење права својине, а не право стварне службености. Друго је питање што односи међу власницима суседних непокретности могу бити и договорно (уговором) уређени.

¹⁴ Види, чл. 5. ЗОСПО.

¹⁵ Чл. 53. ст.1 ЗОСПО.

¹⁶ Судска одлука о заснивању права службености приликом деобе, била је само правни основ за упис службености у земљишне књиге. Види Л. Марковић, Грађанско право, Општи део и Стварно право, 1927, стр. 449.

Одредбом ЗОСПО-а, да се стварна службеност може засновати и одлуком државног органа, односно судском пресудом (мимо деобе непокретности) у случајевима када је коришћење суседне непокретности неопходно, наш законодавац је одступио од већ познатих решења у модерним законима. Правило из ст. 1. чл. 53 овог закона омогућило је, међутим, да се, заобилазним путем, попуни правна празнина која постоји у нашем праву због дерегулације суседскоправних односа. Али то није био добар узор за републичког законодавца, ако би се држао правила из савезног закона.

V

Правна наука је, полазећи од правне традиције, схватања и решења судске праксе као и правних правила у упоредном законодавству, углавном сагласна око следећег. Односи који настају између власника суседних непокретности морају бити регулисани јер се спречавају сукоби до којих би долазило из разлога физичке – природне повезаности непокретности. Сви суседскоправни односи настају или из неопходности у коришћењу суседне непокретности, њиховог разграничења, толеранције у погледу утицаја (имисија) који долазе са суседовог земљишта, или ради бољег коришћења суседне непокретности. Они се могу регулисати или добровољно, вољом власника суседних непокретности или законским правилима, зато што договор међу суседним власницима може изостати, или је то у општем интересу. Разлике у природи суседскоправних односа, као и циљ који се жели постићи њиховим регулисањем, повлаче разлике у правном режиму. Једна група правила ствара један правни режим, кохерентан у одређеној мери, а друга, такође. Тако се постиже већи склад, иако не потпун, међу правилима једне групе, него што је то случај, међу свим суседским правилима.

Прву групу правила за регулисање суседских односа чинила би она која омогућавају разграничење непокретности, међе, заједничка ограда, дрво на међи, забрана претераних имисија забрана поткопавања, заштита природног тока воде итд. Њих карактерише узајамност овлашћења и обавеза, а циљ због којих се установљавају јесте стварање добросуседских односа. Правним правилима ове групе остварује се минимум толеранције међу власницима суседних непокретности, без

које би заједнички живот био немогућ. Зато она чине део уобичајеног правног режима својине на непокретностима, односно део су садржине појма права својине. Њих садрже у већем или мањем броју сви модерни грађански законици.

Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима ова правила садржи у посебној глави: "Суседско право". У чл. 144. најпре се дефинише суседско право као законско овлашћење једне непокретности да се користи суседном непокретношћу или да захтева од њеног свакодобног сопственика неко чињење, или уздржавање од нечега на шта би овај као сопственик по закону био овлашћен.¹⁷ Затим се регулишу поједина суседска права (чл. 145-153). Нека од ових права, власницима суседних непокретности забрањују предузимање одређених радњи, нпр. забрана поткопавања суседног земљишта, забрана мењања природног тока воде, а нека захтевају и предузимање одређених радњи, нпр. захтев за предузимање потребних мера од стране власника суседне непокретности у случају опасности од рушења зграде и сл. Иако све наведена суседска права не показују "исту слику", њих обједињује исти циљ, а то је, као што је речено, стварање толерантних односа међу суседним власницима. С друге стране посматрано, суседска права ове групе представљају најмањи степен ограничења, јер су сви власници и овлашћени и ограничени, скоро у свакој конкретној ситуацији.

Другу групу суседских права чине овлашћења власника да суседну непокретност употребљава на одређени начин, јер би без њеног коришћења вршења право својине било или немогуће или веома отежано. Тако нпр. власник земљишта је обавезан да уз накнаду дозволи на свом земљишту постављање водовода (канализационих цеви, гасовода, електричних и телефонских каблова), ако је постављање ових водова на другом месту скопчано са несразмерним трошковима.¹⁸ У ту групу суседског права спадало би право снабдевања водом са суседовог бунара, када није могуће снабдевање воде на други начин, односно било би могуће уз несразмерне трошкове. Не видимо разлога да исту правну судбину не дели и право нужног пролаза.¹⁹ Међутим, у Закону

¹⁷ Сличну одредбу садржи и Закон о власништву и другим стварним правилима Народне Републике Хрватске.

¹⁸ Тако, чл. 155. Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима, види и чл. 108 Хрватског Закона о праву својине и другим стварним правима. Исто суседско право предвиђено је и Грчим грађанским закоником, као и Швајцарским.

¹⁹ Тако, Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1991, стр. 127.

о праву својине и другим стварним правима Републике Хрватске,²⁰ као и у српском Нацрту Закона о праву својине и другим стварним правима,²¹ право нужног пролаза се регулише као стварна службеност која настаје на основу судске одлуке. Приликом регулисања права нужног пролаза преовладала је концепција да се не ради о узајамним правима и обавезама, већ је само титулар права нужног пролаза овлашћен да пролази преко суседовог земљишта, а власник послужног добра да трпи вршење те радње, као што је случај код права стварне службености. Међутим, исти распоред права и обавеза постоји и код права власника једне непокретности да на суседовом земљишту постави водове (канализационе, гасовод, електричне и телефонске каблове и сл.), ако је постављање ових водова на другом месту скопчано са несразмерним трошковима, или овлашћења снабдевања водом са туђе непокретности под истим условима, а она се третирају као суседска права.

У регулисању права нужног пролаза треба поћи од циља због кога се ово право, као и наведена права гарантују, а то је употреба суседне непокретности када је то нужно, а она се не може уговорити у форми права службености. Ако се пође од тог становишта онда је и право нужног пролаза, за разлику од права службености пролаза, суседско право, односно законско ограничење својине.²²

Ова група суседских права, ма колико слична праву стварне службености, ограничава право својине на непокретностима, у циљу нормалне употребе суседних непокретности. Суд, у сваком конкретном случају, процењује постојање услова за успостављање обавеза (ограничења) на једној, односно овлашћења на другој страни. Зато ова права (и обавезе) чине садржину права својине, део су њеног општег правног режима, јер без суседских права прве, али и друге групе, коришћење суседних непокретности не би било могуће или би било веома отежано, или скопчано са несразмерним трошковима. Као битни услов за остваривање права својине, суседско право је требало, исто као и право стварне службености, регулисати Законом о основама својинско-правних односа.

²⁰ Види, чл. 191.

²¹ Чл. 169. До истог решења је дошло због тога што и Закон Републике Хрватске, као и наш Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима, имају за основу Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима из 1981. год.

²² Тако, § 917, Немачког грађанског законика, чл. 964. Швајцарског грађанског законика.

Што се тиче права стварне службености, оно такође има велики значај у нашем праву. Најпре зато што су земљишни поседе уситњени па се стварним службеностима омогућава њихово коришћење. Затим, стварне службености омогућавају власницима суседних непокретности да уговарају коришћење послужног добра у складу са њиховим интересима и на тај начин остварују и највећу корист за повласно добро уз најмањз штету за послужно добро. Стварним службеностима се могу задовољавати и оне потребе повласног добра које, не само да имају за циљ боље коришћење повласног добра, већ и чисто естетске потребе – нпр. службеност која овлашћује титулара да од власника суседног земљишта захтева да не сече столетно дрвеће како би његова кућа имала леп "положај", или да сусед кућу не кречи бојом која би одударала од боје његове куће и сл. Зато је потребно у будућој кодификацији стварне службености регулисати само као уговорно право. Стварне службености могу бити засноване на уговору и тестаменту, одржајем и на основу судске одлуке или одлуке другог државног органа о деоби земљишта. Нужно коришћење суседне непокретности може бити предмет уговарања, дакле права стварне службености, али ако то није могуће, онда се оно може захтевати, судском одлуком, по основу суседског права, а не права стварне службености.

Према томе, у новој кодификацији грађанског грађанског права не треба предвидети да право стварне службености настаје на основу судске одлуке када власник повласног добра у целини или делимично не може то добро користити без одговарајућег коришћења послужног добра, јер је то суседско право и настаје на основу закона.

Међутим, треба задржати могућост заснивања стварне службености на одређено време или за одређено доба године.²³ Стварна службеност за изузетне прилике нарушава један од основних принципа (још из римског права) да је за постојање стварне службености потребно да послужно добро трајно служи повласном добру (*perpetua causa*). Али, тај принцип је размекшан у модерном праву, тако да се нпр. може установити службеност превоза посечених шумских стабала. Заснивање права стварне службености за изузетне потребе, или привремене, односно сезонске службености у складу је с циљем ради којих се стварне службености допуштају.

²³ Чл. 49. ст. 2. ЗОСПО.

Prof. Dr. Radmila Kovačević-Kuštrimović, LL.D
Full Professor

THE PROSPECTIVE CIVIL LAW CODIFICATION OF NEIGHBOURING PROPERTY RIGHT

Summary

The right to use the neighbouring real estate cannot be put into effect unless there is a minimum tolerance between the proprietors. The mere fact that real estates are physically (naturally) adjacent, which implies the owners' further cohabitation, calls for limiting the owners' property rights on the adjacent real estates. The regulation of neighbours' relations can be effected either through legal provisions (neighbouring property right in a narrow sense) or a legal contract (the right of real easement).

The neighbouring property right empowers the real estate owner to use the neighbouring real estate, or to claim from the other estate owner to procure or to restrain from some action he is legally entitled to. The neighboring property right regulates the minimum tolerance between neighbours without which the property right will be impossible or very difficult to effect. Apart from the prohibition of excessive emissions, our legislature contains a small number of provisions on neighbouring property rights. In contrast to the neighbouring property right, real easement (servitude) is regulated on the federal level; real easement empowers the proprietor of one real estate (dominant tenement) to use another person's real estate in a specified way (servient tenement), or to ban the owner of the servient tenement to use it for the specified purpose. However, within the real easement right, the legislator has also anticipated easements which repose in the decision of the official state authority in case the owner of the dominant tenement, partly or on the whole, cannot use that property without appropriately employing the servient tenement (such as, for example, exigency pass). In the specified

circumstances, the use of servient tenement is not the right of easement but a neighbouring property right. The right of real easement helps procure "comfort" and "convenience" for the servient tenement, whereas the restrictions (authorizations) of the neighbouring property right are a necessity.

Key words: neighbours' property right, real easement (servitude), property right, real estate, restrictions.

Проф. др Војислав Ђурђић

**НАЧЕЛО ЗАШТИТЕ ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ У
КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ**

UDK 343.131:342.721

Апстракт

Увођење начела заштите личне слободе, утемељено на гаранцијама које личној слободи човека пружају међународни документи и уставне прокламације, први је и значајан законодавчев захват у доградњи система основних начела кривичног поступка, давно установљених и више деценија недодирљивих. Законски израз овог начела своди се на обавезу државних органа да ухапшено лице обавесте о његовим правима која му у тренутку хапшења по закону припадају и њихову обавезу да га одмах спроведу истражном судији. Будући да се јавља као посве ново, настала је потреба да се начело теоријски уобличи и дефинише, са свим опасностима које са собом носи прва, почетна дефиниција. Дефиниција је израђена на схватању да суштину начела чине: право ухапшеног

да буде обавештен о својим правима која по закону има у тренутку лишења слободе, конституисано у циљу обезбеђења правовремене личне и стручне одбране, и право на *habeas corpus*. Начело заштите личне слободе распростире се на преткривични поступак и важи за сва лишења слободе без одлуке суда, а особито за хапшење које као фактичку радњу предузимају органи унутрашњих послова. Право на *habeas corpus*, конкретизовано у одредбама о процедури лишења слободе којима се одређују рокови и намећу дужности органима унутрашњих послова и истражном судији, треба да омогући судску контролу законитости лишења слободе у што краћем року и тиме осигура да ограничење личне слободе до одлуке суда траје разумно време.

Кључне речи: основна начела кривичног поступка, лична слобода, лишење слободе, преткривични поступак, органи унутрашњих послова, полицијско задржавање, право на *habeas corpus*, истражни судија.

*Проф. др Војислав Ђурђић*¹

НАЧЕЛО ЗАШТИТЕ ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Увод

За безмало пола века свог постојања, југословенски кривичнопроцесни закон, од свог доношења 1953. године, доживео је преко десет ревизија, али се ниједном од њих није дирало у основна начела кривичног поступка. Једном установљена, основна начела кривичне процедуре опстајала су у свом тоталитету, по броју и са првобитним законским формулацијама, као да се протеклих пет деценија у друштвеној и правној стварности ништа није мењало. Наспрам законодавчеве ригидности и претераног традиционализма у поимању основних начела који је претио да прерасте у догматизам, процесна начела су, зато што им је променљивост иманентна и латентна одлика, претрпела фактичку уместо законодавне трансформације, под утицајем разноликих друштвених, политичких, економских, културних, правних и многих других чинилаца. У научним интерпретацијама и правосудној пракси мењао им се опсег примене и циљеви којима треба да служе, а добијала су и нова значења. Тако су се основна начела кривичне процедуре и без законодавчеве воље прилагођавала друштвеним условима датог времена, па и ововременим.

¹ Редовни професор на Правном факултету у Нишу.

Тек приликом последње новелације, пројектујући нови Законик о кривичном поступку, законодавац се по први пут усудио да претресе и одредбе о основним начелима кривичног поступка. Овакав законодавчев захват скоро да је био изнуђен због хитне и неопходне потребе да се процесно законодавство усагласи са Уставом и међународним документима, којима се са посве друкчијом садржином и значењем дефинишу нека основна начела кривичног поступка. Такав радикалан легислативни заокрет није био могућ без промене политичких услова и правне свести, јер научни и стручни аргументи, истицани у последњим деценијама, нису били довољни да превладају политичку вољу досадашњих законодаваца. Међутим, не би се могло рећи да је ова прва и једина новелација основних начела обимна, али је итекако значајна и радикална, већ самим тим што су тек након пола века поједина основна начела редеофинисана и осавременењена, а уведено је и једно ново начело, али и зато што преуређени систем основних начела учвршћује демократичност кривичног поступка и осигурава већу заштиту слобода и права човека у кривичном поступку.

Такав значај има и ново основно начело, установљено одредбама чл. 5. Законика о кривичном поступку од 2002. године², које теорија разматра под називом *начело заштите личне слободе*. Подизање заштите личне слободе на ранг основног кривичнопроцесног начела показује колики значај југословенски законодавац данас придаје личној слободи човека у кривичном поступку.

Материјализоване промене у ставу законодавца о значају личне слободе и полавековна недодирљивост основних начела, управо су основни мотив да начело заштите личне слободе, као једино новоустановљено, буде предмет анализе у једном оваквом раду. Отуда и потреба да се појам новог начела теоријски уобличи, да се протумачи његова садржина и домашјај покламованих гаранција. У том контексту, неопходна је и анализа свих законских одредби којима се врши његова конкретизација и разрада, како би се оценила инкорпорација овог начела у кривични поступак, јер управо те одредбе детерминишу реални значај и опсег овог новоустановљеног начела. Извориште и детерминанте правилне интерпретације значења начела заштите личне слободе јесу међународни документи о људским правима и уставне прокламације о личној слободи грађана. То су основе и маргине излагања о начелу

² Законик о кривичном поступку ступио је на снагу 29.03.2002. године ("Службени лист СРЈ", бр. 70 од 28. децембра 2001. године).

заштите личне слободе, с тим што ће посебна пажња бити посвећена новим или измењеним и допуњеним одредбама које се тичу ограничења личне слободе у преткривичном и кривичном поступку, али и оним неновелираним одредбама кривичнопроцесног законодавства које увођењем овог начела добијају друкчије значење.

1. ЗАШТИТА ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ДОКУМЕНТИМА И УСТАВУ СРЈ

Гаранције личне слободе међу првим су остварењима хуманих настојања људског друштва да се осигурају што већа права човека, познате још од *Habeas Corpus Acta*, донетог далеке 1679. године у Енглеској. Од тада су незаобилазни чинилац каталога људских права у конституцијама савремених држава и међународним документима о слободама и правима човека. Лична слобода човека постала је основно право човека у чијој бити је сигурност у односу на државну власт, особито у односу на полицијску и судску власт. То право на слободу личности схвата се као забрана властима да самовољно одузимају слободу, па се тако и дефинише у свим међународним документима, са незнатним разликама у формулацијама. Међународним пактом о грађанским и политичким правима³ свакоме је гарантовано "право на слободу и личну безбедност" и да "нико не може бити предмет самовољног хапшења или притварања" (чл. 9). Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода⁴ такође прокламује право на слободу и безбедност личности, а затим, да нико не може бити лишен слободе сем у случајевима које Конвенција експлицитно набраја, и то у сагласности са законом прописаним поступком (чл. 5. ст. 1).⁵

³ Међународни пакт о грађанским и политичким правима (у даљем тексту Међународни пакт) усвојен је и отворен за потписивање, ратификовање и приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200 А (XXI), од 16. новембра 1966. године, а Југославија га је ратификовала 1971. године (види: "Службени лист СФРЈ", Међународни уговори, бр. 7/1971).

⁴ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода усвојена је у оквиру Европског Савета и потписана 04. новембра 1950. године а ступила је на снагу 03. септембра 1953 (у даљем тексту: Европска конвенција).

⁵ Сличну заштиту предвиђају и други међународни документи. Види: члан. 9. Универзалне декларације о правима човека ОУН, члан. 7. ст. 3. Америчке конвенције о људским правима (усвојена је на Конвенцији Организације америчких држава у Сан Хозеу 22. новембра 1969. године - у даљем тексту: Америчка повеља) и члан 6. Афричке повеље о правима човека и народа (усвојена је 27. јуна 1981. године на 18. Скупштини шефова држава и влада земаља Организације афричког јединства у Најробију, Кенија, а ступила је на снагу 21. октобра 1986. године - у даљем тексту: Афричка повеља).

Многобројне и разнородне гаранције од самовољног лишења слободе у међународним документима и уставима земаља, установљене су у виду принципа, па је, следствено томе, остављено националним законодавствима да их разраде и конкретизују. Многе од тих гаранција везују се за сам чин хапшења јер ограничење личне слободе фактички почиње од тог момента, а тада је, посве логично, заштита и најпотребнија. Према Међународном пакту о грађанским и политичким правима, "Свако ко је ухапшен биће у тренутку хапшења обавештен о разлозима хапшења и у најкраћем року [одмах] ће му се саопштити било каква оптужба противу њега" (чл. 9. ст. 2) и има право на човечно поступање и поштовање људске личности (чл. 10). Такву заштиту предвиђа и Европска конвенција: "Свако ко је ухапшен биће обавештен, на језику који разуме, о разлозима његовог хапшења и о свим оптужбама против њега" (чл. 5. ст. 3). У суштини, реч је о истоветној заштити, с тим што Европска конвенција уноси прецизније одреднице појединих гаранција које пружа. Обавештења ухапшеном морају се дати "на језику који разуме", јер у противном, по логици ствари, не би имала никаквог смисла, а уједно предупређују евентуално изигравање гарантованог права (нпр. формалним давањем обавештења ухапшеном о правима која му припадају на њему неразумљивом језику). Осим тога, прецизирање да ухапшени мора бити упознат "о свим оптужбама против њега" има значење да се не би смела прећутати ниједна оптужба, чиме се стварају услови за одбрану у односу на свако дело које му се ставља на терет. И Америчка конвенција о људским правима, осим права да буде упознат о разлозима притварања, налаже да "притворени" мора бити обавештен "о оптужби или оптужбама" против њега (чл. 7 ст. 4). За разлику од претходно поменутих регионалних аката, Афричка повеља о правима човека и народа не предвиђа посебна права приликом хапшења већ само опште гаранције против самовољног хапшења и притварања.⁶

Као што се да запазити из цитираних прокламација, стандарди међународне заштите личне слободе приликом хапшења имају у основи два циља: осигурање одбране ухапшеног и хумано поступање према њему.

Личну слободу гарантује и југословенски устав: "Нико не сме бити лишен слободе осим у случајевима и по поступку који су утврђени савезним законом" (чл. 23. ст. 2. УЈ). Недвосмислено је значење овако формулисане уставне гаранције да је противзаконито, па самим тим

⁶ Види члан 6. Афричке повеље.

самовољно свако оно лишење слободе изван законом предвиђених случајева или изван законске процедуре. То је у бити разрада забране самовољног лишења слободе која одговара европским и међународним стандардима, а њено важење уставотворац распростире на сваки поступак пред органима власти, на кривични, прекршајни и сваки други поступак пред државним органима.⁷

Лицу које се хапси Устав Југославије даје већи корпус права у моменту лишења слободе него Европска конвенција и други међународни документи. Ухапшеном је гарантовано: право да на свом језику или језику који разуме одмах буде обавештен о разлозима лишења слободе; право да истовремено буде упознат да није дужан ништа да изјави; право да од органа захтева да о лишењу слободе обавести његове најближе; и право да узме браниоца⁸ кога сам изабере (чл. 23. ст. 3, 4. и 5. УЈ). Међутим, Устав не предвиђа и обавезу да ухапшени буде упознат са оптужбама против њега. Уставописци су, верујемо, имали у виду да обавештавање о разлозима хапшења претпоставља и у себи садржи и обавештење о делу које се осумњиченом ставља на терет, јер разлози за лишење слободе могу настати тек ако постоји основана сумња да је презумптивни окривљени извршио кривично дело за које се терети. Установљавање ових права као уставних гаранција било је мотив, а уједно и уставни основ, да се она у својој свеукупности протумаче и законски конституишу као основни принцип кривичног поступка.⁹ Побројана права дословце су преузета кривичнопроцесним законом и уз уставну гаранцију да грађанину може бити ограничена слобода једино на основу одлуке суда (чл. 24. ст. 1. УЈ), чине садржину начела заштите личне слободе. Поред права које везује за моменат лишења слободе, Устав јемчи и право на поштовање људске личности и достојанства "у случају лишења, односно ограничења слободе" (чл. 25. ст. 1. УЈ).

⁷ Природа и врста поступка за лишење слободе није довољно прецизно одређена у Уставу. До таквог закључка се долази кад се засебно тумачи уставна прокламација о лишењу слободе, а не помаже ни систематско тумачење кад се узму у обзир и одредбе о притвору, јер из уставне терминологије и систематизације одредби о "лишењу слободе" и "притвору", нема јасне разлике између самог чина лишења слободе и притвора.

⁸ У тренутку хапшења неког лица не мора бити покренут кривични поступак, па у том случају, по логици ствари, браниоца не може ни бити. Отуда је "бранилац" неадекватан израз у уставној одредби. Треба тумачити да у тренутку хапшења сваки грађанин има право на адвоката, у преткривичном или било ком казненом поступку који је покренут, чиме би били обухваћени сви случајеви хапшења а не само у покренутом кривичном поступку, што је, мислимо, и била интенција уставотворца, а такво решење било би сагласно са правом на одбрану, прокламованим у члану 29. Устава.

⁹ Види: др Момчило Грубач, Основни проблеми усаглашавања ЗКП са Уставом СРЈ, у збирци "Проблеми реинтеграције и реформе југословенског кривичног законодавства", изд. Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1995, стр. 68.

2. ЗНАЧЕЊЕ И ОБИМ ЗАШТИТЕ КОЈУ ПРУЖА НАЧЕЛО ЗАШТИТЕ ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ

а) Дефинисање начела

Устав Југославије од 1992. године, за разлику од свог претходника, прокламује права везана за сам чин лишења слободе и гарантује да је одлучивање о "притварању" и "задржавању у притвору" у искључивој надлежности суда. Смисао овако унапређене и осавремене уставне регулативе, која, слободно се може рећи, не заостаје за конституцијама демократских правних држава, јесте да пружи грађанима заштиту од оног тренутка кад реално започиње ограничење њихове личне слободе.

На овим уставним темељима и циљевима заштите грађана у моменту хапшења, уграђене су у кривичнопроцесни кодекс прокламоване гаранције. Превладала је идеја да заштиту личне слободе најпре треба уобличити и установити као основни принцип кривичног поступка, а потом је конкретизовати и разрадити у одговарајућим одредбама о кривичној процедури. Стога су опште одредбе о основним начелима у глави I Законика о кривичном поступку од 2002. године, допуњене одредбама члана 5. којим се установљава начело заштите личне слободе. Сва Уставом гарантована права при лишењу слободе преузета су у потпуности, чак са неизмењеним формулација, и обједињена у једној законској одредби, па је тако одређена садржина овог новог начела кривичног поступка.

Законски израз начела заштите личне слободе гласи: "Лице лишено слободе мора бити одмах обавештено, на свом језику или језику који разуме, о разлозима лишења слободе и истовремено упознато да није дужно ништа да изјави, да има право да узме браниоца кога само¹⁰ изабере и захтевати да се о лишењу слободе обавесте његови најближи" (ст. 1. чл. 53КП). Из законске дефиниције начела може се закључити да је основни и непосредни циљ регулативе *да обезбеди одбрану* лица лишеног слободе, материјалну и формалну. Само то може бити смисао и сврха наметања обавезе да се ухапшеном саопште *разлози лишења слободе*, да се упозна да *није*

¹⁰ У Законнику се поткрала језичка грешка у роду: речено је "кога сам изабере", уместо "кога *само* изабере" јер се придев односи на лице лишено слободе.

дужан ништа да изјави и да има право на браниоца. И четврта обавеза да се ухапшени упозна да има право захтевати да његови најближи буду обавештени о његовом лишењу слободе, осим што је чин хуманог односа према породици ухапшеног и другим, њему блиским лицима, такође служи стварању услова за обезбеђење одбране, али само формалне. Реална је претпоставка, наиме, да ће се лица блиска ухапшеном постарати да му обезбеде адвоката. У суштини узев, упознавање ухапшеног с његовим правима, на шта се, у крајњем, своди садржина начела заштите личне слободе, не мора значити да ће та права бити и стварно реализована, нити сврха којој служе. То су само принципијелне поставке, што је примерено убичајеном начину уређења једног основног начела какво је и ово, а да ли ће та права у стварности и бити остварена, зависи од тога да ли одговарајуће законске одредбе о појединим фазама поступка и процесним радњама то и омогућавају.

Будући да је заштита приликом хапшења прописана Законом о кривичном поступку, јасно је на које се субјекте распростире важење норме којом је та заштита уређена, мада их законодавац експлицитно не наводи. Разуме се, наиме, да то могу бити само субјекти преткривичног или кривичног поступка. Из наведених права и обавеза видљиво је да одредба о заштити личне слободе обухвата две категорије субјеката. Прву групу чине субјекти којима се намећу обавезе, а то су органи који некога хапсе. У другој су они субјекти који имају право да буду обавештени о својим правима, а то су, како је у законској норми и означено, ухапшена лица, тј. лица којима се ограничава лична слобода. Тиме је само уопштено означен круг субјеката, па је потребно да у даљем разматрању буду прецизније одређени.

Хапшење неког лица због извршеног кривичног дела могуће је у покренутом кривичном поступку али и пре отварања истраге, односно пре подизања оптужбе у случају кад истраге није било. У започетом кривичном поступку окривљени може бити лишен слободе на основу одлуке о одређивању притвора, коју у истрази доноси истражни судија а после подизања оптужбе, веће позивних судија. Али, независно од тога који је орган кривичног поступка одредио притвор, лишење слободе непосредно се врши по наредби о довођењу, издатој на основу већ донетог решења о одређивању притвора,¹¹ ако за довођењем постоји потреба, јер за притва-

¹¹ Наредбу о довођењу кривични суд може издати и из других законом предвиђених разлога, а не само на основу решења о одређивању притвора, али се у тим случајевима окривљени не лишава слободе и тада привођење окривљеног судској власти има карактер ограничења слободе кретања.

рање, у неким случајевима издавању наредбе нема места, зато што би била сувишна или не би имала смисла¹². Наредбу о довођењу извршавају органи унутрашњих послова, мада по закону није искључено ни судско извршење ове наредбе¹³. Ситуације у којима неко може бити ухапшен пре започетог кривичног поступка бројније су, а лишење слободе, по правилу, такође врше органи унутрашњих послова, без икакве формалне одлуке. Осим њих и сваки грађанин може лишити слободе лице затечено на извршењу кривичног дела за које се гони по службеној дужности, али је дужан да га одмах преда истражном судији или органима унутрашњих послова, па се законске обавезе у погледу поступања према ухапшеном преносе на те органе. Пошто су и органи унутрашњих послова дужни да ухапшеног без одлагања спроведу истражном судији, независно од тога да ли су лице сами лишили слободе или им је оно предато од других органа или грађана кад оцене да има места притвору, истражни судија се јавља као обавезни орган у поступку лишења слободе.

Из реченог следи да се као органи који учествују у ограничењу слободе неког лица због извршеног кривичног дела јављају: у покренутом кривичном поступку - истражни судија, веће позивних судија и органи унутрашњих послова, а у преткривичном поступку - органи унутрашњих послова и истражни судија. Међутим, не треба губити из вида да је посве друкчији положај окривљеног који се лишава слободе у кривичном поступку. У том случају, кад се окривљени лишава слободе тек после покретања кривичног поступка, он је већ упознат са својим правима приликом првог саслушања, а право на одбрану морало му се обезбедити и по другим законским основима, те се протезање заштите прописане за хапшење и на те процесне ситуације чини сувишним. Отуда, треба тумачити да се начелом заштите личне слободе осигуравају права ухапшеног у преткривичном поступку, па се, стога, може сматрати да прописане обавезе приликом хапшења важе за *органе унутрашњих послова и истражног судију*.

Пошто се, како је објашњено, заштита приликом хапшења пружа преваходно у преткривичном поступку, начелом заштите личне слободе обезбеђују се права осумњиченог за извршено кривично дело, када га државни органи хапсе из законом предвиђених разлога. Мада је таква заштита потребна и окривљеном, начело се, у основи, не протеже и на

¹² На пример, кад је истражни судија одредио притвор тек након саслушања окривљеног који се одазвао позиву и пристао к судској власти.

¹³ Види чл. 135. ЗКП.

њега, јер му је приликом покретања и даљег тока кривичног поступка таква заштита морала бити обезбеђена по другим законским основима. Једино би таква заштита била неопходна окривљеном у случају кад је кривични поступак покренут и води се у његовом одсуству, а он, док поступак још тече, постане достижан органима кривичног гоњења. *Осумњичени* је, дакле, примарни објект заштите која чини садржину овог основног начела.

Пређашње излагања о циљу који се настоји постићи установљавањем начела заштите личне слободе и субјектима на које се оно распростире, уједно је указало на садржину новоустановљеног начела кривичног поступка. Суштина је овог начела да ухапшени мора бити упознат са правима која му припадају у тренутку лишења слободе, што се постиже наметањем законске обавезе органима кривичног правосуђа да га о тим правима одмах и обавесте. Ухапшени има: право да сазна разлоге лишења слободе, право да није дужно ништа да изјави, право да узме браниоца и право да захтева да о лишењу слободе буду обавештени његови најближи (чл. 5. ст. 1). Право је ухапшеног да о свим тим правима буде упознат *на свом језику или језику који разуме*. Друкчије обавештавање, по логици ствари, не би имало смисла, пошто би се претворило у формалност која је сама себи циљ, па самим тим, у форму погодну за евентуалне злоупотребе и изигравање прописане заштите приликом лишења слободе. Саобразно циљу у коме је установљено начело заштите личне слободе, сва права ухапшеном морају бити саопштена *одмах*. То *одмах*, практично значи непосредно након лишења слободе, у оном моменту који непосредно следује самом чину хапшења. У том моменту је ухапшеном и најпотребније да зна своја права како би се с највећим успехом одбранио од оптужби које га терете. Једино у ситуацији кад није могуће саопштити права ухапшеном због непознавања језика који он разуме, та се обавеза може пролонгирати до доласка преводиоца. Обавезу органа да ухапшеном одмах саопште припадајућа му права, треба једновремено тумачити и као забрану тим органима да пре тога од њега узимају изјаве и прикупљају било каква обавештења у својству презумптивног окривљеног. Логично, та забрана важи све док ухапшеном не буду саопштена његова права и док не реализује право на браниоца или се тог права одрекне. Напослетку, заштита лица лишеног слободе била би непотпуна и, у приличној мери, неизвесна без судске контроле законитости лишења слободе. Отуда, садржину овог начела употпуњава законска заповест

да лице лишено слободе *мора бити одмах спроведено истражном судији.*

У недостатку научних извора о теоријском поимању и уобличавању новоустановљеног начела у кривичнопроцесној књижевности, анализа норми позитивног права, попут напред изложене, једини је ослонац за његово појмовно одређивање. То јесте велика тешкоћа, али је потреба за дефиницијом начела очигледна, па је задатак теорије да то и учини. Дефиниција коју ћемо дати биће заснована на интерпретацији садржине и одлика које конституишу начело заштите слободе, како смо их напред одредили ослањајући се искључиво на законску регулативу, уз сав ризик који једна почетна дефиниција са собом носи. Опасност је да дефиниција буде непотпуна или непрецизна, пошто за њу нема упоришта у каквом другом теоријском ставу или зато што су се поткрали недостаци у тумачењу законске регулативе на коме се она једино и заснива.

Узимајући у обзир све напред речено, начело заштите личне слободе може се дефинисати као начело кривичног поступка чија је суштина у *обавези органа кривичног правосуђа да приликом хапшења без одлуке суда, предузму законом прописане радње с циљем да се осигура правовремена лична и стручна одбрана осумњиченог и да о законитости лишења слободе одлучи суд.* Садржину тих радњи на које су државни органи обавезани, а уједно и суштину овог начела, чине обавештења осумњиченом о његовим правима у тренутку хапшења и спровођење ухапшеног истражном судији. Пошто се права ухапшеног јављају као корелат наметнутим обавезама органа преткривичног поступка, може се тумачити да начело заштите личне слободе *установљава право осумњиченог да буде обавештен о својим правима која по закону има у тренутку хапшења, као и право да о законитости његовог лишења слободе одлучи суд.* Конституисање ових права обезбеђује већу заштита основних човекових права и слобода у кривичном поступку и подиже ниво демократичности наше кривичне процедуре.

б) Habeas corpus

Заштита личне слободе уопште, а нарочито приликом самог чина хапшења, незамислива је у демократским правним државама без права на *habeas corpus*. Гаранције везане за слободу личности из *Habeas corpus acta*, усвојеног у Енглеској пре више од три века, садрже сви међународни документи, универзалног или регионалног карактера, а преузимају их и разрађују национална законодавства. Суштина те славне установе англосаксонског права јесте право ухапшеног да о законитости његовог лишења слободе одлучи суд, као непристрасни орган у односу на друге власти. У томе је срж међународне и националне регулативе права на *habeas corpus*.

Према Међународном пакту, кад се лице лишава слободе због извршеног кривичног дела, ухапшени или притворени мора бити одмах, у најкраћем року (*promptly*) изведен "пред судију или неког другог службеника, законом овлашћеног да врши правосудне функције" (чл. 9. ст. 3), а сваком ко је ухапшен из било ког разлога гарантовано је *право жалбе суду*, који је обавезан да *без одлагања ("without delay")* одлучи о законитости његовог хапшења (чл. 9. ст. 4). Европска конвенција на истоветан начин, без икакве суштинске разлике, уређује право на *habeas corpus*: "Свако ко је ухапшен или притворен ... биће одмах приведен судији или другом органу законом овлашћеном да врши судску власт" (чл. 5. ст. 3) и "има право да покрене поступак пред судом који ће установити да ли је лишење слободе било законито и наредити његово пуштање на слободу ако је оно било незаконито" (чл. 5. ст. 4).¹⁴

Из цитираних одредби међународних докумената може се закључити да је право на *habeas corpus* везано за хапшење и за притвор, а да се судска заштита личне слободе обезбеђује двојачко - спровођењем ухапшеног судији (или државном службенику који врши правосудну функцију) и правом на покретање судског поступка у коме суд треба да одлучи о законитости лишења слободе.

Устав Југославије такође обезбеђује судску заштиту сваком лицу коме је ограничена лична слобода због основане сумње да је извршило

¹⁴ О праву на *habeas corpus* види чл. 7. ст. 5. и 6. Америчке конвенције.

кривично дело. У том случају, лице може "бити притворено и задржано у притвору", и то "на основу одлуке надлежног суда" (чл. 24. ст. 1). Уставна терминологија не омогућава јасно разликовање самог чина лишења слободе, тј. хапшења, од притвора као најтеже мере процесне принуде којом се неком лицу привремено ограничава лична слобода ради успешног вођења кривичног поступка. Због тога остаје нејасно да ли се право на *habeas corpus* односи и на хапшење или је уставописац имао у виду само одређивање и извршење мере притвора, будући да судску заштиту везује за "притварање" и "задржавање у притвору". Једино ако би се изразу "бити притворено" дало значење било ког лишења слободе, тада би прокламовано право на *habeas corpus* важило и за хапшење. Али, не сме се губити из вида да после сваког хапшења, тј. лишења слободе, суд не мора одредити притвор, те чин хапшења неког лица не значи увек и притварање. За разлику од непрецизности у погледу домашаја прокламованог *habeas corpus*-а, недвосмислено је значење ове уставне одредбе да о притвору одлучује једино суд, те га други органи кривичног правосуђа не могу одређивати. Зато је полицијски притвор из до сада важећег процесног закона, морао бити укинут.

Законик о кривичном поступку од 2002. године по први пут уводи *habeas corpus* у југословенско кривично процесно право, и то одредбама о начелу заштите личне слободе, које тиме добија још већи значај. Судска контрола хапшења, као иманентна садржина и манифестација права на *habeas corpus*, уређена је и обезбеђује се тако што "лице које је лишено слободе без одлуке суда, мора бити одмах спроведено надлежном истражном судији" (чл. 5. ст. 2). Реглементација ове установе одговара стандардима из Европске конвенције и међународних аката универзалног значаја, а разлике у појединостима нормативне формулације јављају се као последица уношења у дефиницију одлика југословенске кривичне процедуре, и нису, по својој природи, суштинске.

Према цитираној законској одредби, судска контрола лишења слободе обезбеђује се спровођењем ухапшеног "надлежном истражном судији". Поступак судске заштите не покреће се правним средством, већ фактичком радњом спровођења ухапшеног судској власти. Обезбеђење судске контроле хапшења обавеза је оног ко хапси а не правно средство лица лишеног слободе. Фактичком чину хапшења одговара фактичка радња којом се покреће судска власт да одлучи о ограничењу личне слободе.

Надлежни истражни судија, као инокосни састав кривичног суда, одлучује о даљој судбини ухапшеног који му је спроведен - може га пустити на слободу или му одредити притвор ако су испуњени законски услови и стекну се одговарајуће процесне претпоставке. Према изричитој заповести, садржаној у чл. 5. ст. 2. ЗКП, одлуку о судбини ухапшеног доноси *надлежни*¹⁵ истражни судија коме лице лишено слободе мора бити одмах спроведено. Тиме је искључена могућност да евентуалну одлуку о одређивању притвора према ухапшеном који му је спроведен, донесе стварно или месно ненадлежни истражни судија, што је сагласно уставној одредби да лице "може бити притворено и задржано у притвору" само на основу одлуке "*надлежног суда*" (чл. 24. ст. УЈ). Међутим, лице затечено на извршењу кривичног дела свако је овлашћен да лиши слободе, али је дужан да га одмах преда "*истражном судији или органу унутрашњих послова*" или да одмах обавести "један од тих органа" (чл. 230. ЗКП). То "свако" значи да су не само државни органи већ и грађани овлашћени да такво лице лише слободе. У случају затицања извршиоца на делу, грађани и било који државни орган, немају, дакле, обавезу да лице лишено слободе предају "надлежном" истражном судији, јер они, изузев органа унутрашњих послова, не морају знати а најчешће и не знају који је суд надлежан, што би значило да га могу предати и истражном судији нижег¹⁶, стварно ненадлежног суда. У истој овој ситуацији, кад им неко други преда лице лишено слободе, орган унутрашњих послова дужан је да га без одлагања спроведе *надлежном* истражном судији (чл. 230. *in fine*),¹⁷ разуме се ако процени да су испуњени услови за одређивање притвора према лицу затеченом на извршењу кривичног дела. Произлази да су одредбе чл. 230, којима се конкретизује начело заштите личне слободе, у колизији са начелном одредбом о *habeas corpus*-у из члана 5. ст. 2. С обзиром на ранг одредби које су у колизији, за практично поступање једно од решења би било да о лишењу слободе лица које му је предато, ненадлежни истражни судија обавести орган унутрашњих послова, чија би дужност била да ухапшеног спроведе надлежном истражном судији.

¹⁵ Раније важећи Закон о кривичном поступку допуштао је и алтернативу да ухапшено лице може бити спроведено "истражном судији нижег суда на чијем је подручју учињено кривично дело, ако се до седишта тог суда може брже доћи" (чл. 195. ст. 1. ЗКП од 1976).

¹⁶ По логици ствари, предаја лица лишеног слободе неком другом суду не може се замислити, пошто се лишава слободе лице затечено на извршењу кривичног дела, па место извршења дела може бити само на подручју нижег, стварно ненадлежног суда а не и неког другог ненадлежног суда.

¹⁷ У члану 230, последња реченица, прописана је обавеза да орган унутрашњих послова поступи по чл. 227. Законика кад је том органу предато лице лишено слободе по основу затицања на делу, а одредба ст. 1. чл. 227. налаже да се то лице мора спровести "надлежном" истражном судији.

Разуме се да је овако уређена судска заштита обавезна само кад је лице ухапшено *без одлуке суда*, што законодавац експлицитно и прописује, јер у противном, кад се лице хапси по одлуци суда, таква заштита је сувишна пошто је, по логици ствари, већ спроведена приликом судског одлучивања о лишењу слободе. Другим речима, на начин предвиђен у начелној одредби ст. 2. чл. 5. ЗКП, правило *habeas corpus* примењује се кад није одређен притвор према лицу које се хапси.

То су правне границе у оквиру којих се протеже *habeas corpus*. Међутим, питање је да ли се законском формулацијом обезбеђује примена правила *habeas corpus* на сва лишења слободе која су по закону могућа у преткривичном поступку. Законик допушта да ограни унутрашњих послова изузетно задрже лице које су претходно лишили слободе или позвали на информативни разговор, ради прикупљања обавештења или саслушања.¹⁸ О задржавању одлуку доноси орган унутрашњих послова, а задржано лице се не спроводи истражном судији, како то произлази из одредаба о овој мери принуде. Изгледа као да су одредбе о задржавању у колизији са начелном одредбом о *habeas corpus*-у или да се та начелна одредба не односи на ситуацију кад одлуку о ограничењу слободе доноси неки други орган кривичног правосуђа. На такво тумачење упућује и стилизација *habeas corpus*-а у оквиру начела заштите личне слободе, јер има значење да се ухапшено лице увек спроводи надлежном истражном судији ако је "лишено слободе *без одлуке суда*". Међутим, мора се имати у виду да је и код примене мере задржавања обезбеђена судска заштита која чини садржину права на *habeas corpus*, али се она остварује правом задржаног лица на жалбу о којој одлучује истражни судија и налагањем обавезе органима унутрашњих послова да о задржавању одмах обавесте истражног судију (чл. 229. ст. 3. и 4 ЗКП). Другим речима, одредбама о задржавању прописана је примена правила *habeas corpus* али не на начин из начелне одредбе чл. 5. ст. 2. ЗКП којом је то правило установљено. Због тога се може тумачити да се начелна одредба о *habeas corpus* -у односи само на *фактичко* лишавање слободе у преткривичном поступку. Полазећи од такве интерпретације, могло би се размишљати о проширењу опсега судске заштите у начелној одредби о *habeas corpus*-у, тако да буду обухваћени и случајеви кад се судска заштита иницира правним средством, попут полицијског задржавања. Право на правно средство за покретање судског поступка у коме би се одлучивало о законитости лишења сло-

¹⁸ Види члан 229. ЗКП.

боде, могло би се установити на начин предвиђен у чл. 5. ст. 4. Европске конвенције, а треба да важи независно од разлога лишења слободе. Тиме би начелна одредба о *habeas corpus*-у била употпуњена, а свеобухватност овог правила била би примерена уређењу основних принципа кривичног поступка, у оквиру којих је и начело заштите личне слободе чији је оно конститутивни елемент.

Време од лишења слободе до одлуке судске власти о судбини ухапшеног, изузетно је значајно за постизање циљева због којих је правило *habeas corpus* и уведено у правни поредак. Оптимално би било да то време траје што краће, али се не може предвидети колико ће у стварности бити потребно времена да се ухапшени преда судској власти, јер то зависи од удаљености и приступачности места хапшења, постојања саобраћајних веза, временских прилика, тешкоћа у спровођењу или каквих неотколоњивих сметњи, као и многих других фактора који се не могу предвидети. Зато законодавац и не одређује рок, већ прописује да ухапшени мора бити *одмах* спроведен надлежном истражном судији. И у међународним документима време за спровођење одређено је употребом израза *одмах* или *без одлагања*, а не неким прецизнијим одређивањем рока, што је изазвало различита тумачења, почев од оних по којима је то фактичко питање и зависи од околности случаја, преко схватања да је време спровођења одређено данима, али опет различито - "неколико дана" или се прецизира да је то време два, односно три дана, до гледишта по коме се рок одређује сатима и прецира да износи 24 сата од момента лишења слободе.¹⁹

У пракси Европског суда за људска права прокламована заповест да спровођење ухапшеног мора бити извршено *одмах*, тумачи се са извесном толеранцијом, а узима се у обзир време потребно за довођење лица лишеног слободе и време за предузимање неопходних полицијских радњи.²⁰ То становиште усваја и југословенски Законик.

У погледу времена за спровођење ухапшеног, у одредбама процесног закона којима се конкретизује правило *habeas corpus* прописана је

¹⁹ Види: Др Ђорђе Лазин, Притвор у југословенском кривичном поступку и међународни стандарди људских права, у књизи "Актуелна питања малолетничке делинквенције и мере за обезбеђивање присуства окривљеног у кривичном поступку", изд. Српско удружење за кривично право, Копаоник, 1995, стр. 166 и 167.

²⁰ Проф. др Тихомир Васиљевић - проф. др Момчило Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 2002, стр. 34.

дужност за органе унутрашњих послова да ухапшеног "без одлагања"²¹ спроведу надлежном истражном судији (чл. 227. ст. 1), било да су они сами извршили хапшење, или су им грађани или други органи предали лице лишено слободе (чл. 230), или им је истражни судија наредио довођење. У свим овим случајевима време спровођења ухапшеног независно је од разлога лишења слободе. Спровођење *без одлагања* могло би трајати неколико сати или неколико дана, зависно од околности конкретног случаја. Законодавац узима да спровођење редовно не би требало да траје дуже од 8 сати, јер за случај да оно траје дуже, прописује обавезу за овлашћено лице органа унутрашњих послова да истражном судији такво закашњење посебно образложи (чл. 227. ст. 3). У образложењу треба да наведе разлоге закашњења, а то су у бити неотклоњиве сметње због којих је спровођење ухапшеног *трајало дуже од осам сати*. То значи да би спровођење могло трајати и две недеље или пак месец дана, а некад и дуже, зависно од природе и последица неотклоњиве сметње због које се спровођење објективно не може извршити у редовном року краћем од 8 сати.

Време потребно за предузимање полицијских радњи тиче се уобичајеног, кратког задржавања ухапшеног лица ради утврђивања идентитета, прикупљања обавештења, састављања кривичне пријаве или извештаја истражном судији и за сличне оперативне радње, али се односи и на полицијску меру *задржавања осумњиченог у полицији*, меру која је тек приликом последње редакције Предлога Законика о кривичном поступку уведена уместо полицијског притвора. Задржавање осумњиченог, као принудну меру којом се ограничава лична слобода, одређује орган унутрашњих послова својом одлуком у форми решења, с тим да задржавање може трајати најдуже 48 сати²² од момента лишења слободе (чл. 229. ст. 1). И код ове принудне правне мере, време задржавања је управо оно време потребно да се у сложенијим случајевима предузму неопходне оперативне радње полиције, због којих се задржавање осумњиченог и одређује, као што је прикупљање обавештења о делу и учиниоцу, хватање саучесника, провера алибија, састављање кривичне пријаве и сл. Разуме се да је у тим, са становишта криминалистичке обраде, сложеним кривичним стварима потребно дуже време

²¹ Законодавац није доследан у коришћењу израза којим одређује време за спровођење ухапшеног. Терминолошка недоследност последица је посве непотребног коришћења двају различитих израза са истим значењем: у чл. 5. ст. 2. и чл. 230. употребљен је израз "хитно", а у чл. 227. ст. 1. израз "без одлагања".

²² Време полицијског задржавања је 48 сати у хрватском (чл. 98. ст. 2.) и у словеначком (чл. 157. ст. 3) закону о кривичном поступку, а у неким земљама знатно је дуже (на пример, у Француској је 6 дана).

задржавања од уобичајеног, али постоји опасност да се у пракси ова правна мера не претвори у уставно недопуштени полицијски притвор, ако то већ није по самом законском уређењу.

Да би осигурао ваљану судску оцену законитости лишења слободе, законодавац прописује извесне дужности за учеснике у поступку лишења слободе и поступку контроле његове законитости:

(а) Обавеза је овлашћеног лица органа унутрашњих послова да обавести истражног судију *о разлозима и времену* лишења слободе (чл. 227. ст. 1). Шта могу бити разлози лишења слободе о којима се истражни судија обавештава, произлази из одредаба о условима за лишење слободе без одлуке суда (чл. 227. ст. 1. и чл. 142. ЗКП). Сагласно овим одредбама, да би истражни судија могао да одлучи о судбини лица лишеног слободе, извештај органа унутрашњих послова треба да садржи: опис дела, околности из којих произлази основана сумња, као и оне чињенице и околности које по закону представљају разлог за одређивање притвора.

Истражног судију најпре треба упознати са описом дела које се осумњиченом ставља на терет, јер без сазнања о делу истражни судија не би знао о чему треба да саслуша приведено му лице, а из описа кривичног догађаја такође треба да сазна о оним чињеницама и околностима које су релевантне за доношење одлуке о притвору: о тежини кривичног дела (од тежине извршеног дела зависи који ће истражни судија бити стварно надлежан, а због тежине дела притвор некад, по самом закону, није могућ - код лакших кривичних дела, а некад је обавезан - за најтежа кривична дела); о месту извршења дела (ради оцене месне надлежности); и сл. Неопходно је да у извештају буду наведене околности из којих произлази основана сумња, јер сада истражни судија не одлучује о *задржавању* приведенног лица, као што је било по раније важећим прописима, већ о одређивању притвора. Постојање основане сумње истражни судија мораће претходно да утврди у решењу о притвору, ако га буде доносио, пошто се ради о случајевима кад истрага још није отворена, па у моменту привођења не постоји решење о спровођењу истраге којим би основана сумња била утврђена. На крају, потребно је истражног судију обавестити и о чињеницама и околностима које по закону представљају посебан основ за одређивање притвора, због којих је, управо, неко лице лишено слободе и спроведено истражном судији. Ако не постоји ма који разлог за притвор, лишење слободе не би било допуштено, па је, зато, извештавање о тим

разлозима неопходно за оцену истражног судије о законитости лишења слободе и даљој судбини спроведеног му лица, тј. за одлуку о одређивању притвора.

О разлозима лишења слободе, како је напред објашњено, орган унутрашњих послова може обавестити истражног судију усмено или у писаном извештају или предајом дупликата кривичне пријаве ако је већ сачињена и поднета државном тужиоцу.

Орган унутрашњих послова има и обавезу да обавести истражног судију о времену лишења слободе. Време лишења слободе веома је значајно због правних последица које закон везује за ограничење личне слободе и због поштовања прописаних рокова који од тог момента теку. Трајање лишења слободе увек се по закону узима од момента хапшења, без обзира да ли је након тога одређен притвор и колико је трајао, па се следствено томе везују правне последице: време од тренутка лишења слободе до одређивања притвора урачунава се у притвор (чл. 144. ст. 1. ЗКП) и у изречену казну (чл. 50. КЗЈ), а такође је основ за накнаду штете лицима неосновано осуђеним или неосновано лишеним слободе (чл. 560. ст. 1. тач. 3. и ст. 2. ЗКП). Законски рокови који се тичу лишења слободе, такође теку од часа хапшења: рок за спровођење ухапшеног истражном судији (чл. 227. ст. 3), време најдуже задржавања у полицији и рок за доношење решења о задржавању (чл. 229. ст. 1. и ст. 2), као и најдуже трајање притвора (чл. 144). Тих рокова дужни су да се држе органи кривичног правосуђа и да на њих пазе по службеној дужности, а ако истекну, закон за те органе прописује посебне обавезе у циљу заштите од незаконитог или прекомерног ограничења личне слободе.

(б) Овлашћено лице органа унутрашњих послова дужно је да истражном судији посебно образложи закашњење ако је спровођење трајало дуже од осам сати. Обавезним подношењем образложења омогућава се судска контрола, којом законодавац настоји да осигура уредност спровођења, како не би, сем изузетно, трајало дуже од прописаног редовног рока. У образложењу закашњења треба навести ону неотклоњиву сметњу због које је дошло до закашњења, када је настала и колико је трајала та сметња, односно њене последице. Разлози закашњења могу бити само објективне, материјалне природе који се нису могли отклонити. Субјективне и отклоњиве сметње, по закону, не могу бити оправдање за било које закашњење, а због таквог закашњења лишење слободе било би незаконито за време док то закашњење траје. Ради лакшег

утврђивања разлога закашњења и аутентичности њиховог засведочења, целисходно би било да се образложење закашњења даје у писменом извештају и да се то писмено приложи списима предмета.

(в) Пријем спроведеног лица, прва је обавеза надлежног истражног судије. У практичној примени, нарочито у малим судовима, могу настати потешкоће приликом извршења ове обавезе после истека радног времена или у нерадне дане. Следећа обавеза истражног судије која се тиче судске контроле ограничења личне слободе јесте да засведочи време лишења слободе и образложење закашњења ако је спровођење трајало дуже од осам сати. Мислимо да је увек потребно засведочити време лишења слободе иако ту судску обавезу законодавац предвиђа само у одредби о закашњењу приликом спровођења ухапшеног, не баш спретно формулисаној и ситематизованој (чл. 227. ст. 3). О образложењу закашњења истражни судија мора да сачини службену белешку или записник, који се прилажу списима. Законом није одређено када коју форму засведочења треба користити. У ситуацији када је поднето писмено образложење закашњења, погодна би била форма службене белешке јер би поступак са приведеним лицем могао брже тећи. Ако, пак, овлашћено лице органа унутрашњих послова усмено образлаже зашто је спровођење ухапшеног трајало дуже од осам сати, неопходна би била форма записника ради осигурања аутентичности засведочења разлога закашњења. На крају, обавеза је истражног судије да у записник унесе и изјаву ухапшеног о томе када је и где лишен слободе. То, разуме се, претпоставља да истражни судија претходно узме изјаву приведеног лица о времену и месту његовог лишења слободе.

Из претходног разматрања одредбе којом је правило *habeas corpus* уведено у кривични поступак, као саставни део и иманентна садржина начела заштите личне слободе, и одредаба којим се то правило разрађује и конкретизује, може се закључити да је настојање законодавца усмерено у правцу да се судска контрола законитости лишења слободе обезбеди у што краћем року и тиме осигура да ограничење личне слободе до одлуке суда траје разумно време, особито у случајевима кад се покаже да је хапшење било непотребно или незаконито. То настојање није пропраћено прописивањем процесних санкција, али непоштовање прописаних рокова који се односе на лишење слободе подлеже општим правилима о одговорности из позитивног права. Као санкције за непоштовање ових рокова јављају се кривична одговорност

органа кривичног правосуђа за противправно лишење слободе, дисциплинска одговорност органа унутрашњих послова, а такође и одговорност државе за штету причињену неоснованим лишењем слободе.

3. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Доградња и преуређење система основних начела кривичног поступка после педесетогодишње недодирљивости, само по себи је радикалан законодавчев захват, вредан пажње и позитивне оцене са становишта осавремењавања кривичне процедуре и њеног прилагођавања процесној стварности.

Новоустановљено начело заштите личне слободе учвршћује демократичност кривичног поступка и осигурава већу заштиту слобода и права човека у преткривичном поступку. Резултат је хуманих настојања да се благовремено предупредe злоупотребе и неправедна или прекомерна ограничења личне слободе осумњиченог, у чему се очитује крајњи циљ коме начело тежи а уједно и његов значај.

Обавештавање осумњиченог о његовим правима у тренутку хапшења, као суштина овог основног начела, и само постаје право осумњиченог, установљено у циљу стварања услова за личну и стручну одбрану. Тако начелно уређена заштита у тренутку хапшења изискивала је промене и усклађивање многих одредаба о преткривичном поступку које се тичу радњи и мера државних органа, особито полиције, везаних за сам чин фактичког лишења слободе. У којој мери је успешно извршена инкорпорација начела са постојећим моделом преткривичног поступка, остаје за анализу правним теоретичарима, а правосудној пракси за тумачење.

Увођење правила *habeas corpus* као есенцијалног елемента начела заштите личне слободе, кореспондира стандардима заштите личне слободе усвојеним у Европској конвенцији и другим међународним документима, а колики ће домаћај стварно и имати, показаће пракса органа кривичног правосуђа.

Prof. Dr. Vojislav Đurđić, LL.D.
Full Professor

THE PRINCIPLE OF PROTECTION OF INDIVIDUAL FREEDOM IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

On the grounds of individual freedom guarantees rendered in international documents and constitutional declarations, introducing the principle of protection of individual freedom represents the legislator's first and a very significant undertaking in updating the basic principles of criminal proceedings, which have not been altered for decades. In legal terms this principle accounts for the obligation of state authorities to inform the arrested person about the rights which he is entitled to at the time of arrest, as well as the obligation of state authorities to immediately take the arrested person to the examining justice. Being a novelty, the principle has to be theoretically configured and defined, bearing in mind all the risks underlying the generation of the first or initial definition. The definition is based on the conception that the essence of the principle is the right of the arrested person to be informed on the rights he is legally entitled to at the time of arrest in order to provide for the timely individual legal defence, as well as the right to habeas corpus. The principle of protection of individual freedom is expanded to the preliminary (administrative) criminal proceedings and applies in all case of arrest without a judicial decision, and particularly in cases of arrest where the actual action is undertaken by the police authorities. The right to habeas corpus, specified in the provisions which set the terms and define duties of the police and the examining justice in the arrest procedure, is to provide the judicial control over the legitimacy of arrest in the shortest possible period of time, and thus

ensure a reasonable duration of police detention until the judicial decision has been reached.

Key words: *basic principles of criminal proceedings, individual freedom, arrest, preliminary (administrative) criminal proceedings, police authorities, police detention, right to habeas corpus, examining justice.*

Проф. др Арсен Јаневски

**ОБЕЗБЕДУВАЊЕ НА ПОБАРУВАЊАТА
НА ДОВЕРИТЕЛИТЕ СО ПРЕНОС НА
СОПСТВЕНОСТ НА ПРЕДМЕТИ И
ПРЕНОС НА ПРАВА СПОРЕД ЗАКОНОТ
ЗА ИЗМЕНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ НА
ЗАКОНОТ ЗА ИЗВРШНАТА ПОСТАПКА**

UDK 347.952



*Проф. др Арсен Јаневски*¹

ОБЕЗБЕДУВАЊЕ НА ПОБАРУВАЊАТА НА ДОВЕРИТЕЛИТЕ СО ПРЕНОС НА СОПСТВЕНОСТ НА ПРЕДМЕТИ И ПРЕНОС НА ПРАВА СПОРЕД ЗАКОНОТ ЗА ИЗМЕНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ НА ЗАКОНОТ ЗА ИЗВРШНАТА ПОСТАПКА

I. Наместо вовед

Во развиените правни системи, постојат софистицирани облици на обезбедувања, кои го поттикнуваат работењето, посебно кредитирањето без кое не можат да се замислат сериозни деловни потфати. Барањето на доверителот да го обезбеди своето побарување од должникот (со цел должникот на време и во целост да ја исполни својата обврска), не траба секогаш да се смета како израз на недоверба спрема должникот, него тоа треба да претставува мерка со која доверителот ќе се обезбеди да го добие она што веќе го дал. Се работи за мерка, со која објективно се сака да се воспостави состојбата која се очекува од склучениот договор.

Познати се два вида на средства за обезбедување и тоа: реални и лични. Од реалните средства за обезбедување често се применува залогата на подвижни предмети и хипотеката на недвижности, како и залог

¹ Редовни професор на Правном факултету "Јустинијан Први" у Скопљу.

на права. Доверителот со овие средства, стекнува право да може да се намири од предметот на залогот, дури и во услови кога должникот ќе падне под стечај, или кога против него се води присилно извршување. Ова од причини, што за овој вид на обезбедување важи начелото на приоритет. Поради ова, доверителот е во поповолна положба, отколку што би бил кога би имал некое од средствата за лично обезбедување (емство, гаранција и сл.). Затоа, доверителите настојуваат да добијат реално обезбедување.

До стапувањето во сила на Законот за залог на подвижни предмети и права², нашиот правен систем ја познаваше само класичната рачна залога, според која залогодавецот го предаваше предметот на залогата на залогопримачот, при што должникот не беше во можност да го употребува заложенитиот предмет, а заложниот доверител беше обврзан да го чува предметот, а неможеше да го употребува. Овој вид на залог се покажа како нерационален, и тоа и за доверителот и за должникот, од причини што предметот на залогот може да придонесе да се создадат услови (средства) за исполнување на главната договорна обврска која е обезбедена со залогот. Од друга страна, пак, чувањето на заложените предмети претставува товар за доверителот. Со цел да се отстранат овие недостатоци, со ЗЗППП се воведо нов вид на залог, т.н. невладетелски (регистриран залог) - нов институт, со што се зголеми бројот на инструментите за реално обезбедување на побарувањата на доверителите. Кај овој вид на залог, подвижниот предмет останува во владение на должникот, при што тој може да го користи, да стопанисува и на тој начин да создава услови да го врати долгот, а со тоа и да се реализира договорот. Овој вид на залог, се регистрира во заложен регистар и при постоење на регистриран и нерегистриран залог врз ист предмет, приоритет при намиравањето има побарувањето обезбедено со регистриран залог. Функцијата на заложенитиот регистар е секој заинтересиран субјект да може да добие податоци за заложените предмети и права, со што практично се остварува едно од својствата на заложеното право - начелото на јавност³. Со донесувањето на овој закон, на едно место се регулира постоечкиот класичен рачен залог

² Законот за залог на подвижни предмети и права е донесен 1998 година. Објавен е во "Службен весник на Република Македонија" бр. 21/98; 48/99 и 86/2000, во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗЗППП.

³ Поопширно за постапката за засновање и престанок на залог, според Законот за залог на подвижни предмети и права, Види. А. Јаневски, "Постапка за засновање и престанок на рачната залога според Законот за залог на подвижни предмети и права". Реферат поднесен на 39-тата средба на Здружението на правниците од стопанството, одржана на 14, 15 и 16 мај 1998 година во Охрид.

врз подвижни предмети, кој беше регулиран со Законот за облигационите односи на поранешна СФРЈ⁴ (член 966-996) и засновањето на заложно право на подвижни предмети врз основа на спогодба на странките кој беше уреден со Законот за извршна постапка⁵ (член 247-252).

Резултатите кои се постигнати по стапувањето во сила на ЗЗППП, посебно со воведувањето на регистрираниот залог се повеќе од очекувани.

Покрај рачниот залог, од инструментите за реално обезбедување, најчесто е користена хипотеката. Нејзината улога во обезбедувањето на побарувањата на доверителите е голема⁶. Таа може да биде договорна, судска и законска. Најчесто е користена договорната хипотека. Таа е регулирана во Законот за договорна хипотека.⁷

Една од новините содржана во овој закон, претставува можноста договорот за хипотека да добие својство на извршна исправа. Ваквата можност е во функција на забрзување на реализацијата на хипотеката. Следна новина е регулирањето на *lex commisoria*, односно давањето можност по истекот на рокот за доброволно исполнување на примарната обврска, хипотекарниот доверител да стане сопственик на заложената недвижност во фазата на реализацијата на хипотеката. Секако, најголемите новини се предвидени во делот на реализацијата на хипотеката. Предвидена е можност на реализација со посредство на нотар, како и можност хипотекарниот доверител да бара продажба и преку суд според ЗИП, па дури постои можност хипотекарниот доверител и самиот да врши продажба на заложената недвижност. На овој начин, зголемен е бројот на начините за реализација на хипотеката, при што се создаваат предуслови за брза реализација користејќи постапка која дава поголеми можности за активна улога на хипотекарниот доверител во фазата на реализација на хипотеката. И покрај ова, за реализација на договорната хипотека, останува вториот голем проблем, несигур-

⁴ Законот за облигационите односи е објавен во "Службен лист на СФРЈ" бр. 29/79, 39/8 и 47/87.

⁵ Законот за извршна постапка е објавен во "Службен весник на Република Македонија" бр. 53/97, во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗИП.

⁶ За улогата на хипотеката поопширно види: Г. Станковиќ: "Судската хипотека како средство за обезбедување на парично побарување", Судиска ревија, бр. 2/2002, стр. 24-44 и Н. Гавелла: "Улога на хипотеке у осигуравању вјеровника и активирању вриједности дужникове имовине", Зборник радова, Опатија, 1995, стр. 32 - 52.

⁷ Законот за договорна хипотека е објавен во "Службен весник на Република Македонија" бр. 59/2000 и 86/2000, во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗДХ.

ната евиденција на заснованите хипотеки кој што треба да се отстрани со ажурирање на податоците во катастарот и судовите. Може да се очекува дека овој проблем ќе се надмине, дури откако ќе почне да функционира Централниот регистар.

И покрај големите предности што ги нуди хипотеката како средство за обезбедување, во нашиот правен систем со оглед на фактот што истиот не е доизграден, во практиката на судовите, покрај субјективните слабости, се јавија и објективни потешкотии во поглед на реализацијата на хипотеките (се настојува да се отстранат овие потешкотии со ЗДХ), поради што се наметна потребата да се бараат поефикасни средства за обезбедување на побарувањата на доверителите.

Причина повеќе за барање на нови средства за обезбедување, е и тоа што хипотеката како реално средство за обезбедување не е атрактивна кај големите и сложени инвестиции за чии реализации се потребни големи финансиски средства⁸. Нив тешко може да ги даде само една финансиска институција, па се создаваат работи за повеќе работодавачи кои ги даваат на носителите на потфатот. Доколку тие зајмови се обезбедат со хипотека, тоа би било несоодветно обезбедување, од причина што хипотекарниот доверител не може да се намира само од вредноста на оптоварената недвижност со хипотеката при нејзина продажба. Реализацијата на такви хипотеки е тешко остварлива (па дури и неостварлива), од причини што кредитите се дадени, со цел да се реализираат комплексни инвестициони зафати и тешко е да се најде заинтересиран купувач. Бидејќи хипотеката не предвидува други можности, како што е правото да бара недвижноста да му биде предадена во владение, со цел да може да ја користи и да го намира побарувањето, во некои правни системи се отишло на други реални средства на обезбедување. Така, во Германија и Италија⁹, а во поново време и во Хрватска, со донесувањето на Законот за извршна постапка од 1996 година¹⁰ е предвидено обезбедување со пренос на сопственост и пренос на права.

⁸ Така, и Ј. Барбић: Судско и јавнобилјничко осигурање пријеносом власништва на ствари и пријеносом права, Ново овршно и стејно право - Зборник радова, Загреб, 1996, група аутора, стр. 99 - 140.

⁹ Обезбедувањето со пренос на сопственост на предмети и пренос на права, во Германија се вика *dei Sicherungsubereignung*, односно *dei Sicherungsabtretung*, а во Италија *proprietà fiduciaria*. За ова поопширно види Ј. Барбић и група аутори, цит. дело, стр. 99 - 140.

¹⁰ Законот за извршна постапка на Република Хрватска е донесен 1996 година, објавен во "Народне новине" бр. 57/96.

Во настојувањата да се изгради поефикасен систем на извршување, односно да се забрза и поедностави постапката за извршување и обезбедување на побарувањата на доверителите, а при тоа да се почитуваат основните процесни права на странките и да се зголеми општата правна сигурност, во Република Македонија по донесувањето на ЗИП, се пристапи кон изменување и дополнување на ЗИП¹¹. ЗИД ЗИП содржи обемни и значајни измени и дополнувања на ЗИП. Во нив, меѓу другото, се содржани и одредбите за обезбедување со пренос на сопственост на предмети и пренос на права, т.н. фидуцијарен пренос на правото на сопственост.

Во оваа прилика, во натамошните излагања ќе се задржиме само на ова ново средство за обезбедување на побарувањата на доверителите.¹²

II. Поим и значење на обезбедувањето со пренос на сопственост на предмети и пренос на права

Имајуќи ги предвид позитивните искуства на земјите во кои е прифатено обезбедувањето со пренос на сопственост на предмети и пренос на права, како средство за реално обезбедување, а со цел да се создаде нормативна подлога и во нашиот правен систем во ЗИП, во ЗИДЗИП во посебна глава XXIII-A, е уреден овој вид на реално обезбедување (чл. 252-а - 252-ѓ од ЗИДЗИП).

Со ова средство за обезбедување, можат да се обезбедат како парични, така и непарични побарувања, т.е. обврски. Обезбедувањето се остварува на начин што едната или двете странки, односно доверителот и должникот можат да бараат од судот да определи рочиште на кое во записник ќе ја внесе спогодбата на странките за обезбедување на побарувања на доверителот, при што должникот му ја пренесува сопственоста на некој предмет на доверителот, така што предметот ако поинаку не е договорено, останува и понатака во владение на должникот (constitum posses-

¹¹ Законот за изменување и дополнување на Законот за извршната постапка е објавен во "Службен весник на Република Македонија" бр. 59/2000, во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗИД ЗИП.

¹² За останатите измени и дополнувања на ЗИП, поопширно види: А. Јаневски: "Новине у македонском извршном праву". Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу 17. маја 2001. Ниш, 2001. стр. 89-119.

sorium), или за таа цел должникот на доверителот му пренесува некое право. Траба да се напомене дека вакво обезбедување наместо должникот, може да даде и некое трето лице кое не е и должник на побарувањето кое се обезбедува, односно може да се даде обезбедување за намирување на туѓ долг (чл. 252-б ст. 1 од ЗИДЗИП).

Со ваквиот начин на обезбедување, со пренос на сопственост на предметите или со пренос на правата, се создава однос на доверба помеѓу доверителот и должникот¹³. Кај преносот на сопственост на предметите, доверителот стекнува право на сопственост, а кај преносот на некое право го стекнува во целост правото кое му е пренесено врз основа на спогодба, која ја склучил со должникот. Доверителот не смее слободно да располага со вака стекнатата сопственост на предметите, односно правата. Во облигационо-правна смисла, положбата на доверителот како сопственик на кого му е пренесена сопственоста, односно како носител на право кое му е пренесено заради обезбедување, е врзан со спогодбата (судското порамнување). Спогодбата нема стварно-правно дејство, поради што нема правни пречки за доверителот да може слободно да располага со пренесената сопственост на предметите, односно со побарувањето кое му е пренесено. При тоа, без значење е дали прибавувачот врз основа на таквото располагање е совесен¹⁴. При определувањето на поимот на овој вид обезбедување, суштествено е тоа што доверителот секогаш мора да има предвид дека правото на сопственост на предметот, односно пренесеното право му се пренесува само за обезбедување на неговото побарување и во граѓанско-правна смисла тоа се предмети, односно права на должникот, но не и во правна смисла. Во правна смисла тоа се сопственост на доверителот¹⁵. Ова ограничување, најдобро може да се види во стечајната и во извршната постапка. Така, во случај на стечај или извршување против доверителот, должникот има излачно право на предметите и правата кои заради обезбедување ги пренел на доверителот, освен ако се работи за остварување на побарување на трето лице према доверителот кое доверителот го обезбедил со засновање на заложно право на пренесените предмети (чл. 252-г ст. 2 од ЗИДЗИП). Овој статус на сопственоста, се

¹³ Така, и Ј. Барбић, цит. дело, стр. 102.

¹⁴ Така и Weber, H.; *Kreditsicheleiten*, München, 4 изд. 1994, стр. 123 - 124., за пренос на сопственост на предмети и стр. 248 - 250 за пренос на права. Цитирано по Ј. Барбић, цит. дело, стр. 103.

¹⁵ Така и Pottschmidt, G.; и Rohr, U.; *Kreditsicheleiten*, München, 4 изд. 1992, стр. 206 и таму цитираната одлука на Сојузниот суд на СР Германија. Така и Љуацк, У: *Münchener Kommentar zum BGB*, Бд 4.2. изд. München, 1986, стр. 762, цитирано по Ј. Барбић, цит. дело стр. 103.

одразува и во сметководството, така, должникот пренесеното право на сопственост на предметите, односно пренесеното право во својата актива ја искажува со назначување дека се работи за пренос на сопственост на доверителот за обезбедување, а доверителот во својата актива го искажува обезбеденото побарување со назначување дека е обезбедено.

Посебно внимание залужува прашањето, дали овој вид на обезбедување е од акцесорна природа во однос на побарувањето кое се обезбедува? Во теоријата се застапува становиште, дека овој вид на обезбедување не е од акцесорна природа¹⁶. Имено, бидејќи даденото обезбедување не е зависно од обезбеденото побарување, за сопственоста стекната за обезбедување, односно за пренос на правата не е од значење дали побарувањето настанало, дали воопшто ќе настане, или е ништаво, или е побиено, или престанало со исполнување или на некој друг начин. Доколку не настане побарувањето кое се обезбедува, или ако престане, со тоа само по себе не престанува сопственоста на доверителот, ниту тој го губи правото кое му е пренесено, со цел да се обезбеди побарувањето. Тогаш договорните страни треба да го уредат прашањето за враќање за она што е дадено за обезбедување, затоа што не постои автоматизам.

Сосема поинаку е ако дојде до поништување на договорот за обезбедување, затоа што тој е основ за положбата на доверителот, како фидуцијарен сопственик и за правото на владение на должникот. Во тој случај, должникот може да бара од доверителот да му го пренесе (врати) правото на сопственост дадено за обезбедување, дури и тогаш кога сеуште постои побарувањето, кое со тој договор е обезбедено.

При заземањето на ваквиот став, се пошло од тоа дека обезбедувањето се дава врз основа на договор за обезбедување, а не врз основа на договор за заем, односно кредит или друг договор, врз основа на кој настанува побарувањето кое се обезбедува со договорот и дека со тој договор се обезбедува само побарувањето. Од друга страна, договорот за обезбедување нема резон да се склучи, ако не се склучи договор со кој ќе настане побарувањето, или ако побарувањето не настане. Во таков случај, должникот може да се обезбеди, така што преносот на правото на сопственост ќе го услови во договорот за обезбедување со исплата на заемот, односно кредитот, односно ќе договори обезбедување под суспензивен

¹⁶ Така, Ј. Барбић, цит. дело 103 и следните.

услов. Во интерес на правната сигурност е да се заземе став, дека договорот за обезбедување не е акцесорен, но обезбедувањето може со изрично договарање на суспензивен услов да се стори зависно од исполнувањето на тој услов. Според нас, за да се избегнат непотребни спорови, секогаш при склучување на спогодбата за обезбедување, треба изрично да се предвиди дека спогодбата за обезбедување ќе произведе дејство само ако побарувањето настане, односно настапи условот.

Какво е значењето на овој вид обезбедување? Овој вид на обезбедување одговара и за доверителот и за должникот. Предметот чија сопственост се пренесува за обезбедување останува во владение на должникот и тој може да го употребува и на тој начин да допринесува да може да го отплати долгот, кредитот и сл. Предавањето на предметот во владение, може негативно да се одрази врз должникот, затоа што тој не може да го користи, а може да му претставува товар и на доверителот, доколку тој треба да го чува, а при тоа нема право да го користи. Ваквиот начин на обезбедување е корисен и за доверителот, затоа што тој станува сопственик на предметот, предметот не мора да го држи во владение и не мора да се грижи за негово чување. Тешко би можело да се замисли банка која за своите дадени кредити би се обезбедила со земање и чување на предметите. Тоа е практично невозможно и нееконично и би предизвикало големи трошоци. Кога станува збор за обезбедување со пренос на право на сопственост на подвижни предмети на овој вид обезбедување, со право ќе може да му се забележи дека недостасува публицитет - јавност. Затоа, можеме да очекуваме дека во поголема мера ќе се применува невладетелскиот залог - регистрираниот залог, а дека овој вид на обезбедување ќе има своја примена кога е во прашање обезбедување со пренос на право на сопственост на недвижности. Таму е можен публицитет - јавност, затоа што во јавните книги во кои се врши упис на правото на сопственост на недвижности, ќе се забележи дека е пренесено правото на сопственост заради обезбедување. Во овој дел, посебно ќе се олесни работата на оние кои сакаат да знаат чија е недвижноста и дали е дадена за обезбедување, ако функционира Централниот регистар. Услов за тоа е секако да се ажурира катастарот и таму кај што не е востановен, да се востанови.

III. Предмет на обезбедување

На доверителот може да се пренесе сопственост на подвижни предмети и недвижности, како и пренос на права, ова под услов ако тие се во промет. Според некои автори, може да се пренесува и сосопственост на подвижни предмети и недвижности, односно права¹⁷. Во законите нема изрична одредба за ова. Во ЗИДЗИП, исто така, нема изрична одредба, но и без таква одредба сметаме дека е можно пренесување и на сосопственост за обезбедување.

ЗИДЗИП изрично не определил кои предмети и кои права можат да се пренесат. Покрај подвижните предмети и недвижностите од чл. 252-ђ од ЗИДЗИП, произлегува дека може да се пренесе сопственост на акции (и тоа: за акциите за кои не е издадена исправа и за акциите за кои е издадена таква исправа), и удели во трговско друштво.

1. Должникот може на доверителот да му пренесе сопственост на подвижни предмети, и тоа на поединечни предмети, а неможе да му пренесе сопственост на збирни предмети. Доверителот станува сопственик на подвижните предмети со потпишување на судскиот записник (чл. 252-б ст. 6 од ЗИДЗИП). За преносот на сопственоста од должникот на доверителот и за враќање на сопственоста од доверителот на должникот, не се плаќа данок на промет кога тој пренос се прави заради обезбедување (чл. 252-в ст. 7 од ЗИДЗИП). Меѓутоа, данок на промет ќе плати доверителот при пренос на право на сопственост на предмети заради обезбедување: а) ако доверителот го оттуѓи предметот иако за тоа не е овластен со спогодбата која ја склучил со должникот, за преносот на правото на сопственост на предметите од должникот на него. Рокот за плаќање на данокот се смета од денот на оттуѓување на предметот (чл. 252-в ст. 3 од ЗИДЗИП); б) исто така, данок на промет ќе треба да се плати и во случај кога должникот задоцни со исполнување на обврската, па не дојде до продавање на предметот и доверителот стане полноважен сопственик на предметите, во тој случај рокот за пријавување на преносот на правото на сопственост, односно на правата во врска со плаќањето на данокот на

¹⁷ Така Ј. Барбић, цит. дело, стр. 106

промет, се смета од денот кога доверителот станал сопственик на предметот (чл. 252-д ст. 5 и 9 т. 2 од ЗИДЗИП).

Во првиот случај, плаќањето на данок на промет е санкција за доверителот, затоа што располагал со предметот спротивно на спогодбата која ја склучил со должникот. Во суштина, тука има два промета, и тоа, еден, помеѓу доверителот и должникот, и еден, помеѓу доверителот и трето лице. И за двата промета, ќе се плати данок на промет. Во спротивно со институтот пренос на правото на сопственост за обезбедување, би се избегнала обврската да се плати данок на промет во првиот промет помеѓу доверителот и должникот. Во вториот случај, бидејќи се работи за дефинитивен промет со кој доверителот го наплатува своето побарување од должникот, дејството е исто како да сопственоста на предметот се пренесува наместо исполнување на обврската (*datio in solutum*), и на остварениот промет мора да се плати данок.

2. Покрај преносот на сопственост на подвижни предмети, должникот може да му пренесе на доверителот и сопственост над недвижности заради обезбедување. Кога станува збор за пренос на право на сопственост над недвижности, од должникот на доверителот, треба да се прави разлика дали е во прашање пренос на право на сопственост на недвижност на должникот која е запишана во јавна книга, од пренос на право на сопственост на недвижност која не е запишана во јавна книга. Ако е во прашање пренос на сопственост на недвижност која е запишана во јавна книга, спогодбата треба да содржи и изјава на должникот за тоа дека е согласен непосредно врз основа на спогодбата да може во јавната книга да се изврши тој пренос. Врз основа на записникот во кој е содржана спогодбата и изјавата на должникот, по барање на странките, преносот на правото на сопственост може да се запише во јавната книга со забелешка дека е извршен заради обезбедување (чл. 252-б ст. 4 и 5 ЗИДЗИП). Овој упис (забелешка во јавна книга) е многу важен, од причини што тој овозможува публицитет-јавност. Принципот на јавност има посебно значење кај прометот со недвижности.

Ако е во прашање пренос на сопственост на недвижност која не е запишана во јавна книга, доверителот станува сопственик со потпишување на записникот, во кој што е содржана спогодбата за обезбедување на побарувањето на доверителот (чл. 252-б ст. 6 од ЗИДЗИП).

За преносот на сопственоста на недвижности кои не се запишани во јавна книга, како и на подвижните предмети и преносот на правата, се објавува оглас во "Службен весник на Република Македонија", во кој се назначува судот кој го објавува огласот, бројот на предметот, странките, недвижностите или подвижните предмети на кои е пренесено правото на сопственост, односно правата кои се пренесени, како и известувањето дека преносот е извршен заради обезбедување. Недвижностите, подвижните предмети, односно правата ќе се означат така да без тешкотии може да се утврди нивната истоветност (чл. 252-б ст. 9 од ЗИДЗИП).

На преносот на сопственост на доверителот и на враќањето на сопственоста на должникот, не се плаќа данок на промет на недвижности, освен во напред споменатите два случаи: 1) кога доверителот ќе ја отуѓи недвижноста, иако на тоа не е овластен со спогодбата склучена со должникот; и 2) кога должникот ќе задоцни со исполнување на обврската, но недојде до продажба на недвижноста, а доверителот се согласи и стане нејзин сопственик. Плаќањето на данок на промет, при пренос на сопственост на недвижности заради обезбедување, може да има големо влијание во смисла да не се договара ова средство за обезбедување¹⁸.

3. Предмет на обезбедување може да биде и право. Преносот на правото како средство за обезбедување, најпрво се развил во Австрија¹⁹. Кај овој вид на обезбедување, најчесто во прашање е побарување, но тоа може да биде и друго право. Во ЗИДЗИП во чл. 252-ѓ, се наведени преносот на акциите и на уделите во трговски друштва. Најголемо значење има преносот на побарувањето од должникот на доверителот, кое должникот го има према некој негов должник. За полноважност на преносот на побарувањето не е потребна согласност од должниковиот должник, дури не е потребно тој да биде известен, иако отстапувачот (должникот), е должен за отстапеното побарување да го извести својот должник. Доколку за преносот на правото се плаќа данок, ако тоа е направено за обезбедување, при преносот на правото од должникот на

¹⁸ Така, во Германија, каде што овој вид на обезбедување и настанал во деловната пракса преносот на сопственоста на недвижностите за обезбедување, губи од своето значење, од причини што нема пропис според кој овој вид на пренос на сопственост на доверителот и при враќањето на сопственоста на недвижноста на должникот не е ослободен од плаќање на данок на промет. Види, Weber, Н. цит. дело стр. 120, цитрано по Ј. Барбић, цит. дело стр. 112.

¹⁹ Види, Weber, Н. цит. дело стр. 248, цитрано по Ј. Барбић, цит. дело стр. 112

доверителот и обратно нема да се плати данок, освен во напред наведените два случаи (чл. 252-в ст. 7 од ЗИДЗИП).

За обезбедување подобни се сите права кои се преносливи. Не можат да бидат предмет на обезбедување личните права, правата чии пренос е забранет со закон или со договор склучен со должникот. Може да се пренесува и дел од побарувањето, ако предметот на престаијата е делив, на пример, парични побарувања. Правото кое се пренесува мора да биде определено.

За разлика од преносот на сопственост за обезбедување кај подвижни предмети и недвижности, каде што должникот и понатаму може да ги користи предметите и недвижностите, кај преносот на правото - побарувањето за обезбедување должникот не може да го користи правото, така што при пренос на повеќе побарувања - права, може да се случи должникот да остане без приходи кои му се потребни за работење. Поради ова, во праксата на работењето на банките се развиле модели на пренос на побарувањата, кои го обезбедуваат доверителот, а на должникот му обезбедуваат натамошно работење. Така, постојат рамковно отстапување на побарувањата и глобално отстапувања на побарувањата²⁰.

4. За обезбедување на доверителот, може да му се пренесе чек и меница. Со договорот за обезбедување може да се предвиди кога плаќањето се врши со чек, сопственоста на чекот да премине на доверителот штом должникот добие чек.

Побарувањето од меница, должникот однапред може да му го отстапи на доверителот, така што меницата на доверителот му се пренесува со индосамент.

5. На доверителот можат да му се пренесат акции и удели во трговски друштва. Во прашање е пренос на права (имотни и управувачки).

Акциите и уделите се пренесуваат со склучување на спогодба. За секој пренос, судот пред кој е склучена спогодбата без одлагање ќе го извести трговското друштво заради спроведување на преносот во соодветните книги на друштвото, со забелешка дека преносот е извршен

²⁰ За ова поопширно види, Ј. Барбић, цит. дело, стр. 113 - 114.

заради обезбедување. Со преносот на акциите, односно уделите заради обезбедување, се додека доверителот не стане полноважен имател на акциите, односно уделите, односно дадените акции или уделите не бидат продадени или на друг начин отгуѓени, преносителот не го губи правото на глас, ниту правото да учествува во добивката, ако со спогодба поинаку не е определено (чл. 252-ђ од ЗИДЗИП).

IV. Кои побарувања можат да се обезбедуваат

Со пренос на сопственост или пренос на права, доверителот може да ги обезбеди своите парични и непарични побарувања. Кога се обезбедуваат непарични побарувања, во спогодбата мора да биде определена паричната противвредност на тоа побарување (чл. 252-б ст. 2 од ЗИДЗИП). По доспевањето на непаричното побарување, доверителот може да бира дали ќе бара извршување за присилно намирување на непаричното побарување, или ќе бара да го оствари своето право како да преносот на сопственост на предметите или преносот на правата е извршен заради обезбедување на паричната противвредност на непаричното побарување.

Доверителот ги обезбедува своите побарувања, за разлика од должникот кој може да даде обезбедување и за побарувања кои доверителот ги има према некој друг. Целта на обезбедувањето е доверителот да се обезбеди од ризици, поради кои не би можел да го намири побарувањето.

Во врска со обезбедувањето на побарувањата, во некои држави се поставило прашањето на прекумерното обезбедување. Германските судови, сметаат дека прекумерното обезбедување е ништавно²¹. Ваквиот став, би можел да има значење и за заземање на став во нашето право по напред поставеното прашање.

Ако се појде од ставот на германските судови дека спогодбата за обезбедување е ништавна, кога обезбедувањето е несразмерно, во однос на побарувањето кое се обезбедува, од причини на морал, а се споменуваат и зеленашките работи, тогаш имајќи го предвид чл. 3 од

²¹ Поопширно за ова види. Ј. Барбић, цит. дело стр. 117.

Законот за облигационите односи²², според кој учесниците во прометот слободно ги уредуваат облигационите односи, но не спротивно на принудните прописи и на моралот, како и чл. 95 од ЗОО, според кој договорот кој е спротивен на принудните прописи и моралот е ништовен, како и чл. 129 ст. 1 од ЗОО, според кој ништовен е договорот со кој некој, користејќи состојба на нужда или тешка материјална состојба на друг, неговото недоволно искуство, лекомисленост или завист и договори за себе или за некој трет корист која е во очигледен несразмер со она што на другиот му го дал или сторил, или се обврзал да му го даде или да му стори, напред цитираните одредби даваат доволна основа и нашите судови да заземат став како и германските судови, со цел да се спречат злоупотребите кои можат доверителите да ги направат према должниците. Од напред цитираните одредби на ЗОО, за зеленашките договори би можел да се за земе став должникот да може да бара, неговото обезбедување да се смали во разумни граници (на справедлив износ), за да може судот да го дозволи тоа барање и договорот со соодветната измена да остане во сила (чл. 129 ст. 3 од ЗОО).

Ваквото барање, должникот може да го поднесе во рок од пет години од склучувањето на договорот. Ако тој не поднесе барање, или не успее со барањето, должникот може да се повикува на ништавост на која судот согласно чл. 101 ст. 1 од ЗОО внимава по службена должност. На неа може да се повика и јавниот обвинител (чл. 101 ст. 2 од ЗОО).

Ако се исполнат претпоставките за ништавост на договорот, даденото обезбедување мора да му се врати на должникот (чл. 96 ст. 1 од ЗОО). Како тоа ќе влијае на обезбеденото побарување, зависи од договорот врз основа на кој настанало обезбеденото побарување и од правото кое на него се применува.

V. Спогодба за обезбедување

Фидуцијарниот пренос на правото на сопственост заради обезбедување се врши врз основа на спогодба. Спогодбата се склучува помеѓу дотогашниот сопственик на предметите-должникот и доверителот како нов

²² Законот за облигационите односи е објавен во "Службен весник на Република Македонија" р. 18/2001, во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗОО.

сопственик. Спогодбата е јавна исправа, со која доверителот и должникот се договараат да се пренесе правото на сопственост на одреден предмет, недвижност или одредено право од должникот на доверителот, заради обезбедување на одредено побарување кое доверителот го има према дотогашниот сопственик на тој предмет, или према некое трето лице (чл. 252-б ст. 1 од ЗИДЗИП)²³. За да може тој договор да ги произведе дејствата кои се предвидени со ЗИДЗИП, тој треба да биде склучен пред надлежен суд (чл. 252-а од ЗИДЗИП)²⁴.

Спогодбата за обезбедување е правен основ за пренос на сопственоста на предметите, односно за пренос на правата од должникот на доверителот. Без неа не може да се изврши пренос. Спогодбата за обезбедување во нашето право, е строго формален договор. Мора да се направи во форма на судски записник. Записникот кој по барање на странките на закажаното рочиште го составил судот, и во неа ја внел нивната спогодба за обезбедување на побарување на доверителот, со која му ја пренесува на доверителот сопственоста на некој предмет од должникот, или за таа цел на доверителот му пренесува некое право од должникот, има дејство на судско порамнување (чл. 252-б ств. 3 од ЗИДЗИП).

Во спогодбата треба да бидат наведени: страните (доверителот и должникот), со податоци за нивната идентификација; целта на обезбедувањето со наведување на побарувањето или побарувањата кои се обезбедуваат; означување на должникот, доверителот, долгуваниот износ; кога побарувањето ќе доспее, начинот како ќе се определи доспеаноста на побарувањето; ако е обезбедено непарично побарување, мора да е определена паричната противвредност на тоа побарување; предметот на обезбедување; ако се пренесува право на сопственост на недвижности, во записникот мора да е содржана изјавата на должникот за тоа дека е согласен непосредно врз основа на спогодбата да може да се изврши упис на преносот во јавните книги (*clausula intabulandi*).

²³ Така и N. Gavella, T. Јосиповиќ, И. Глиха, В. Белај и З. Стипкови : Стварно право, редактор, N. Gavella, Информатор, Загреб, 1998, стр. 610.

²⁴ Во Република Хрватска, оваа спогодба (договор) може да биде склучена пред суд и пред нотар (чл. 279 од ЗИП на Република Хрватска) и се разликуваат два вида на пренос на сопственост на предмети и пренос на права: 1) судско; и 2) нотарско обезбедување.

Ваквата содржина на спогодбата, произлегува од чл. 252-б од ЗИДЗИП.

ЗИДЗИП содржи одредби според кои и други прашања можат да се уредат со спогодбата. Така, во чл. 252-б ст. 7, во записникот може да се внесе и изјава на должникот дека е согласен да доверителот може непосредно врз основа на тој записник против него да побара присилно извршување, заради предавање на недвижности, односно предавање на подвижни предмети во владение по доспеаноста на побарувањето. Записникот кој содржи таква изјава е извршна исправа.

Во ЗИДЗИП се содржани одредби, со кои се уредуваат прашања кои се однесуваат на односот на доверителот и должникот, а кои не е потребно странките да ги внесат во спогодбата. Овие одредби ја дополнуваат спогодбата и допринесуваат таа да биде пократка. Така на пример, со чл. 252-б ст. 9 е предвидено дека за преносот на сопственоста на недвижностите кои не се запишани во јавна книга и на подвижните предмети, како и за преносот на правата ќе се објави оглас во "Службен весник на Република Македонија", во кој ќе се назначи судот кој го објавува огласот, бројот на предметот, странките, недвижностите или подвижните предмети на кои е пренесено правото на сопственост, односно правата кои се пренесени, како и известувањето дека преносот е извршен заради обезбедување. Доверителот станува сопственик на недвижноста која не е запишана во јавна книга, односно на подвижни предмети со потпишување на записникот во која е содржана нивната спогодба.

VI. Дејства на преносот на правото на сопственост на предмети и преносот на права заради обезбедување

Дејствата на преносот на правото на сопственост на предмети и преносот на права заради обезбедување, се уредени со ЗИДЗИП, но не треба да се ограничат само на тоа што е во ЗИДЗИП предвидено, затоа што мораат да се имаат предвид и другите прописи од други гранки на правото²⁵. Ова, од причини што овој вид на обезбедување, кој е уреден со ЗИДЗИП, не значи дека е феномен на извршното право.

²⁵ Така и Ј. Барбић, цит. дело стр. 125.

Во теоријата, дејствата на преносот на правото на сопственост на предмети и преносот на права заради обезбедување, се групираат во три групи и тоа: 1) правни дејства до доспеаност на обезбеденото побарување; 2) правни дејства по доспеаност на обезбеденото побарување; и 3) правни дејства по престанок на обезбедувањето²⁶.

Во натамошните излагања, правните дејства на преносот ќе бидат изложени онака како што се предвидени во ЗИДЗИП. ЗИДЗИП ги предвидува следните правни дејства:

1. Со склучување на спогодбата за обезбедување на побарување на доверителот (ЗИДЗИП зборува за потпишување на записникот, во кој е внесена спогодбата), на доверителот преминува правото на сопственост на недвижности запишани во јавна книга. За да може да се изврши тој пренос во јавните книги, потребно е во спогодбата да има изјава на должникот дека е согласен непосредно врз основа на спогодбата да може во јавната книга да се изврши тој пренос.

Врз основа на спогодбата (записникот во кој е содржана спогодбата) и изјавата на должникот, странките можат да бараат да се изврши пренос на правото на сопственост на недвижноста запишана во јавна книга, со забелешка дека преносот е извршен заради обезбедување (чл. 252-б ст. 4 и 5 од ЗИДЗИП).

2. Исто така, со склучување на спогодбата, односно врз основа на записникот кој има дејство на судско порамнување, на доверителот преминува правото на сопственост на недвижности кои се запишани во јавни книги, како и правото на сопственост на подвижни предмети, како и правата кои се пренесуваат со спогодбата, така што тој станува сопственик на тие предмети, односно имател на правата со потпишувањето на записникот (спогодбата - чл. 252-б ст. 6 и 8 од ЗИДЗИП).

За преносот на сопственоста на недвижностите кои не се запишани во јавна книга и на подвижните предмети, како и за преносот на правата ќе се објави оглас во "Службен весник на Република Македонија", во кој ќе се назначи судот кој го објавува огласот, бројот на предметот,

²⁶ Ваква поделба на правните дејства на преносот на правото на сопственост на предмети и преносот на права, прави N.Gavella: види: N.Gavella, T. Јосиповиќ, I. Gliha, B. Белај и З. Стипковиќ, цит.дело стр. 612 - 616.

странките, недвижностите или подвижните предмети на кои е пренесено правото на сопственост, односно правата кои се пренесени, како и известувањето дека преносот е извршен заради обезбедување. Недвижностите, подвижните предмети, односно правата, ќе се означат, така да без тешкотии може да се утврди нивната истоветност (чл. 252-б ст. 9 од ЗИДЗИП).

3. На преносот на сопственост која има за цел обезбедување и на враќањето на сопственоста по извршеното намирување на побарувањето на доверителот, не се плаќа данок на промет на недвижности, односно подвижни предмети. Истото ова важи и за преносот и враќањето на правото (чл. 252-в ст. 7 од ЗИДЗИП).

4. Записникот во кој е внесена спогодбата има дејство на судско порамнување (чл. 252-б ст. 3 од ЗИДЗИП), значи претставува извршна исправа. Поради ова, важно е во спогодбата обврските да бидат точно определени за да може нивното остварување да се изврши без претходно водење на судска постапка. Ваквото дејство на записникот, во чл. 252-б ст. 7 од ЗИДЗИП, посебно е нагласено, така што ако должникот дал изјава дека е солгасен да доверителот може непосредно врз основа на записникот да побара присилно извршување за предавање на недвижноста, односно подвижните предмети во владение по доспеаноста на обезбеденото побарување, записникот кој содржи таква изјава е извршна исправа.

5. Должникот е овластен и понатака да го користи предметот над кој е пренесено правото на сопственост на доверителот, а доверителот не смее да го оттуѓи и да го оптовари (чл. 252-в ст. 1 од ЗИДЗИП). Забраната за оттуѓување и оптоварување, се однесува и за пренесеното право (чл. 252-в ст. 5 од ЗИДЗИП).

Ако доверителот го оттуѓи или оптовари предметот, иако за тоа не е овластен со спогодбата за обезбедување на побарувањето (значи странките можат да се договарат и поинаку), таквото оттуѓување или оптоварување е полноважно, без оглед на тоа дали тој што го стекнал подвижниот предмет или правото знаел за ограничувањето, но тогаш доверителот му одговара на должникот за штетата која со тоа му е причинета. Ова го налага заштитата на правната сигурност во прометот. Ова произлегува од чл. 252-в ст. 2 од ЗИДЗИП.

6. Ако доверителот го оттуѓи предметот спротивно на договорот, должен е да плати данок на промет за преносот на правото на сопственост на предметите од должникот на него (чл. 252-в ст. 3 од ЗИДЗИП). Ова се однесува и кога доверителот ќе го оттуѓи правото, ако за тоа таков данок се плаќа (чл. 252-в ст. 5 од ЗИДЗИП).

Рокот за плаќање на данокот се смета од денот на оттуѓувањето на предметот, односно на правото. Неспорно е дека ќе треба да се плати и данокот на промет за пренос на правото на сопственост од доверителот на трето лице.

7. Со фактот што се признава оттуѓувањето или оптоварувањето на предметите и правата кои биле пренесени на доверителот, а тој без овластување ги пренел од него на трети лица, не е исклучена казнената одговорност за доверителот - физичко лице или за одговорното лице во правното лице на доверителот заради изигрувањето на доверието. Ова од причини, што при склучувањето на спогодбата за обезбедување, постои однос на доверба помеѓу доверителот и должникот (чл. 252-в ст. 8 од ЗИДЗИП).

8. Во ЗИДЗИП ако со спогодбата поинаку не е определено, предвидени се следните обврски за доверителот: 1) да презема мерки за зачувување на пренесеното побарување (доаѓаат предвид дејствија кои се потребни за да не се изгубат или да не се смалат некои права, или да не се изгуби правото за да се бара исполнување, како што е правото на приговор, известување и сл., преземање на дејствија пред суд или други органи и сл.); 2) да ги наплати каматите или било кои други повремени побарувања. Наплатените износи се пребиваат со трошоците за кои доверителот има право на надомест, потоа со каматите кои му се должат, а потоа со главницата; 3) да го наплати пренесеното побарување, односно да го прими исполнувањето откако ќе втаса. Оваа обврска е разбирлива, затоа што по преносот на побарувањето, доверителот освен ако во спогодбата не е нешто друго определено, единствено е овластен да бара и да прими исполнување на обврската од отстапеното побарување. Со исполнувањето на пренесеното побарување, доверителот стекнува сопственост на предметите со предавањето со кое побарувањето е исполнето. Ако предмет на исполнувањето се пари, доверителот е должен на барање на должникот, да го даде наплатениот износ кај судот или кај нотар, или ако неговото обезбедување на побару-

вањето е веќе доспеано, доверителот може да го задаржи долгуваниот износ на пари, а остатокот да го предаде на должникот. Ако должникот не постави вакво барање, доверителот може со парите да располага на друг начин, но мора да води сметка дека парите додека не втаса побарувањето, не му припаѓаат нему, бидејќи ги држи само како замена за побарувањето кое му било пренесено за обезбедување и парите ги држи како повереник на должникот со кој е во однос на доверба. Поради ова, доверителот мора со парите да постапува така што ќе ги штити интересите на должникот (корисно да ги вложи, за да не изгубат од вредноста и сл.). Тој би морал да постапува онака како што би постапувал добар стопанственик (чл. 252-в ст. 4 од ЗИДЗИП).

9. Должникот на побарувањето кое е пренесено на доверителот заради обезбедување, може на доверителот да му ги истакне приговорите кои во случај на отстапување на побарувањето должникот на тоа побарување би можел да ги истакне на примателот (чл. 252-в ст. 6 од ЗИДЗИП). Што значи, покрај приговорите кои ги има према него, може да ги истакнува и оние приговори што можел да му ги истакне на отстапувачот, до моментот кога дознал за отстапувањето. Од друга страна, должникот му одговара на доверителот само за тоа дека побарувањето постои во моментот кога е извршено отстапувањето.

10. Должникот има право да му биде вратена сопственоста, односно правото, ако во рокот ја исполнил својата обврска спрема доверителот. Доверителот е должен, без одлагање, да му го врати правото на сопственост на предметите, или да му го пренесе назад стекнатото право ако тој го остварил своето побарување, но не со продажба на предметите, ни со упаричување на правото, ниту на начин кој според ЗИДЗИП се смета дека станал полноважен сопственик на предметите, односно имател на правото (чл. 252-г ст. 1 и чл. 252-д ст. 10 од ЗИДЗИП).

Во случај на делумно исполнување на побарувањето, доверителот е должен некој од предметите, односно дел од правото на предметите, односно правото или дел од правото да го врати на должникот, ако тоа е можно.

Должникот може правото за враќање на сопственоста на предметите, односно враќање на пренесеното право да го остварува и со тужба пред судот, ако обврската на доверителот е изразена на соодетен начин

во спогодбата за обезбедување, може да го остварува и непосредно со спроведување на извршување.

11. Должникот има излачно право во случаите кога се спроведува присилно извршување или стечај против доверителот, но тоа негово право е ограничено само на правото на предметите и правата кои ги пренел на доверителот заради обезбедување, освен ако извршувањето не се спроведува заради остварување на побарување на трето лице према доверителот, кое доверителот го обезбедил со засновање на заложно право на пренесените предмети или права (чл. 252-г ст. 2 од ЗИДЗИП).

Ваквото решение е последица на фидуцијарниот пренос на сопственоста на предметите, односно побарувањата и израз на околноста дека доверителот е привремен правен сопственик на предметите, односно привремен имател на правата²⁷.

12. Со преносот на акциите, односно уделите заради обезбедување, се додека доверителот не стане полноважен имател на акциите, односно уделите, односно додека акциите или уделите не бидат продадени или на друг начин оттуѓени, преносителот не го губи правото на глас, ниту правото да учествува во добивката, ако со спогодбата за обезбедување поинаку не е определено (чл. 252-ѓ ст. 3 од ЗИДЗИП).

Со напред наведените решенија, предвидени во ЗИДЗИП, не се решаваат сите прашања кои се од значење за односите помеѓу страните од договорот за обезбедување, па и за односот на некоја од нив со трети лица. За разрешување на некои од тие односи се меродавни и други прописи. Така, во случаите кога со спогодбата за обезбедување поинаку не е определено, предметите над кои правото на сопственост е пренесено на доверителот, остануваат кај должникот и тој може да ги користи, но тој е должен да постапува со внимание, односно со однос на доверба кој постои помеѓу него и доверителот, кој сега е сопственик на предметот. Бидејќи должникот му го пренел правото на сопственост на доверителот за обезбедување на некое негово побарување, должникот не би требало да направи ништо што би ја довел во прашање спогодбата за обезбедување. Предметот ќе може да се користи, така да не се намали вредноста повеќе од кога би се намалила со редовна употреба за целта за која се употребува; предметот треба да се чува и да се одржува. Должникот треба да постапува како добар

²⁷ Така и Ј. Барбић, цит. дело, стр. 129.

домаќин и ризикот од случајно пропаѓање и оштетување е на должникот, затоа тој треба да го осигура предметот. Поради бројните прашања кои можат да се постават во врска со користењето на предметите над кои е пренесено правото на сопственост за обезбедување, за да се избегнат неизвесности и недоразбирања, пожелно е начниот на користењето да е договорен во спогодбата за обезбедувањето на побарувањето. Иста е ситуацијата и со преносот на правото. Должникот е должен да ги преземе сите дејствија потребни за заштита на интересите на доверителот и неговите права и да му помогне во остварувањето на заштитата, до-колку е потребно.

Исто така, не е решено прашањето ако во извршна постапка бидат зафатени предмети кои се наоѓаат кај должникот, а правото на сопственост е пренесено на доверителот заради обезбедување, или кога е поведена постапка за стечај против должникот кај кого се наоѓаат предметите.

Кога е во прашање извршување, ЗИП го решава прашањето со можност за изјавување на приговор од трето лице. Доверителот треба да се смета за прав сопственик на предметите, односно прав имател на правото, без оглед на тоа што предметите односно правото не се негови во права смисла, затоа што правото е пренесено за обезбедување на побарувањето и треба да се смета за привремено. Поради ова, на доверителот му се признава право на приговор против извршувањето со кое се зафатени предмети на кои е пренесено правото на сопственост на доверителот, односно правото кое му е пренесено и тој има право да бара извршувањето да се прогласи за недопуштено.

Во стечајна постапка, која се води над должникот, на доверителот му се признава право на разлачен доверител и тој има право на одвоено намирување на предметите, односно на правата кои му се пренесени заради обезбедување.

Во случаите кога должникот го пренел правото на сопственост на предметите на доверителот заради обезбедување, а ги задржал предметите, тој не смее да располага со предметите, односно да ги оттуѓува, а ако тој и покрај оваа забрана ги оттуѓи, бидејќи за тоа нема одредби во ЗИДЗИП, ќе треба да се применат одредбите од Законот за сопственост и другите стварни права²⁸, кои го регулираат стекнувањето на сопственост на подвижни предмети од несопственик.

²⁸ Законот за сопственост и други стварни права е објавен во "Службен весник на Република Македонија" бр. 18/2001, во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗС.

Ако должникот кој веќе еднаш го пренел правото на сопственост на предмети за обезбедување на еден доверител, па и по втор пат тоа го направи на друг доверител, во тој случај треба да се применат одредбите од ЗС за стекнување на право на сопственост на ист подвижен предмет, кога повеќе лица склучиле правни работи.

Ако се склучени две спогодби за обезбедување со пренос на правото на сопственост без предавање на предметот, би требало да се заземе став дека втората спогодба не треба да произведува правно дејство.

ЗИДЗИП нема посебни одредби за тоа како ќе се решава прашањето кога на предметите над кои е пренесено правото на сопственост за обезбедување на доверителот е засновано законско заложно право?

Одговорот на ова прашање се решава според одредбите на ЗОО. Законското заложно право на предметите на кои е пренесено правото на сопственост за обезбедување го следи предметот, па така тоа мора да го трпи и доверителот. Ова правило ќе важи и тогаш кога ова право (залогата) ќе настане и по преносот на правото на сопственост на предметите кое му е пренесено на доверителот за обезбедување²⁹.

VII. Право на доверителот во случај на задоцнување на должникот

Ако доспее обезбеденото побарување, а должникот не ја исполни обврската, доверителот е овластен да го намири своето побарување од предметот кој го добил во сопственост заради обезбедување на тоа

²⁹ ЗОО во неколку одредби предвидува засновање на законско заложно право. Така, во чл. 647 кога се работи за обезбедување на наплата на побарувања за надомест за работа и надомест на потрошен материјал, како и на други побарувања по основ на договор за дело, вршителот на работите има право на залог над предметите што ги направил или поправил, како и на други предмети што му ги предал наредувачот во врска со неговата работа, с додека ги држи; комисионерот има право на залог над предметите што се предмет на договорот за комисион и додека тие предмети се кај него или кај некој кој ги држи за него, или додека има во рацете исправа со помош на која може да располага со нив (чл. 842 ст. 1 од ЗОО); ист е случајот и со лицето кое врши контрола на квалитетот и квантитетот на стока според договорот за контрола на стока, тој има право на залог над стоките што му се предадени на контрола (чл. 909 од ЗОО); така е и кај налогопричет кој има право на залог над подвижните предметите на налогодавецот што ги добил по основ на налог (чл. 819 од ЗОО); и превозникот има право на залог над предметите што му се дадени заради превоз и во врска со превозот додека ги држи или додека има во раце исправа со помош на која може да располага со нив (чл. 735 од ЗОО); и трговскиот застапник има право на залог над сумите што ги наплатил за налогодавецот по негово овластување (чл. 865 од ЗОО).

намирување. Доверителот не мора да го користи тоа право, но тој може, иако неговото побарување е обезбедено со сопственост на одреден предмет, да се намири од некои други должникови предмети или имотни права. Ако успее да се намири, побарувањето престанува, а со тоа и причината поради која на него му било пренесено правото на сопственост за предметот. Во тој случај, тој е должен да го "врати" пренесе правото на сопственост на должникот³⁰. Правото на продавање на предметот настанува ако обврската која доспеала не се намири. ЗИДЗИП ја уредува постапката за продажба, односно намирување на доверителот, при тоа, не исклучувајќи ја можноста доверителот и должникот поинаку да го уредат намирувањето со спогодбата за обезбедување³¹. Во прашање се права на странките, со кои тие можат слободно да располагаат. ЗИДЗИП содржи одредби кои ќе се применуваат, ако странките во спогодбата не определиле нешто друго. Продажбата не ја спроведува суд. Неа ја спроведува нотар или лице кое е за тоа овластено (агенција која се бави со такви продажби на предмети или упаричување на побарувања). Реално е да се очекува дека страните на спогодбата ќе ги користат одредбите за продажба на предметите на кои е пренесено правото на сопственост за обезбедување, и дека нема во спогодбата поинаку да го уредат намирувањето на побарувањето.

Во ЗИДЗИП постапката за продажба е целосно регулирана и подеднакво ги штити интересите и на двете страни.

Постапката за остварување на правото на доверителот започнува, така што доверителот е овластен да побара од должникот преку нотар во рок од 15 дена да го извести и да бара предметот на кое е пренесено правото на сопственост да се продаде, или пренесеното право да се претвори во пари со посредство на нотар.

Ако должникот го извести доверителот дека бара продажба, во известувањето должникот е должен: 1) да ја определи најниската цена по која предметот може да се продаде, односно правото да се упаричи, при што таа не може да биде пониска од обезбеденото побарување, зголемена за каматите и трошоците на доверителот кои се предвидени, а ќе втасаат односно настанат до истекот на рокот до кој нотарот мора да го продаде предметот или упаричи правото, како и за предвидениот

³⁰ Така, N. Gavella, T. Јосиповиќ, И. Глиха, В. Белај и З. Стипковиќ, цит. дело стр. 613

³¹ Така и Ј. Барбиќ, цит. дело стр. 136.

данок на промет; 2) да го именува нотарот кој ќе ја изврши продажбата на предметите, односно упаричувањето на правото; 3) да приложи изјава дека е согласен да се изврши продажба, односно упаричување, како и дека е согласен да ги авансира трошоците на продажбата, или упаричувањето и дека е согласен од износот добиен при продажбата, односно упаричувањето, претходно да се намира побарувањето на доверителот со каматите и трошоците, како и данокот на промет, ако се плаќа на таква продажба, односно упаричување.

Откако ќе го прими известувањето со прилозите, доверителот е должен во рок од 15 дена да го овласти нотарот кој го назначил должникот за да го продаде предметот или да го упаричи правото во согласност со условите определени во известувањето од должникот. Доверителот е должен да ги преземе сите останати дејствија на барање од нотарот, со кој се овозможува разгледување на предметите, односно запознавање на содржината на правото. Ако доверителот не ги преземе овие дејствија и не го овласти нотарот да го продаде предметот, му одговара на должникот за причинета штета.

Ако нотарот не успее предметот да го продаде, односно правото да го упаричи во рок од три месеци од денот кога доверителот за тоа го овластил, ќе се смета дека должникот се одрекол од правото да бара продажба на предметот, односно упаричување на правото.

Ако должникот не го извести доверителот дека бара да се продаде предметот на кое е пренесено правото на сопственост или пренесеното право да се претвори во пари, односно не ја определи цената, не го определи нотарот и не даде изјава дека е согласен да се изврши продажба, односно ако нотарот не успее предметите да ги продаде или правото да го упаричи, во рок од три месеци ќе се смета дека доверителот станал полноважен сопстеник на предметите, односно полноважен имател на правата кој на него се пренесени, за цената која одговара на износот на обезбеденото побарување со каматите и трошоците, како и данокот на промет, освен ако доверителот во рок од 15 дена по истекот на 15-те дена кои му се дадени на должникот да бара продажба на предметите, односно упаричување на правото преку нотар, не го извести должникот дека не сака да ги задржи предметите, односно правото наместо исплата на обезбеденото побарување.

Однапред не е допуштено да се договараат, доверителот да може да го задржи предметот ако побарувањето кога ќе втаса не биде платено. Ваквото договарање би било ништаво. Но, по доспеаноста на побарувањето, должникот може со доверителот да договорат замена на исполнувањето, да "доверителот прими нешто друго наместо она што му се долгува" и ако тоа го прими, обврската престанува (чл. 297 ст. 1 од ЗОО)³².

Ако доверителот стане сопственик на предметот, односно имател на правото, обезбеденото побарување се смета за намирено, кога доверителот стане сопственик односно имател на правото. На ваквиот пренос, мора да се плати данок на промет, доколку тој се плаќа, а рокот тече од денот кога доверителот станал сопственик, односно имател на правото.

Данокот на промет ќе се плати и ако нотарот ги продаде предметите или го упаричи правото, ако за тоа се плаќа данок на промет. Рокот ќе тече од денот кога нотарот го продал предметот, односно го упаричил правото.

Ако доверителот го извести должникот дека не сака да го задржи предметот или правото наместо исплата на обезбеденото побарување, овластен е своето побарување против должникот да го остварува, така што предметот ќе го продаде или правото ќе го упаричи сам, и тоа преку нотар или преку лица овластени за продажба на предмети, односно упаричување на права. За да може тоа да го оствари, потребен му е предметот, односно има право да бара да му се предаде предметот во владение. Ако тоа било договорено во записникот во кој е содржана спогодбата за обезбедување, тогаш спогодбата по втасаноста на побарувањето ќе има својство на извршна исправа и врз неа доверителот ќе може да бара присилно извршување заради предавање на недвижност, односно подвижен предмет во владение по втасаност на обезбеденото побарување³³. При продажба на предметите или упаричување на правата, доверителот е должен да постапува со внимание на добар стопанственик и за тоа да му положи сметка на должникот. Ако со таквата продажба на предметите или упаричување на правата, доверителот не успее во целост да го намири своето побарување, овластен е да бара од должникот извршување врз основа на записникот во кој е содржана

³² Така. N. Gavella, T. Јосиповиќ, И. Глиха, В. Белај и З. Стипковиќ, цит. дело стр. 614.

³³ Така. N. Gavella, T. Јосиповиќ, И. Глиха, В. Белај и З. Стипковиќ, цит. дело стр. 615.

спогодбата за обезбедување, за намирување на преостанатиот дел на своето побарување од останатите предмети и права од имотот на должникот. За тоа не му е потребна нова извршна исправа. Извршувањето ќе се води врз основа на записникот, во кој е содржана спогодбата за обезбедување. Доверителот и должникот можат во спогодбата за обезбедување да определат правила за продажба која ќе ја спроведе нотарот или овластено лице. Тие можат да определат дека продажбата ќе се изврши со собирање на јавни понуди или на јавен конкурс (може да се определи и колку најмалку понуди мора да има), или продажбата ќе се изврши со непосредна спогодба ако продажбата два пати не успее ни со јавни понуди, ни со конкурси. Доколку се определат вакви услови, нотарот или овластеното лице кое што ќе ја врши продажбата се обврзани со тие правила. Вакви правила страните можат да предвидат, не само кога продажбата ја врши сам доверителот, него и кога неа ја бара должникот³⁴.

³⁴ Така Ј. Барбиџ, цит. дело стр. 140.

Проф. др Арсен Јаневски

Редовни професор Правног факултета "Јустинијан Први" у Скопљу

ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПОТРАЖИВАЊА ПОВЕРИОЦА ПРЕНОСОМ СВОЈИНЕ НА СТВАРИ И ПРЕНОСОМ ПРАВА ПО ЗАКОНУ О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Резиме

У овом раду елабориране су одредбе Закона о изменама и допунама Закона о извршном поступку (чланови 252а-252ђ) којим је уведено ово ново средство обезбеђења потраживања повериоца.

При томе посебно су обрађена следећа питања; о појму и значењу овог вида обезбеђења, о предмету обезбеђења, потраживања која се могу обезбедити, споразум за обезбеђење, дејства која производи ово средство обезбеђења, као и права која има поверилац ако дужник не испуни своју обавезу, односно реализација-продаја ствари односно уновчење права.

Овим средством обезбеђења дужник преноси повериоцу права својине на покретне ствари, на непокретности и права, за обезбеђење како новчаних тако и новчаних обавеза. Основ за овај вид преноса права својине на ствари и преноса права је судски записник у коме је садржан споразум странака којим је дужник сагласан да пренесе право својине ради обезбеђења, а поверилац има обавезу да врати (пренесе) право својине дужнику ако он у року који је договорен њему исплати његово потраживање. Судски записник у коме је садржан споразум

странака има својство извршне исправе. Ако дужник не испуни своју обавезу, поверилац има право да тражи намирење путем продаје ствари којом је та обавеза била обезбеђена. Продају-реализацију врши нотар. Ако продаја не успе, поверилац има право да тражи да ствар пређе у његово власништво и тиме да се сматра да је намирен. Ако и то не жели, поверилац може ствар продати или право уновчити сам, и то преко нотара, или преко лица која су овлашћена да изврше продају.

Проф. др Мила Јовановић

**КОНСТИТУЦИЈА ЦАРА КОНСТАНТИНА
ВЕЛИКОГ О НЕЖЕЊАМА И ОНИМА
БЕЗ ДЕЦЕ**

UDK 347.61/.64:34(37)

Апстракт

Предмет овог рада је конституција цара Константина, из 320 године, којом се укидају санкције за нежење (*caelibes*) и оне који нису имали деце (*orbi*). Санкције су уведене Августовим брачним законодавством, *Lex Iulia et Papia*, из 18. године пре нове ере и 9. године нове ере. Циљ овога рада је скре-

тање пажње научне јавности, посебно нишке (због царевог рођења у античком *Naissus*-у), на врло значајну конституцију кроз коју такође доминира дух толеранције, као и кроз Милански едикт, којим је цар Константин прихватио хришћанство, 313. године.

Кључне речи: цар Константин, Милански едикт, конституција из 320. године, *Lex Iulia et Papia*, *caelibes* и *orbi*, *ius liberorum* дух толеранције.

Проф. др Мила Јовановић¹

КОНСТИТУЦИЈА ЦАРА КОНСТАНТИНА ВЕЛИКОГ О НЕЖЕЊАМА И ОНИМА БЕЗ ДЕЦЕ

За једанаест година, ваља подсетити, навршиће се читавих седамнаест векова од Миланског едикта о толеранцији, којим је хришћанство прихваћено, тј. допуштено уз остала ондашња веровања². Цареви Константин Велики и Лициније прогласили су слободу вероисповести хришћанства, као и свих осталих веровања, и наредили хитно враћање хришћанима свих конфискованих добара током претходних бројних прогона³. Година 313. у том смислу представља прекретницу у светској историји, али, на жалост, не потпуно и не свуда и за сва времена онако како је цар Константин желео. Заправо омогућила је, уз несумњиво изузетан продуктивљујући и оплемењујући благотворни утицај, дотле непознат људском роду, и прекретницу у нежељеном смислу, већ од тренутка када је, по едикту Теодосија I, 380. године, хришћанство проглашено за једину допуштену веру; и када су, као некада против хришћана, кренули прогони пагана и јеретика⁴. Ширећи се временом

¹ Ванредни професор на Правном факултету у Нишу.

² О карактеру едикта у формалноправном смислу в. Шаркић, С. – Правне и политичке идеје у Источном римском царству, Београд, 1984, стр. 197 и даље.

³ О садржини едикта такође в. Шаркић: Исто.

⁴ Прогони хришћана, посебно под Нероном, бивали су и тема белетристике (Сјенкјевич: Quo vadis?). Прогони су настављени и касније, по њима је био озлоглашен и Диоклецијан. Што се пагана и јеретика тиче, први прогони се помињу под Грацијаном (375-383), сином Валентинијана (цара Запада), а по неким подацима било их је и раније, мада не тако сурових као после Теодосијевог едикта. Неке податке о томе в. Машкин, Н. А. –

скоро на читав свет, а претварајући се практично у идеологију и удаљавајући се од изворног смисла, хришћанство ће, односно тумачење хришћанства, потпуно изменити слику Европе, посебно због расцепа између Запада и Истока царства. Крсташки ратови, "истеривања ђавола", и "прогони вештица", отворени и стално тињајући сукоби унутар саме хришћанске заједнице, значиће заправо потпуно извртање вере и поновно разапињање Христа кроз хиљаде недужних⁵. Да хришћанство није злоупотребљавано за интересе држава и потпуно извртано од стране екстремиста, да се остало на толеранцији коју је Константин промовисао, свет би током векова, и данас, био сасвим другачији, а вера се не би толико удаљила од изворних принципа. Но, аутор овога рада нема компетенције нити довољно знања о хришћанској вери, деценијама практично прогањаној са ових терена, да би судио о тако значајним појавама. Али сматра корисним и потребним да се и на овај начин изнова врати сећање на нека дела Константина Великог, како због интензивног утицаја хришћанства на право уопште, преко римског и на модерно, тако и због идеје толеранције која се среће и у неким конкретним одлукама, тј. конституцијама великог цара, а не само у општем прогласу о толеранцији вера. Ово тим више што је Константин рођен у Нишу, античком *Naissus*-у, имајући летњу резиденцију на простору Медиане. Мора се приговорити да, уз ретке изузетке, Нишлије нису посветиле довољно пажње слави великог цара Нишлије⁶.

Предмет овога рада је Константинова конституција из 320. године, дакле седам година после Миланског едикта, којом се практично укидају санкције за нежење и оне који нису имали деце (*caelibes* и *orbi*); конституција која је, за разлику од реформи Константина и његове верске политике, мање позната и мање третирана у литератури. А циљ рада је управо скретање пажње на меру са далекосежним последицама за будућност, не само римску но и европску следећих

Историја старог Рима, Београд, 1968. (превод са руског М. Марковић, изд. у Лењинграду, 1948), стр. 504; такође в. Станојевић О. – Римско право, Београд, 2001. стр. 80.

⁵ О неким аспектима прогона, рефлектованим на жену, в. Бебел, А. - Жена и социјализам, превод Туцовић – Поповић, Београд, 1956; такође в. Божић, А. – Положај жене у приватном праву кроз историју до данас, Београд, 1939.

⁶ Срећном професор Петар Петровић је много труда уложио за откопавање археолошког налазишта на Медиани и посветио доста писаних речи античком Нишу. Међу млађим Нишлијама Константином се бави свештеник Ивица Живковић, а драгоцен допринос сазнавању неких података о животу, делању и вери Константина дао је књижевник Небојша Озимић у хрестоматији, тј. избору текстова о Константину, под насловом: Војсковођа, цар, светац, Ниш, 1997. Колико је познато, има још заинтересованих Нишлија за дело Константина, што ће вероватно помоћи да се баци више светла на личност чије дело је променило свет, као и да се порекло цара достојно обележи.

векова. Санкције за нежење и орбе су биле уведене брачним законодавством Августа, као првог принцепса; законима *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, из 18. године старе ере, и *Lex Papia Poppaea*, из 9. године нове ере⁷. Првим је наметнута обавеза склапања брака, другим обавеза родитељства, уз могућност усвајања деце ако се немају рођена. Закони чине обиман комплекс низа одредби (о обавези брака и родитељства, неким брачним забранама, санкцијама за непоштовање закона, привилегијама за родитеље, изузетим лицима итд). Заправо представљају неку врсту кодекса брачног и породичног права. У изворима се најчешће помињу као *Lex Iulia et Papia*, а понегде и као *Leges caducariae*, тј. Кадукарни закони, по *caduca*, добрима која нису могли наследити непокорни грађани, *caelibes* и *orbi*. Оригинал законâ није сачуван, а није сачињена ни нека реконструкција, али фрагменте из коментара закона од стране правника садрже *Digesta* на више од три стотине места. Основни циљ Августов био је демографски: подизање наталитета у вишим слојевима друштва, како би Империја добила достојне наследнике. Крајњи циљ Августов било је стабилизовање и јачање римске државе, посебно њеног владајућег слоја, како би се обезбедила будућност Империје под доминацијом римско-италског елемента. У том смислу ограничено је склапање бракова са недостојним лицима (уз претходно ограничавање доделе права грађанства), а истовремено су предвиђене санкције за нежење, *caelibes*, и оне без деце, *orbi*, чак неке и за родитеље чији брак је престао а други нису склопили, *patres solitarii*; и установљено је *ius liberorum*, право преко деце, које даје одређене привилегије родитељима⁸. У области јавног живота следила су ограничења за обављање политичких функција, тј. предност су у томе имали *patres*, као и ограничења у погледу јавних свечаности, профаних и религијских; а у области приватног права ограничено је пре свега право наслеђивања, сем за изузета лица (*exceptae personae*), те су ненаслеђена добра, *caduca*, припадала онима који су се покорили законима Августа, који су имали *capacitas* по овим законима. Ако таквих лица није било *caduca* припадају држави. Наравно, садржина закона је далеко комплекснија и санкције су далеко бројније од овде поменутих. Да ли је Август успео да потпуно оствари постављене циљеве тешко је рећи, али је извесно да је његово законодавство имало бројне ефекте,

⁷ О томе в. Heineccius, Io. Gottl., - *Ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam commentarius*, Lipsiae, 1778; такође Astolfi, R. - *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986 (Издање, Padova, 1970); такође Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994.

⁸ Сумарни осврт на *ius liberorum*, односно на садржину овог права, в. у Јовановић, М. - Чувено римско *ius liberorum*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2000/2001, стр. 61-81.

свакако и на пољу наталитета, а неке одредбе, рецимо о брачним забранама, остале су на снази све до Јустинијана, прерастајући чак у брачне сметње⁹. Међутим, ово законодавство је временом претрпело бројне промене, те велики број одредби губи стари значај и првобитни смисао.

До неких измена дошло је убрзо иза Августа, мада је његов Принципат читава два века опстао у миру и просперитету, уопште као и на пољу права. Али, све изразитија милитаризација друштва, ради одржавања огромне Империје, и све веће финансијске потребе државе, уз стално јачање провинцијских елемената и опадања значаја романо-италског, као и промене у структури и идеологији владајућег слоја, основа су великих промена у праву уопште, па и у брачном и породичном, узрокујући све изразитије потискивање норми Кадукарних закона, најпре кроз промену смисла појединих међу њима. Полазећи од тог законодавства као једног језгра, већ законодавна пракса и правна наука класичног, а још далеко више посткласичног периода, кроз процес перманентног дограђивања и истовременог разграђивања старог текста законâ, све се више удаљавају од првобитне садржине законских одредби. Додела грађанства скоро свим слободним становницима Империје, долазећи не из милости већ из потребе, рапидно одудара од Августових политичких циљева, садржаних и кроз кадукарно законодавство, а све изразитија експанзија хришћанства, иако уз сталне прогонне хришћана, изузетно сурове, поткопава њихову етичку оправданост. Коначно, уследиће и укидање, мада не свих одредби одједном.

Централно место, уз норме о брачним забранама, у Августовом законодавству имале су санкције за нежење и ожењене без деце, а већина осталих одредби, у служби основних циљева закона, углавном се кретала око тих централних. Временом, уз промене у политичком животу, опада значај кадукарног законодавства, а с тим се мења и однос према санкцијама, као и према привилегијама за *patres*. Са једне стране, релативно су бројни случајеви додељивања привилегија, кроз доделу *ius liberorum*-а, од стране императора лицима која нису испунила законске услове, међу којима су били и неки познати римски писци¹⁰.

⁹ О томе в. Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994.

¹⁰ Интересантно је да песник Плиније млађи успева да измоли такву привилегију од цара Трајана и за себе и за историчара Светонија Транквила. О томе в. Плиније: Писма (Gaius Plinius Caecilius Secundus: Epistulae), превод Вилхар, 10, 2 и 10, 49.

Са друге стране, док се санкције задржавају, генерално гледано, неке привилегије нестају, одражавајући мењање, практично нестајање првобитних циљева закона. *Constitutio Antoniana* (Каракалин едикт) из 212. године, додељујући скоро свим перегринима грађанство, практично брише некадашњи Августов циљ: здраво обнављање виших кругова римско-италског грађанства, који би успешно владали пространим римским светом. Центар тога света ће под Константином, нешто више од три века после Августа, постати Константинополис (326-330). Али већ пре 212. године је смисао неких норми Августовог законодавства био измењен, тиме индиректно и циљеви којима је први принцепс тежио. Улпијан у *Regulama*, писаним највероватније пре Каракалиног едикта, сведочи да су *patres* изгубили право на *caduca*, односно да ожењени са децом, родитељи, више нису стицали добра која нису могли наследити *caelibes* и *orbi* (немајући *capacitas*), што је дотле била значајна привилегија у оквиру *ius liberorum*-а. Појмовно одређујући *caduca* правник додаје: "Данас према конституцији императора Антонина сва кадукарна добра потражује фискус; али се поштује старо право у погледу деце и родитеља"¹¹. Старо право, које помиње, је оно важеће пре кадукарних закона, а и по овим законима су родитељи и деца изузета лица од санкција у погледу наслеђивања. Али за друга лица санкције су остале а привилегије укинуте, јер фискални интерес је превагнуо над некадашњим демографским.

На опадање значаја Августовог брачног законодавства утицало је и све снажније ширење хришћанских идеја, посебно оних које пропагирају чедност до аскетизма, а од којих ће неке попримити и елементе искључивости до екстремизма. Иако Библија сугерира рађање, идеје које допиру у Рим уздижу целибат. Неки међу апологетама хришћанства, иако припадајући различитим сектама, јавно изражавају одбојност према захтевима Августовог брачног законодавства. Иако се не захтева монаштво од свих поданика, ипак се целибат велича као врлина. Екстремни облик негирања рађања и полне љубави среће се у Тертулијановом *Apologeticum*-у, писаном негде око 197. године¹². Иако овај екстремиста у Риму није имао великог утицаја, његови списи, који изричито противрече библијској поруци о рађању, свакако су оставили трагове. У измењеној ситуацији у Империји, уз све већи утицај провинцијских

¹¹ Улпијан Регуле, 17, 2, превод Ромац, А. – Улпијан: Књига регула, Загреб, 1987

¹² О раном хришћанству и неким идејама апологета хришћанства, у времену пре прихватања од стране Константина, в. Випер, Р. Ј. – Рим и рано хришћанство, превод Милидраговић, Сарајево, 1963.

схватања и веровања, хришћанске идеје, па и њихово радикализовање и удаљавање од изворних принципа, несумњиво поткопавају централне одредбе Кадукарних закона. Иако ће паганска схватања још дуго остати доминантна, чак врло раширена и након Миланског едикта, све је дубљи процес измене јавног мњења, у оквиру којег се, уз слављење целибата, тешко може оправдати кажњавање оних који не склапају бракове. А од тренутка када је хришћанство допуштено као вера равноправна са осталима, темељ санкција за нежење и парове без деце био је озбиљно пољуљан. Као први хришћански цар, Константин Велики их је, коначно, и изричито укинуо (укидајући тиме и *incapacitas* лица која се нису покорила законима) мада не у свим сегментима.

Константинова конституција из 320. године, садржана у Теодосијевом кодексу под насловом "*De infirmandis poenis celibatus et orbitatus*" гласи: "Они којима је по старом праву, као нежењама, закон претио казнама, да буду слободни и да тако живе, и да се помогну убрајањем у оне који су брак склопили, те да сви једнако стекну положај какав заслужују. Поготово (заиста) да нико не буде *orbis*: проглашава се да такво називање (својство) никакву штету не наноси ..."¹³. Овај текст преузет је и од стране Јустинијана, под истим насловом.¹⁴

У самом наслову конституције се изричито помиње укидање санкција, уз наглашавање у тексту да нежење, *caelibes*, не треба више да због свог статуса страхују, јер се практично укида закон, односно део закона који им је претио санкцијама. Наглашава се да надаље бивају слободни, тј. ослобођени санкција некадашњег закона, и да даље могу слободно тако да живе, као нежење. При том се даље каже да треба да буду "убројани у оне који су брак склопили", односно да ће надаље имати једнак статус са ожењенима, уз додавање да као такви могу "сви једнако да стекну положај какав заслужују"; односно да им се омогући заузимање одговарајућих јавних функција, уколико су им по друштвеном статусу такве функције биле доступне. При том се вероватно подразумевала и *capacitas* за наслеђивање, односно овом конституцијом би требало да се практично укида њихова *incapacitas*, бар генерално гледано, мада то није изричито наглашено, вероватно с разлогом. Односно, вероватно је да су ипак остала нека ограничења наслеђивања, можда због дубоко укорене праксе, јер тек

¹³ С. Th. 8, 16, 1, *De infirmandis poenis celibatus et orbitatus*: "Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur atque condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbis habetur: proposita huic damna non noceant ..."

¹⁴ С. 8, 57 (58), 1.

касније следи изричито укидање *incapacitas* за супружнике. Други део конституције помиње *orbe*, ожењене без деце, за које се наглашава да "поготово" нико не треба да буде *orbis*, односно, каже се даље да такво својство никакву штету не може нанети, тј. да не доводи ни до каквих ограничења у правима. Овакво наглашавање могло би значити да су за нежење ипак остала нека ограничења, мада се генерално укида и такав статус. У ствари, овом конституцијом се практично укидају централне одредбе Августовог брачног законодавства, те се може рећи да је скоро читаво стављено ван снаге, осим одредби о брачним забранама. Ипак, само једном оваквом конституцијом нису могле бити напречац укинute све пратеће одредбе из кадукарног законодавства, које су ушле у праксу, и нису се могле у тренутку збрисати све постојеће разлике између нежења и орба, на једној страни, и *patres*, на другој страни; и то не само због одређене инертности праксе, већ и због бројних ситуација започете примене старих прописа а неокончаних случајева, као и због већ дубоко укорене-ног схватања да *patres* имају предности над осталима. Зато је било потребе за још неким интервенцијама, и од стране самог Константина, а и његових следбеника.

Године 332. Константин је изричито одредио да после истека двогодишњег рока веридбе вереници више нису *caelibes*, као и да вереница има право на раскид веридбе и удају за другога¹⁵. Интересантна је судбина одредбе о обавези поновног склапања брака. Неке интервенције у том погледу извршио је Констанције, 360. године, а одлуком Мајоријана, из 458. године, потврђена је обавеза удовице, након рока жалости (*tempus lugendi*) за које време се закон не примењује (*vacatio legis*), на поновно склапање брака, уколико није имала деце у претходном браку. Овакву одлуку неки аутори сматрају изразом бриге за јавни морал, сматрајући да су младе удовице без деце биле изазов за мушкарце. Извесно је, међутим, да је у овом случају, читавих 138 година после Константинове конституције, искоришћена одредба Августових закона у сасвим друге сврхе, тј. са другачијим смислом у односу на изворни. Могућно је да се овде осећа и нови утицај званичног државног хришћанства, које није било баш превише благонаклоно према жени, удаљавајући се од изворног смисла. Иначе се кроз хришћанство почиње све више да слави целибат, мада се, сем од неких екстремиста, не негира брак; али се тежи, при том, високом моралу и поштовању одређених правила. На неки начин је и Август томе тежио, али изгледа са мање

¹⁵ С. Тн. 3, 5, 4.

успеха но што ће га имати устоличено хришћанство. Ако се брак хтео морао је бити закључен на прописани начин и уз поштовање прописаних забрана. Заправо задржане су забране које предвиђа Августово законодавство, неке су прерасле у брачне сметње, а уследиле су и неке нове забране. И на том пољу је Константин реаговао, али управо задржавајући забране, посебно за сенаторски ред, и истичући генералну забрану брака са "женама ниским и одбаченим" и набрајајући у конституцији из 336. године жене са којима је брак био недопуштен (робиње, ослобођенице, глумице, крчмарице, њихове кћери и кћери крчмара, подводачице и њихове кћери као и кћери подводача, ћерке учесника спектакла у арени, посебно кћери гладијатора, као и жене које су се бавиле јавном трговином)¹⁶. Брак са овим женама био је ништав, односно забране су прерасле у брачне сметње. Неке ће бити укинуте тек од стране Јустинијана.

Капитални значај ипак има, и то не само као обично укидање законских санкција које су три века биле на снази, Константинова конституција из 320. године. Њоме, међутим, нису била решена сва питања међусобног наслеђивања супружника без деце, што је учињено касније. И, што је значајније, није потпуно решено, на генерални начин и за поједине конкретне ситуације, питање права преко деце, *ius liberorum*. Изгледа да у пракси, као и код неких одредби везаних за брак, укидање није ишло аутоматски и одмах у погледу свих постојећих одредби, које су три века биле на снази. Иако је било изигравања закона (симулираним браковима, разводима одмах након добијене јавне функције, усвајањима деце само ради функција и њихово касније потпуно запостављање)¹⁷, ипак је дугогодишње важење законског комплекса устоличило одређену праксу која се није могла напречац изменити. Било је, рецимо, примера да су и након 320. године упућиване молбе императору за доделу *ius liberorum*-а или *ius communitium liberorum*-а, за двоје супружника. Јер давно је била уведена пракса да се заслужним лицима без деце могла доделити оваква привилегија, која омогућује обављање јавних функција односно предности при избору на функције, као и неке друге привилегије. Како је већ поменуто, песник Плиније Млађи је од цара Трајана измолио овакву привилегију и за себе и за историчара Светонија Транквила. У

¹⁶ С. Th. 4, 6, 3pr.

¹⁷ Неке податке о томе в. у Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994.

посткласично доба је ова пракса била врло раширена, а остаје, по неким подацима судећи, и после Константина. Цареви Аркадије и Хонорије, 396. године, наглашавају да желе олакшати стицање *ius liberorum*-а¹⁸. А тек су Хонорије и Теодосије, конституцијом из 410. године (када је формално укинута и туторство над женама, будући већ раније избичајено), укинули изричито ограничења у погледу међусобног наслеђивања супружника без деце¹⁹. Истом конституцијом, у Теодосијевом кодексу наведеном под насловом "*De iure liberorum*", практично су укинули *ius liberorum*, у форми као да га свима додељују²⁰. Ове конституције преузео је Јустинијан, довршавајући тако процес укидања одредби из *Lex iulia et papia*²¹.

Додела *ius liberorum*-а и након Константинове конституције из 320. године сведочи, поред осталог, и о чињеници да се није могло брзо и једноставно правно деловати кроз све сегменте гломазног ондашњег римског друштва. Уз то, рекло би се, ни укидање санкција, као и некад њихово увођење од Августа, није стриктно поштовано у свим деловима Римског царства и од свих утицајних поданика, па ни од свих императора, како због постојеће праксе тако и због укореењених другачијих схватања. Уосталом, била је то велика новина, капитална промена, која се рефлектовала скоро на читаво друштво, као ново схватање, практично нова филозофија, чије устоличење је захтевало доста времена и доста додатних интервенција. Била је то новина са далекосежним значајем за будуће векове Европе и света, те отуда чуди чињеница да цитираној Константиновој конституцији на овим теренима, одакле цар потиче, уопште није придат значај. А питање личне слободе, које укључује и питање брака и потомства, увек је било једно од врло расправљаних. У том смислу циљ овога рада је управо скретање пажње научне јавности на мање познату, али изузетно значајну меру цара Константина Великог. Додуше, због проблема наталитета на овим теренима било би корисно завирити у Августово брачно законодавство, чије мере су биле стимулативне. Али тиме се не би умањило значај Константинове конституције, чији карактер и деловање према будућности могу отворити бројна питања. Посебно питање, које се као прво намеће, јесу разлози за овакву меру цара Константина. Ово поготово због чињенице да је укидањем санкција укинут и

¹⁸ С. Th. 8, 17, 1.

¹⁹ С. Th. 8, 17, 2.

²⁰ С. Th. 8, 17, 3.

²¹ С. 5, 4, 27; С. 6, 58, 12, 1; С. 8, 58 (59), 1-2

један приход државе, не посебно издашан у оно доба, али свакако не значајан, макар у смислу да лична понашања бивају подређена интересима државе. Среће се у литератури, углавном узгредно, став да су приходи *fiscusa* од нежења и *orba* били занемариви, те није било проблематично укинути санкције, као и став, такође узгредан, да се санкције у пракси и нису довољно примењивале, те их је требало и формално укинути. Оба ова схватања не дају задовољавајући одговор на питање доношења посебне конституције. Најчешће се у литератури, без посебне дубље анализе, констатује утицај хришћанских идеја, односно све раширенија идеја целибата, као моралне чистоте и аскетизма у служби Бога²².

Такав утицај хришћанства је несумњив, али тешко је поверовати да су екстремисти међу апологетама целибата могли имати одлучујући утицај на цара, који сам није био аскета (за живота је петорици синова поделио управу појединим провинцијама)²³. Уосталом ни хришћанство није прогласио једином вером, но само допуштеном. Додуше, у погледу Константиновог преобраћења, тј. прихватања хришћанства, постоје бројна различита схватања, уз основно, да је искрено и са разумевањем прихватио хришћанску веру: рецимо да је то био чисто политички чин, затим да је заправо цар пагански веровао у магију крста, не схватајући суштину хришћанства итд²⁴. Наравно, у то питање се овде не може посебно залазити, поред осталог и због оскудног знања аутора овога рада. Али, без претензија да се аргументовано доказује, рекло би се да је Константин искрено прихватио хришћанство и да је изворни смисао хришћанске вере схватио далеко боље но бројни његови следбеници, промовишући принцип толеранције, један од најдрагоценијих и најпримеренијих људском роду. И рекло би се да такав његов став стоји и у основи конституције којом се укидају санкције за нежење и оне без деце. Ових неколико запажања изнето је, како је већ наглашено, превасходно са циљем да се скрене пажња на изузетно значајан потез једног великог цара и да се иницирају даља обухватнија и дубља истраживања од стране аутора са ових простора са којих је и цар Константин потекао.

²² О томе в. Астолфи, Р. – *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986 (1 издање, Падова, 1970)

²³ О томе в. фрагмент из дела Е. Гибона у Озимих, Н. – Војсковођа, цар, светац, Ниш, 1997, стр. 19-25

²⁴ Нешто о томе у фрагменту из дела А. Алфолдија, према Озимих, Н. – Војсковођа, цар, светац, Ниш, 1997, стр. 26-33

Prof. Dr. Mila Jovanović, LL.D
Associate Professor

THE CONSTITUTIO ACT OF EMPEROR CONSTANTINE THE GREAT ON BACHELORS AND THE CHILDLESS

Summary

The subject of this paper is the Constitutio Act adopted in 320 AD by Emperor Constantine the Great, which abolished the sanctions imposed on bachelors (caelibes) and the childless (orbi). Those sanctions were first introduced by Augustus's matrimonial legislature (Lex Iulia et Papia) in 18 BC and in 9 AD. The aim of this paper is to draw the attention of general scientific public, particularly in Nish (as Emperor Constantine was born in the ancient town of Naissus), to this very important act which is distinct by its prevailing spirit of tolerance, which was also an outstanding feature of the Milan Edict of 313 AD when Emperor Constantine accepted Christianity.

Key words: *Emperor Constantine, the Milan Edict, Constitutio Act of 320 AD, Lex Iulia et Papia, caelibes and orbi, ius liberorum, spirit of tolerance.*

Мр Митина Светлана Игоревна

**ВЗАИМООТНОШЕНИЯ РИМА С
ЭЛЛИНИСТИЧЕСКИМИ ГОСУДАРСТВАМИ:
ПРАВОВАЯ ПРАКТИКА**

UDK (37):(38):34

*Мр Митина Светлана Игоревна*¹

ВЗАИМООТНОШЕНИЯ РИМА С ЭЛЛИНИСТИЧЕСКИМИ ГОСУДАРСТВАМИ: ПРАВОВАЯ ПРАКТИКА

Вопрос о характере и значении взаимоотношений Рима с эллинистическими государствами, а так же об их правовой основе вплетается в контекст сразу двух проблем: эволюции римской практики международного общения в эллинистическую эпоху и природы правовых институтов, на основе которых это общение строилось.

Постепенное втягивание Рима, начиная с конца III в. до н.э., в орбиту восточносредиземноморской политики влекло за собой переосмысление роли, задач, средств и механизмов правового регулирования международного общения. Без слияния римского правопонимания с уже апробированной эллинистической схемой не сформировалась бы та правовая база, на которой покоился имперский порядок на протяжении нескольких веков.

Мотивы политики Рима в Восточном Средиземноморье, характер римского империализма широко обсуждаются в современной исследовательской литературе.² И, хотя существуют разные подходы в оценках

¹ Кандидат исторических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Новгородского государственного университета.

² Хашов А. И. Проблема "Римского империализма" во французском антиковедении. // Проблемы истории и историографии. Античность. Средние века: Межвузовский сборник. Уфа, 1990. С.86-91.

причин появления Рима в данном регионе, однако весь ход исторических событий, средства и методы римской дипломатии указывают на то, что сам термин "римский империализм" нашел закрепление в научной литературе не случайно. Правда, уже анализ принципов фециального права должен был бы свидетельствовать, что нет войны более приемлемой для римских богов, чем война оборонительная для самой страны или ее союзников. Но, указывая на это, Э. Бэдиан тут же замечает, что законы, как известно, лишены реального содержания.³ Римская философия в лице Стои, разработав теорию "справедливой экспансии"⁴, со своих позиций оправдала насильственное приобщение соседних народов к римской цивилизации. Таким образом можно все действия Рима на востоке объяснить и оправдать весьма гуманными целями и соображениями. Недаром М. Ростовцев считает, что условия мира, заключенного с Антиохом III, свидетельствуют о том, что Рим не имел тогда еще желания расширить свою территорию путем включения части Востока. Его задача ограничивалась предотвращением распространения любой восточной власти, которая может быть опасной ему.⁵ Последнее созвучно соображениям Полибия, полагавшего, что не следует давать какому-либо государству усилиться до такой степени, когда становится невозможным оспаривать его посягательство даже на общепризнанные права (Polyb. I, 83, 4-5).

В современной литературе существует две диаметрально противоположные точки зрения о характере римско-эллинистических влияний. С одной стороны, существует мнение, что изощренные правила поведения, которые развивались в дипломатии эллинистических городов и царей, не могли столь же легко применяться в отношениях с республиканским Римом.⁶ Означает ли это, что Рим был недостижим для влияния эллинистической политической и правовой культуры или просто следует говорить о его избирательной позиции в отношении стиля международного общения? Ф. Ф. Мартенс, например, связывает усвоение римским обществом института гостеприимства со знакомством прежде всего с греческой культурой. С частного уровня этот институт трансформировался в государственный и получил санкцию в законе.⁷

³ Badian E. Roman imperialism in the late republic. Ithaca, New York, 1971. P. 11.

⁴ Чернышев Ю. Г. Теория "смешанной конституции" у Цицерона и система принципата // Древнее право. Jus antiquum. № 1. 1996. С. 96.

⁵ Rostovcev M. A History of the Ancient World. Oxford, 1927. Vol. II. P. 75.

⁶ Adcock F., Mosley D. J. Diplomacy in ancient Greece. London, 1975. P. 117.

⁷ Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Москва, 1996. Т. I. С. 52.

Надо полагать, что сфера действия закона о гостеприимстве определялась договорами Рима с народами, в дружбе которых он был заинтересован.

С другой стороны, встречаются указания на то, что Рим усвоил методы и терминологию эллинистической дипломатии.⁸ Однако взаимоотношения эллинистических государств с Римом дают немало примеров трансформации эллинистической правовой практики под влиянием Рима. Так, Полибий, явно нерасположенный к этолийцам, обвиняя их во всех смертных грехах, указывает, что те имели возможность обижать и грабить эллинов, пока блюстителями Эллады не стали римляне, и расхищать чужое добро больше не дозволялось. (см.: Polyb. XXX. 11.).

Для эпохи эллинизма характерно состояние постоянных войн. Война породила эллинизм и фактически стала способом его существования. Этим можно объяснить рост влияния третейских судов в международных спорах. Обращает на себя внимание выбор посредников конфликтующими сторонами. Привлечение в качестве арбитров третьих государств было обычным делом при условии, что эти государства также эллинистические. Практика сложилась таким образом, что чаще всего "судьи" представляли тот регион, где разгорался конфликт и где враждующие рассчитывали закрепить свое влияние.⁹ Естественно, что необходимый для арбитра нейтралитет базировался в данном случае на не заинтересованности в усилении любой из сторон. И все участники отношений, в том числе и посредники, выступали в роли носителей чисто эллинского права. Такая ситуация сохранялась вплоть до появления в Восточном Средиземноморье Рима. Преимущество последнего заключалось во времени его появления на Востоке. В конце III - начале II вв. до н.э. рост напряжения межгосударственных отношений достиг такого уровня, какого не было со времени раздела империи Александра Великого. Восточное Средиземноморье представляло собой настоящий клубок противоречий, распрей, взаимных претензий. Главными претендентами на роль мирового арбитра выступали Филипп V Македонский и Антиох III Сирийский. Однако ни того, ни другого не желали видеть абсолютными носителями права остальные государства.

⁸ Штаерман Е.М. Эллинизм в Риме // Эллинизм: Восток и Запад / Отв. ред. Е.С.Голубцова. Москва, 1992. С. 155.

⁹ Бокшанин А. Г. История международных отношений и дипломатия в древнем мире. Москва, 1945. С. 49-50; Gruen E. S. The Hellenistic world and the coming of Rome. Vol. I. Berkeley ets., 1984. P. 97.

Поэтому появившийся с запада Рим казался меньшим злом и даже некой панацеей для наведения порядка. Одними из первых апеллировали к Риму Птолемеи. Надо заметить, что античные авторы всячески оправдывают действия египтян, фактически нарушивших границы действия эллинистического права (см.: Polyb. XV. 20. 1-3; Just. XXX. 2. 8). Птолемеи решились на подобное под страхом потерять свои владения в результате их раздела Сирией и Македонией. Правда, как замечает Е. С. Груэн, нет оснований полагать, что, например, птолемеевский двор, обращаясь за посреднической помощью к римскому сенату, собирался навсегда ввернуть ему судьбу государства.¹⁰ А именно этого добивались римляне, используя роль международного арбитра в своих экспансионистских целях.

Допустив Рим на свое правовое поле, эллинистические правители совершили политическую оплошность, которая впоследствии дорого им обошлась. Рим использовал это как зацепку для активного вмешательства в восточномедиземноморские дела, он действовал решительно и безапелляционно.

Жалобы от эллинистических государств на своих соплеменников буквально посыпались в римский сенат, который превратился в своеобразный арбитраж для эллинистических государств. Эвмен Пергамский жаловался на Филиппа V, завладевшего городами Фракийского побережья, Смирна и Лампсак - на действия Антиоха III (Syll. 4. 591; Polyb. 52. 2; Liv. XXXIII. 38; App. Syr. 2) и так далее.

Рим, взбодренный подобным вниманием, уверовал в свою миссию мирового арбитра. Он ломал старые правовые стереотипы, навязывал свои правила игры на правовом поле. Однако понятие правосудия римски было весьма своеобразным. Так, Полибий сообщает, что в Ахайе нашлось очень много граждан, которые навлекли на себя подозрение воздержанием от дел (имеется в виду, в пользу римлян), как люди, поджидающие благоприятного момента и сочувствующие македонскому царю Персею. Однако никто не слышал от них ни единого слова, сказанного открыто против римлян, некто не уличил их в сношениях с Персеем, письменных, или через посредников, и они оставались не уязвимы. По мнению автора, эти люди поступали правильно, когда не бежали от суда и следствия и испробовали все средства

¹⁰ Gruen E. S. Op. cit. Vol. II. P. 615.

защиты. (Polyb. XXX. 7. 5-8). Однако, как мы видим позже, это не помогло им избежать судебного преследования, ибо для римлян не только активное противодействие, но и бездействие в выражении покорности означало признаки преступления. Таким образом, Рим как бы предпринимал превентивные действия по профилактике возможных преступлений против распространения своей власти. Обвинение строилось на основе весьма сомнительных списков, составившихся по принципу личной неприязни соплеменниками несчастных. (Polyb. XXX. 13. 6-8).

Одним из наиболее ярких проявлений правового взаимодействия Рима с эллинистическим Востоком является практика заключения договоров. Из римских нам известны относящиеся, вероятно, к числу наиболее древних союзнические договоры, отличающиеся конкретностью, постоянством и сопровождаемые клятвами. Они подразделялись на *foedera aequa* и *foedera inaequa*¹¹, т.е. на равноправные и неравноправные.

Трудно сказать, сохранилось ли подобное деление договоров во время активизации римской политики в Восточном Средиземноморье. Если исходить из того, что договоры *aequa* чаще заключались с целью гарантии сторонам военной взаимопомощи, то именно к такой категории можно отнести ряд договоров с эллинистическими государствами и отдельными городами конца III - начала II вв. до н.э.

Как считает Р. К. Шерк, самым древним их сохранившихся оригинальных договоров Рима и наиболее ранним документом о связях с греческим Востоком является договор с Этолийской Лигой 212 или 211 г. до н.э. Тот же самый автор отмечает, что договор не отражает желаний территориальной экспансии, а нацелен исключительно на ведение войны против Филиппа V.¹² Если это так, то в данном случае мы имеем как бы образец союзнического договора в чистом виде. Однако из источников известно, что переговоры с Этолийской лигой не просто затрагивали проблему союза. Некоторые нюансы недвусмысленно указывают на подспудно созревающие планы будущего имперского строительства. Ливий, например, упоминает обсуждение вопроса о возможности предоставления прав гражданства союзникам (Liv. XXVI,

¹¹ Бартошек М. Римское право (Понятия, термины, определения). Москва, 1989. С. 135; ср.: Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Москва. 1996. Т. I. С. 51.

¹² Rome and the Greek East to the death of Augustus / Ed. by R. K. Sherk. Cambridge ets., 1984. P. 1-2.

24, 3-4). Да и сама судьба договора весьма примечательна. У Полибия приводятся достаточно детальные первоначальные условия договора, фиксирующие, что каждая из сторон должна получить в случае военного успеха (Polyb. XVIII, 38, 6-8). Но в содержании явно отсутствовали столь же детально оговоренные причины возможного разрыва договорных отношений или их изменения. Это создавало правовую предпосылку для манипуляции в интересах Рима. Политическая ситуация в регионе быстро менялась. Рим постоянно пересматривал и уточнял свои позиции, искал возможности изменить смысл содержания договора путем более подробного его прочтения. Это в свою очередь, вело к возникновению разногласий между бывшими союзниками.

Для утверждения своего авторитета в регионе в ход шли всевозможные дипломатические, политические приемы, включая нечто вроде сепаратных контактов. Римляне устанавливают отношения с отдельными островными государствами и городами. Правда, в этом они не были первопроходцами. Подобная схема союзнических отношений уже существовала на эллинистическом Востоке. И сам Рим имел аналогичную практику в Италии. Таковым стал договор с Метимной примерно 154 г. до н.э. о взаимопомощи на случай войны.¹³ Мы знаем, что римские легаты, выполняя этот договор, потребовали от Пруссия возмещения убытков, причиненных метимнянам (Polyb. XXXIII, 13, 8).

Договор с Кибирой, входившей в состав малоазийского государства, состоявшего из четырех городских общин, предполагал военное сотрудничество и взаимную помощь.¹⁴ Сохранилась та часть документа, которая отражает техническую сторону договора. Здесь уже специально оговаривалась возможность добавлений или исключений из договора по взаимному согласию сторон. Таким образом, это было соглашение, на равных заключенное сторонами, одинаково заинтересованными друг в друге. Однажды зафиксированный договор мог варьироваться в зависимости от меняющейся ситуации, оставаясь при этом определенно союзническим. Только такой тип договора мог соответствовать бурной динамике тогдашней политической действительности.

По оговоренным в тексте условиям, договор предполагалось выгравировать на бронзовой таблице и поместить в храме Юпитера Капито-

¹³ Ibid. P. 32-33.

¹⁴ Ibid. P. 24-25.

лийского и в Кибире на базе статуи богини Ромы. Римляне вообще предпочитали изготавливать государственные документы на бронзовых и медных досках, тогда как в Греции в качестве материала использовались мраморные плиты.¹⁵

Разновидностью союзнических договоров можно считать договоры не о прямой военной поддержке, а о содействии, которое могло выражаться в неоказании помощи противникам любой их союзных сторон. Так, в договоре Рима и Астипалайи 105 г. до н.э. оговаривалось, что стороны не будут пропускать через свои территории врагов своих союзников и не будут оказывать им помощь ни оружием, ни деньгами, ни кораблями.¹⁶

По римской традиции договоры с Кибирой, Астипалайей, Метимной больше всего подходят к *foedera aequa*, равноправным договорам, заключавшимся с государствами, чей суверенитет признавался Римом.¹⁷ Они относятся к периоду, когда Рим искал варианты правового обоснования своего постоянного присутствия в регионе, которое на первом этапе казалось совершенно лишённым легитимной базы. Поэтому и приходилось маневрировать, заключая союзы на равных с отдельными городами, выбирая гибкие, приемлемые и даже желательные для союзной стороны варианты договорных отношений. Лишь со временем, после ряда широкомасштабных военных операций, римская дипломатия могла уверенно опираться на традиционное для эллинизма "право копья", на которое ссылались и эллинистические монархи, как на узаконивающий их действия и не подлежащий сомнению фактор (Polyb. XVIII, 51; Liv. XXXIII, App. Syr. 3).

С Антиохом III римляне пытались заключить договор по типу *foedus aequum*, хотя речь шла не о сотрудничестве, а скорее о разграничении сфер влияния. Если верить Полибию, нечто подобное было в практике договоров с Карфагеном (Polyb. III, 22-27).

По мнению Ф. Ф. Мартенса, *foedera aequa* иногда совершались и с противником, которого Рим не в силах был победить.¹⁸ Антиох III не мог

¹⁵ История дипломатии. / Под ред. В. А. Зорина и др. Москва, 1959. Т. I. С. 65.

¹⁶ Rome and the Greek East... P. 56-58.

¹⁷ Бартошек М. Указ. соч. С. 135.

¹⁸ Мартенс Ф. Ф. Указ. соч. С. 51.

согласиться на условия римлян, но одновременно не хотел терять те преимущества, которые предполагала дружба с Римом, и потому вынужден был маневрировать.¹⁹ Но никакое маневрирование не может заменить четких договорных отношений. Как известно, позже договор все-таки был заключен, но носил уже совершенно иной характер.

Традиция отношения к договорам как к священным актам волеизъявления государств одинаково ясно прослеживается и в Риме, и на эллинистическом Востоке. Когда-то в древнем Риме заключение договоров было прерогативой фециалов. В Греции существовали специальные должности (*kerukes*), связанные с культом посланника богов Гермеса. Они занимались внешнеполитической деятельностью и обладали чем-то вроде дипломатического иммунитета.²⁰

В эллинистических государствах в роли послов часто выступали добровольно вызвавшиеся уважаемые граждане или, если речь идет о монархии, назначенные царем сановники. В Риме заключение договоров поручалось магистратам или легатам, причем под свою ответственность.²¹ Состав посольств утверждался сенатским постановлением.²² Это вносило новизну в дипломатический этикет Востока. Осознавая себя частью великого народа, послы часто вели себя на равных с эллинистическими владыками, и уже одно это придавало заключенным договорам весьма своеобразный характер. К числу замечательных можно отнести факт дерзкого поведения Гая Поппилия Лената. Он заставил Антиоха IV дать ответ на требования сената, не выходя из круга, очерченного вокруг царя палкой (Polyb. XXIX, 27; Liv. XLV, 12, 4-6). Марк Эмилий Лепид, исполняя решение сената, пригрозил Филиппу V судом за обиды, причиненные Атталу и родосцам (Polyb. XVI, 34, 4-5). Видимо, римляне восприняли действия царя как нарушение договора. О каком суде шла речь, трудно сказать. Мы знаем о суде рекуператоров, разбиравших дела о возмещении ущерба на основе международных договоров.²³ Его иногда соотносят с третьей судом.²⁴ Однако этот суд скорее находил применение лишь в отношениях с италийскими общинами. В нашем случае речь может идти о неком

¹⁹ Gruen E. The Hellenistic world and the coming of Rome. Berkeley ets., 1984. Vol. II. P.617.

²⁰ Adcock F., Mosley D.J. Op. cit. P. 153.

²¹ Бартошек М. Указ. соч. С. 135.

²² История дипломатии. Т.1. С. 63.

²³ Бартошек М. Указ. соч. С. 270.

²⁴ История дипломатии. Т.1. С. 62.

подобии третейского суда в составе представителей сената и обиженных сторон. Интересен сам факт угрозы судом монарху за нарушение договорных условий.

Рим интересовали все сферы жизни и политики региона. И, как следствие, от его внимания не могла ускользнуть проблема правового регулирования морских коммуникаций. Собственно говоря, Рим и оказался то на Востоке в силу желания поставить под свой контроль весь бассейн Средиземного моря. В связи с этим следует отметить, что преступления, совершаемые в открытом море, в то время представляли уже отдельную категорию. Так, проблема пиратства была настолько актуальным злом, что эллинистическое общество созрело даже до принятия законов по борьбе с ним. Известны две надписи, содержащие или разные или один и тот же закон. Одна помещена на трех мраморных блоках от монумента в Дельфах, посвященного Л. Эмилию Павлу. Вторая надпись из Книд была начертана в пять столбцов слева направо на трех известняковых блоках, расположенных рядом. Проблема идентичности содержания надписей до сих пор составляет предмет научных споров, поэтому трудно сказать: был ли это один закон или два похожих.²⁵

Суть данного закона или законов в следующем: после окончательного поражения Селевкидов при Магнезии в 189 г. до н.э. Малая Азия и большая часть Киликии вышли из под их контроля и стали базами пиратов. Защищенные горами от нападения с севера, они свободно хозяйничали в восточном Средиземноморье. Рим не препятствовал им. Вплоть до конца II в. до н.э. существовала полная экспансия пиратов, пока наконец Рим не предпринял активные действия. Первые указания на эти действия и содержатся в данных законах (законе) и касаются миссии Марка Антония. Однако, как мы знаем, и после этого угроза со стороны пиратов сохранялась вплоть до компании, проведенной Помпеем в 67 г. до н.э., когда пираты были действительно поставлены под контроль.²⁶

Полибий рассказывает о том, что иллирияне постоянно занимались нападениями на торговых людей Италии. При этом грабежи сопровождалась убийствами или захватом в плен (Polyb. II. 8. 1-3). Причем на протесты

²⁵ Rome and the Greek East P. 59-66.

²⁶ Ibid. P. 64.

римских послов иллирийская царица Тевта ответила, что у царей Иллирии не в обычае мешать кому бы то ни было в приобретении себе добычи на море. (Роуѳ. II. 8. 8-9). Однако создать действенную правовую базу для борьбы с пиратством было весьма проблематично. Дж. Габерт, проводя анализ документов, указывает на сложность конкретного определения роли пиратов в жизни тогдашнего общества. Так, явно один и то же человек может фигурировать в источниках и как пират, и как наемник (высший офицер в армии Антигона), и даже как официальный городской советник.²⁷ Как отмечает В. Тарн, пиратство было хуже бандитизма и лучше организовано. В борьбе с пиратами цари не оказывали никакой помощи, наоборот, часто были в дружественных отношениях с предводителями пиратов, в которых находили своих союзников.²⁸ Правды ради следует признать, что периодически все-таки предпринимались попытки решить проблему в региональном масштабе, на что указывают и выше упомянутые авторы. Так, еще Перикл, вынашивая идею всегреческого конгресса, считал, что наряду с другими вопросами он должен решить также, "чтобы все могли плавать, не опасаясь нападения, и чтобы между всеми греками был мир". Свобода плавания была установлена в договоре с Филиппом Македонским (338 г.) и подтверждена в договоре с Александром Великим (336 г.). Вместе с тем считалось, что плавание вдоль берегов, а тем более заход в иностранные порты подчинены контролю со стороны прибрежного государства.²⁹ Но, как мы видели на примере с Иллирией, это не всегда гарантировало безопасность.

Активное вмешательство Рима в политическую жизнь Восточного Средиземноморья сказалось двояко. С одной стороны, Риму, безусловно, удалось навести хотя бы относительный порядок на морских коммуникациях, тем более, что Средиземное море стало внутренним имперским морем. С другой стороны, как справедливо отмечает Х. Нойкирхен, именно вмешательство Рима в греческие дела привело к тому, что пиратство стало фактически формой выражения социального и политического протеста против римского господства. Жители разоренных греческих городов охотно шли к пиратам, яростно сопротивлявшимся росту римского владычества.³⁰

²⁷ Gabbert J. J. The Greek hegemony of Antigonos II Gonatus (r. 283-239 B.C.). Cincinnati, 1988. P.231.

²⁸ Тарн В. Эллинистическая цивилизация. Москва, 1949. С. 100-101.

²⁹ Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И. История международного права. Москва, 1990. С.27.

³⁰ Нойкирхен Х. Пираты. Морской разбой на всех морях. Москва, 1980. С. 41.

Рим не только стал еще одним претендентом на звание властителя морей. С момента появления в Восточном Средиземноморье он вел себя буквально как диктатор. Используя как главный правовой аргумент мощь своей военной машины, Рим сумел навязать всем эллинистическим государствам по очереди договоры, которые в конечном счете определили новый политический режим в том числе и моря, гарантом которого теперь единолично он сам и выступал. Так, подданные Тевты и вообще все эллины не могли теперь переходить за Лисс более как с двумя судами, и то безоружными (Polyb. II. 12. 3- 4). Селевкиды теряли по Апамейскому мирному договору все европейские территории и азиатские вплоть до Тавра. Границей государства Селевкидов определялись два мыса Каликадион и Сарпедонион, за эти границы заплывать не следовало. Антиох терял весь военный флот, за исключением десяти легких судов (Polyb. XXI. 45-48; Liv. XXXVIII. 38-39). Рим фактически лишил Родос положения главного перевалочного и торгового пункта Восточного Средиземноморья, основав на Делосе свободный от пошлин порт. Правда, подобный диктат не всегда принимался безоговорочно. Полибий приводит примеры нарушения эллинами обозначенных Римом морских границ (Polyb. III. 16. 3- 4; IV. 16. 6-7).

Тем не менее, нельзя считать, что правовое поле изменилось односторонне в пользу Рима. Римляне, как они это умели делать, восприняли вместе с политической и дипломатической культурой эллинизма и основы цивилизованной правовой практики, что безусловно в последующем отразилось на формировании римского имперского морского права. Это, в свою очередь, со временем сказалось на становлении аналогичных европейских правовых институтов, что указывает на важность и необходимость исследования обозначенной темы.

В целом право довольно активно и откровенно эксплуатировалось при реализации захватнических планов Рима на востоке Средиземноморья.

Отметим, что именно в ходе активного взаимодействия римской и традиционной эллинской правовых традиций и намечаются те основные тенденции развития права, которые определили в последующем "лицо" римского имперского, а затем и европейского права. Отсюда ясна необходимость дальнейшего основательного изучения обозначенных проблем, чему в немалой степени может способствовать использование историко-правовой методологии, которая могла бы обогатить чисто исторические исследования, обозначенные в данной работе.

Мр Митина Светлана Игоревна
Доцент Правног факултета у Новгороду, Русија

ОДНОС РИМА И ХЕЛЕНИСТИЧКИХ ДРЖАВА - ПРАВНИ АСПЕКТ

Резиме

Проблем природе и правне основе односа између Рима и хеленистичких држава подразумева разматрање два проблема: промену става римске праксе међународних дијалога у хеленистичкој епохи, као и природу правних институција на основу којих је дијалог пројектован.

Постепено укључивање Римске државе почев од III века п. н. е. у главне токове политике Источног Медитерана водило је поновном разматрању улоге, задатака и механизма правне регулативе глобалног односа према хеленистичким државама.

Примери међусобних правних односа Римске државе са хеленистички оријентисаним Истоком огледају се у потписивању уговора, преузимању улоге арбитражног судије од стране Рима у споровима хеленистичких држава, као и настојању Рима да утемељи правила у области поморског права.

Неке индикације указују на то да је Рим користио методе и терминологију хеленистичке дипломатије. С друге стране, однос између Рима и хеленистичких држава садржи велики број примера промене хеленистичке правне праксе под утицајем Рима.

Нова терминологија, дипломатска средства и методе имали су широку примену у Римској држави која је покушавала да своје нове парт-

Нова терминологија, дипломатска средства и методе имали су широку примену у Римској држави која је покушавала да своје нове партнере у спољној политици приволи на њихову примену. Повремено су правне норме источно-медитеранских држава садржале назнаку "пријатељ и савезник римског народа". Тиме је Рим новоосвојеним земљама оперативно придодавао и своју дипломатску праксу, засновану на принципима међународног права који су или били у процесу формирања или су већ постојали.

Рим је стално мењао своје позиције у области правних односа, покушавајући да нађе прилику за промену основних начела већ потписаних споразума, и користио религију за легитимизацију свог утицаја у региону.

Активно укључивање Рима у политички живот региона Источног Медитерана имало је двоструки ефекат. Наравно, Рим је био у прилици да успостави неки ред на мору, у области поморског права, и врши улогу "светског судије". Међутим, ово мешање у живот држава Источног Медитерана проузроковало је многе проблеме унутар региона, различите облике политичких и социјалних протеста против доминације Рима. Користећи снагу своје ратне машинерије као главни правни аргумент, Рим је био у стању да принуди све хеленистичке државе на потписивање разних споразума, који су у крајњој инстанци одређивали нову државну политику на копну и на мору где је Римска држава имала водећу улогу.

Погрешно је, међутим, мислити да је само Рим имао користи од новонастале ситуације. Римски народ је од Хелена преузео основе правне праксе заједно са дипломатском и политичком културом Хеленизма, што је дефинитивно утицало на даљи развој римског права. Због тога је неопходно и оправдано научно истраживање ових тема, чему је посвећен и овај рад.

ПРЕДЛЕДНИ ЧЛАНЦИ

Проф. др Милорад Рочкомановић

**ПРАВО МЕРОДАВНО ЗА
ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ДЕЛИКТЕ У
МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ**

- Теорија, законодавство, пракса -

UDK 347.5:341.922

Апстракт

Овим чланком аутор је желео да, користећи метод упоредне анализе у презентирању законских решења, националне судске праксе и доктринарних ставова, покаже како једно старо и врло фундирано колизионо правило може бити кориговано другачијим приступом приликом решавања сукоба закона у материји вануговорне одговорности за штету. Притом, видело се како до тог не долази само захваљујући стваралачкој улози судске праксе; одступања од *lex loci* прописана су и у самим законима неких држава. То, пак, има за последицу да је тежишна тачка сукоба закона премештена са места деликта (радње или последице) на заједнички лични статут штетника и оштећеног односно на закон који према свим осталим елементима има ближу везу са *lex fori*, па чак и са неком другом државом која је различита од оне у којој је деликт почињен. Надлежност закона суда коме је поднет одштетни захтев у неким случајевима почивала је на идеји пружања адекватне наканде штете тужоци (принцип *favor victimaе*) или је произашла као резултат избора тужоца. Коришћење слободе избора закона о којој је реч важи уз две резерве. Прво, може се одабрати једино *lex fori*, и друго, до тога може доћи једино

након настанка штете, никако пре тога. Ограниченост аутономије воље приметна је и у случају одређивања меродавног права за штете које су настале употребом производа са недостатком, оне које су резултирале из аката нелојалне утакмице на тржишту или на штете у личној сфери оштећеног као плод злоупотребе свемоћи медија.

Надлежност *lex fori* у неким националним законодавствима присутна је у погледу оцене противправности понашања или обима одговорности домаћих држављана као актера штета чије је место било у иностранству, а за које је поднета тужба домаћем суду. Примена закона суда у овом виду третирана је као начин испољавања офанзивне функције установе јавни поредак у међународном приватном праву.

Упркос доминане улоге закона суда, која је последица бројних разлога које је аутор изложио у раду, међу тачкама везивања одређену улогу има и место налажења опасне ствари. Она долази у обзир као ослонац за примену закона у овој области у случају акцидента насталих услед радиоактивних и других неконтролисаних имисија супстанци које загађују животну средину.

Кључне речи: грађанскоправни деликти, Међународно приватно право, противправност, одговорност, место радње, место последице, *lex fori*, најближа веза.

Проф. др Милорад Рочкомановић¹

ПРАВО МЕРОДАВНО ЗА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ДЕЛИКТЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

- Теорија, законодавство, пракса -

1. Уводне напомене

1. Грађанскоправни деликти представљају непожељну, све израженију и, такође, неизбежну пратећу појаву развоја друштва. Околност да је свет уистину постао глобално село, с обзиром на савремена и врло разноврсна средства комуницирања људи, ствара велике могућности за појаву нежељених (штетних) последица уколико се приликом њихове употребе не би водило рачуна о опасностима које могућности техничко-технолошког прогреса подразумевају. Нису више само у питању штете које настају неадекватним понашањем у експлоатацији средстава транспорта (саобраћајне несреће, н. пример), већ и оне које долазе као последица употребе робе широке потрошње неодговарајућег квалитета (конзервирана храна, лекови, козметика, и сл.), независно од тога да ли је до тога дошло грешком у процесу производње или као резултат намерног погрешног обавештавања од стране произвођача робе о својствима исте. Њима ваља додати и оне које настају као последица еколошких акцидентата са веома великим радијусом

¹ Редовни професор на Правном факултету у Нишу.

дејстава и на врло удаљене државе (неконтролисане имисије штетних материја, аеро, гео и хидро загађења разноврсним отровним супстанцама). И најзад, као резултат компјутерске ере, могуће су разноврсне злоупотребе несумњиво великих могућности интернета, са штетним ефектима по имовинска или лична добра људи, који за његове кориснике тада престаје да буде добар слуга, већ постаје лош господар.

2. Све то чини да је класично везивање за место деликта, било да се оно квалификује као место радње или као место настанка штетне последице, у неку руку, постало анахроно. И зато, суочени са новим, много сложенијим и разноврснијим видовима штетног понашања, и законодавац, правна доктрина, као и пракса националних судова, налазе се пред врло конкретним изазовом: како прилагодити постојеће колизионе норме актуелном стању ствари односно опредељењем за које везивне околности избећи стереоптипе који се могу показати као очито неспојиви са потребом да се жртви грађанскоправног деликта пружи адекватна правна заштита у виду накнаде штете. Другим речима, јавља се неопходност социјализације деликтне одговорности у складу са напред постављеним циљем, при чему не треба изгубити из вида да опредељивање за одређено колизионо решење може имати и превентивно, а не само репресивно дејство у одређеној средини.

3. Полазећи од свега реченог сматрали смо да би упоредна анализа позитивноправних решења у овој области живота требало да покаже у којој су мери она адекватна и у ком правцу би могла да крене судска пракса за случај да се интерес максималног обештећења оних чија су добра била погођена таквим актима не би могао остварити. Разуме се да у настојањима о којима је реч треба послушати и глас науке Међународног приватног права, чија се креативна улога одувек подразумевала.

2. *Lex loci delicti* - основни колизиони принцип

1. Надлежност закона по месту противправне радње представља основно, врло старо и распрострањено правило код грађанскоправних деликата са међународним обележјем. Оправдање за то тражено је поглавито у потреби заштите суверености државе у којој се деликт догодио (Niboyet), као и у везивању кривичне и вануговорне одговорности за штету (Vachter,

Savigny), што је у основи погрешно, будући да норме кривичног права имају за циљ репресију над учиниоцем кривичног дела, док норме о грађанској одговорности теже поправљању штете која је настала у личној или имовинској сфери оштећеног.

2. Опредељење за ову везну околност, међутим, показује се неадекватним из више разлога. Најпре, зато што би примена закона делања штетника могла да води његовој заштити, што је апсолутно неодрживо уколико је овај делао намерно. Место деликта као одлучна околност неоперативна је у случајевима деликата проузрокованих на простору који се не налази под суверенитетом било које државе (н. пример, деликти настали сударом бродова или ваздухоплова на отвореном мору или над њим). Шта је са штетама које су настале као последица пропуштања обавезног лица? Где се у том случају налази место деликта? Како одредити меродавно право ако су производњом односно стављањем у промет неисправне робе у једној земљи наступиле штетне последице услед њене употребе односно конзумирања у низу других држава? Како поступити код штета које су настале у приватној сфери појединца емитовањем преко радиодифузне мреже једне државе чији се домет (слушаност и гледаност) простире на различитим континентима? Да ли је тада место деликта држава емисије или држава пријема програма?

3. Из свих ових питања произилази да некада поуздана тачка везивања - место деликта, више није у стању да са релативном сигурношћу доведе до меродавног закона за оцену објективних и субјективних аспеката таквог понашања (противправност, висина и врста штете која се накнађује, одговорност штетника). Из таквог стања ствари за теорију, законодавца и судску праксу међународног приватног права настаје проблем, на који начин отклонити ове дилеме, али тако да понуђено решење избора меродавног закона обезбеди и адекватну правну заштиту оштећеном лицу и извесност односно правну сигурност аутору штете.

4. Полазећи од ових циљева већина савремених закона поред опште колизионе норме садржи извесна решења за поједине видове ових односа, а такође, прописујући изузетке од општег правила, врши "специјализацију" колизионих норми са интенцијом потпунијег сагледавања и правног нормирања разноврсних видова противправног понашања која би могла бити узрок штете.

Упоредна анализа националних законодавстава показује да је највећи број држава остао веран традиционалној колизионој норми *lex loci delicti commissi* са свим негативним последицама које долазе од особености појединих видова противправног понашања, као и од основног проблема: где се налази место деликта у случајевима у којим место понашања и место штетне последице не коинцидирају? Код таког стања ствари, поготову тамо где још увек нема законских колизионих норми (н. пример, Француска, Белгија, САД), судска пракса и доктрина одиграле су пресудан утицај приликом формулисања правила о избору меродавног права у овом домену.

5. Према неким изворима, доктрина и пракса у Француској и Белгији као место деликта узимају место радње која је изазвала штету. За разлику од њих, део америчке доктрине Међународног приватног права наклоњен је месту последице као одлучној околности за примену надлежног закона (*Currie*), нарочито ако се на тај начин постиже боље обештећење у односу на оно које би остварило применом закона места противправне радње (*Savers*). *Ehreinzeig*, пак, пледира за примену *lex loci delicti* уколико је на страни штетника постојала намера проузроковања штете, док теорија о тзв. *last event* сматра да је то закон који важи у месту (држави) у којој се догодио последњи догађај у низу оних који су могли да проузрокују штету.

Занимљив пут бележи у овој материји енглеско право које је прошло кроз две развојне фазе. У првој, која траје до доношења закона 1995., важе правила *common law*-а које се чврсто опредељује за надлежност закона места деликта. Та надлежност је испочетка искључива уколико је разлог тужбе настао у Енглеској. Страно право се не може применити макар да сви остали елементи указују на везу штетног догађаја и одређене стране државе (н. пример, *Mettal and Rohtshof AG v. Donaldson Liftkin & Jenrette Inc.*, 1990). Притом, енглески закон меродаван је и за оцену противправног карактера радње која је била узрок штете. Уколико је, међутим, разлог тужбе настао у страни земљи, енглески суд могао је изузетно да примени страни закон ако би тужилац успео да докаже да су околности које повлаче одговорност једнако недопуштене и у Енглеској и у тој страни држави (правило о тзв. двострукој утуживости, *double actionability*). У другој фази, која отпочиње доношењем *Private Int. Law (Miscellaneous Provisions Act)* 1995. године, такође се задржава надлежност *lex loci delicti* као правило, при чему се

као одлучна околност за примену закона узима место где је деликт почињен. Зато ће се, рецимо, сматрати да је за штету са смртним исходом меродавно право државе у којој је смрт наступила, док је у случају повреде права својине надлежно право земље у којој је дошло до те повреде. Према речима Brigs² истински проблем настаје онда када све околности не указују на једну исту државу. Тада уместо поузданог ослонаца место деликта постаје једна врста правне фикције. У свим осталим случајевима закон (Sect. 12) предвиђа надлежност прописа државе у којој су се догодиле најзначајније околности које су проузроковале штету. И баш у таквој формули аутор налази аргуменат да је у енглеском праву основно колизионо правило допуњено принципом најближе везе, о чему ће доцније бити више речи. Надаље, подвлачи се да и поред начелне могућности примене страних прописа у овој материји, сходно новим законским решењима до тога не може да дође ако би енглески суд морао да примени стране норме јавноправног карактера (по правилу, кривичног или фискалног права), норме у материји која је у *lex fori* регулисана императивним законима или, пак, стране одредбе процесног права.

6. Од националних права у којима је место деликтне радње као принцип везивања најдоследније спроведен треба споменути: Јордан, Италију, Квебек, Румунију, Шпанију, Швајцарску и нашу државу.

Анализом колизионих норми у материји грађанскоправних деликата са страним елементом долазимо до закључка да је једино у Шпанији правило *lex loci* примењено у чистом облику, при чему се као место деликта узима држава у којој се догодила чињеница из које је настала обавеза на накнаду штете. У осталим из ове групе држава закон места предузимања радње важи за процену одговорности за проузроковану штету једино ако се подудара са местом наступања штетне последице. У супротном примениће се овај последњи (Румунија). У Јордану, пак, ово колизионо правило примениће се уз допуну са *lex fori* ако треба ценити допустивост понашања. Закон Квебека проглашава меродавним закон државе у којој је предузета радња, али ће се применити право државе у којој је дошло до наступања штете ако се та два места не подударају, под условом да је штетник био дужан да предвиди настајак штете.

² A. Brigs: Conflict of laws, Oxford Univ. press, 2002, str. 186.

Италијанско право, међутим, подвргава одговорност за деликте закону места настанка штете, али оштећени може захтевати примену прописа који важе у држави у којој је уследило понашање које је проузроковало штету (чл. 62 закона из 1995).

Ваља, најзад, нагласити да поједине државе, регулишући одвојено поједине случајеве деликтних понашања, индиректно одређују где се налази место деликта. Тако, рецимо, швајцарски закон за случајеве нелојалне утакмице одређује меродавним право земље на чијем је тржишту настала последица, а када је радњом био погођен интерес одређеног предузећа, примениће се закон који важи у његовом седишту (чл. 136 закона о међународном приватном праву).

7. Југословенски закон о међународном приватном праву из 1982. у овој области садржи, на неки начин, оригинална решења. Дајући подједнаку вредност месту радње и месту настанка штетне последице, законодавац је, чини нам се, избегао дилеме у вези са квалификацијом места деликта. Тако у чл. 28 ст. 1 закона за вануговорну одговорност за штету предвиђена је надлежност закона места радње или наступања штетне последице, у зависности од тога које је од ова два права повољније за оштећеног. Дикција ове колизионе норме сугерира закључак да је на оштећеном право опције једног од ова два закона, а да суд није овлашћен да се о томе изјашњава по службеној дужности. Исто тако, и у односу на процену противправности радње која је била узрок настанка штете, на делу је алтернативна надлежност оба ова закона, при чему закон предвиђа да за случај да је последица наступила у већем броју држава, биће довољно да је радња противправна према закону било које од њих (чл. 28 ст. 3).

3. Одступања од правила *lex loci delicti*

1. Обраћање класичној колизионој норми у неким ситуацијама може се показати неоправданим, јер између закона на чију примену ова упућује и противправне радње која је била узрок штете не постоји довољно чврста веза. Са друге стране, због особености неких понашања потребно је на другачији начин регулисати питање избора меродавног закона од оног који нуди уобичајно колизионо правило (н. пр., штете настале актима нелојалне конкуренције, одговорност произвођача

робе, повреде личности, имисије, итд.). И док у првом случају одређивање статута деликта зависи од процене релевантних контаката његових актера и штетних последица са одређеном државом, коју врши суд којем је поднет одштетни захтев, у другом је законодавац тај који одређује индивидуалну вредност тачака додира деликта са неком државом, при чему извесну улогу при дефинитивној примени закона могу имати и стране у тако насталом односу, нарочито оштећени.

А. Закон најближе везе

1. Једна од замерки која се упућује општој колизионој норми за деликте у међународном приватном праву тиче се њеног, мање више, апстрактног карактера. Везивање за место противправне радње или њене штетне последице, без узимања у обзир и других показатеља везе случаја и одређеног права (државе), може се показати контрапродуктивним са становишта интереса оштећеног, али и законодавне политике држава чији би приоритет требало да буде пружање адекватног обештећења жртвама таквих понашања. Због тога нека национална законодавства, као и судска пракса у појединим државама, сматрају да у овом домену ваља прихватити један еластичнији приступ приликом одређивања надлежног закона. Разуме се, на таква њихова опредељења утицала је и правна наука која се залагала за то да општи *ratio* колизионе норме, који се огледа у означавању као надлежног оног закона са којим случај показује најближу везу, буде доследно примењен и у материји о којој је реч.

2. Овај принцип предвиђен је у релативно малом броју земаља. Тако, рецимо, у аустријском закону из 1978. године у чл. 48 каже се да ће уместо закона државе у којој је остварено понашање које је било узрок штете, бити примењен закон државе са којим обе стране у односу имају ближу везу. Формулација турског закона је таква да домаћи судија може применити закон неке друге државе уместо закона земље предузимања радње или настанка последице, ако нађе да постоји теснија веза са њим (чл. 25 ст. 3 Закона о међународном приватном праву).

Амерички Restatement II (чл. 145) следи у основи исту оријентацију, при чему се таксативно наводе околности које утичу на одређивање

надлежног права за деликте по критеријуму најближе везе (место повреде, место радње која је била њен узрок, домицил, држављанство и боравиште странака, место у коме је однос међу странкама има седиште). Небитно је притом да ли су повређена лична или имовинска добра (чл. 136). Идеја о примени закона који са односом у питању (деликтом) има најприснију везу заступљена је у правима Португалије, Мађарске и Италије на још конкретнији начин. Тако у Португалији одступа се од *lex loci delicti* ако штетник и оштећени имају исто држављанство или редовно боравиште односно ако је штета настала за време њиховог кратког боравка у земљи која је различита од оне чији су држављани односно у којој им се налази заједничко редовно боравиште (чл. 50 т. 3 Грађанског законика из 1966.). У праву Мађарске уместо *lex loci delicti* примењује се закон државе заједничког домицила штетника и оштећеног, док је за италијанског судију меродаван закон заједничког држављанства или заједничког места становања обе стране.

4. Исти принцип одређивања надлежног закона у овој материји присутан је и у државама које су ратификовале Хашку конвенцију о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде из 1971. године. Сходно овој конвенцији уместо основне колизионе норме примењује се закон државе у којој је возило којим је удес проузрокован било регистровано. За то је, међутим, неопходно да и актери удеса имају редовно боравиште у тој истој држави која мора бити различита од оне у којој је дошло до саобраћајне незгоде, а такође да и подносилац тужбе за накнаду штете има редовно боравиште ван државе у којој се несрећа догодила.

Један од често навођених примера који показује на који је начин била извршена конкретизација критеријума најближе везе деликта и одређене државе јесте случај из праксе енглеских судова *Boys v. Chaplin*, 1971, АС. 356. Радило се о штети која је изазвана сударом моторних возила на Малти у којем су актери били енглески држављани. Иако је у следству класичног колизионог правила енглески суд требало да примени малтешки закон као *lex loci*, стало се ипак на становиште да је због повезаности актера удеса са Енглеском умесније применити прописе о накнади штете ове државе. Једн од могућих разлога за то нађен је у томе да се применом овог закона постиже адекватније обештећење жртве удеса у поређењу са накнадом која би јој припала ако би био примењен закон места деликта.

Сличан став заузео је енглески суд и у једном доцнијем спору када је на обавезу насталу повредом уговора о раду применио властито право, иако је радник био упућен на рад у Немачку од стране једне домаће агенције за посредовање код запошљавања, где је и дошло до обавезе на страни послодавца.³ Шта више, неки примери из судске праксе ове земље потврђују да је, руководећи се истом идејом, домаћи суд по том основу могао да примени и страни закон (н. пр., *Red Sea Insurance Co Ltd. v. Bouygues SA*, 1995).

Б. Посебна одступања од правила *lex loci delicti*

1. Замена *lex loci delicti* неким другим законом у извесним државама предвиђена је у случајевима вануговорне одговорности за штету који су такви да налажу одређену "специјализацију" колизионе норме. Ради се о малом броју држава у чијим су законима установљена нарочита правила за одређивање меродавног закона за штете проузроковане употребом робе неодговарајућег квалитета, актима нелојалне конкуренције, одговорношћу услед повреде личности, штетним имисијама, и сл.

Тако, рецимо, швајцарско право на акте нелојалне утакмице односно накнаду штете која из њих произилази примењује закон државе на чијем је тржишту наступила последица односно право које важи у седишту оштећеног предузећа ако је на тај начин био искључиво погођен његов интерес. Разуме се да ако је на тај начин нарушен већ постојећи правни однос између штетника и оштећеног, примат ваља дати закону који је меродаван за исти (*lex causae*).

Право Румуније ставља тежиште на закон државе на чијем је тржишту остварен штетни резултат, али оштећени по свом избору може захтевати примену закона који важи у његовом седишту или прописа уговорног статута ако је на тај начин повређен постојећи уговорни однос. Ако је у конкретном случају то страни закон, висина накнаде штете не може бити већа од оне коју прописује румунски закон.

³ Такође и у случају *Edmunds v. Simmonds*, 2001, 1 WLR 1003, када је на удес који су доживели енглески држављани у Шпанији суд применио *lex fori*, базирајући своју одлуку на принципу најближе везе случаја са енглеским правом.

2. Уколико је у питању одговорност продавца за квалитет производа, према швајцарском закону надлежно ће бити, по избору оштећеног лица, право државе у којој се налази пословни настан (седиште) штетника односно закон који важи у његовом редовном боравишту или право државе у којој је производ купљен. Међутим, висина накнаде штете увек се равна по *lex fori* без обзира на евентуалну надлежност страног *lex loci*. Румунски закон (чл. 114) садржи сличну одредбу, али за разлику од предходног, као једну од алтернатива на коју има право оштећени, наводи могућност опције закона који важи у пребивалишту или боравишту потрошача. Закон Квебека даје право избора између закона државе пословног настана односно боравишта произвођача и права државе у којој је ствар била набављена. Закон Луизијане, пак, садржи једнострану колизиону норму пошто предвиђа сопствену надлежност ако је оштећени ту имао пребивалиште или боравиште односно ако је производ који је ту израђен или набављен проузроковао штету лицу са пребивалиштем у домаћој или страниј држави.

3. Ограничена слобода избора надлежног права на страни оштећеног лица постоји у праву Швајцарске када се ради о накнади штете која је нанешена личности путем медија. Тада ће швајцарски суд по избору овог лица применити: а) закон државе у којој овај има редовно боравиште, уз услов да је штетник могао да очекује да последица ту наступи, б) закон државе у којој штетник има свој пословни настан или редовно боравиште или ц) закон државе у којој је наступила последица повреде ако је штетник могао да очекује наступање последице у тој држави. Идентична је и колизиона норма румунског закона (чл. 112).

4. Веома актуелан проблем, као могућа последица достигнутог нивоа техничко-технолошког напретка и недовољно пажљивог односа или оспособљености руковоаца опасним стварима, јесте онај који изазивају штете од имисија радиоактивних и других опасних материјала, као и штете настале акцидентима са дејством на човекову средину. Но, и поред тога за сада је само мали број држава предвидео колизионе норме о томе. Међу њих спада Швајцарска у којој се на захтеве за накнаду штете услед имисија које потичу од непокретности, по избору оштећеног, примењује закон државе налажења непокретности (опасне ствари) или закон државе у којој је штета наступила. Право Квебека у овој материји, чини се, отишло је корак даље. Прописујући императивну надлежност *lex fori* у погледу одговорности за сваку штету пре-

трпљену у Квебеку или ван њега, услед излагања некој материји која потиче из Квебека или из њеног коришћења, законодавац ове канадске провинције пружио је солидан доказ о бризи коју она показује у вези са штетама до којих би могло доћи на описан начин (чл. 3129 Грађанског законика Квебека из 1991. године).

Ц. Надлежност *lex fori*

1. Примена закона државе суда коме је поднет одштетни захтев није нигде изричито предвиђена као самостално решење сукоба закона у овој материји односа са обележјем иностраности. Разлог за то треба потражити у чињеници да би такво опредељење несумњиво могло довести до злоупотреба на страни тужиоца, будући да би избор надлежног суда у једној држави могао довести и до примене њених прописа у материји вануговорне одговорности за штету, независно од постојања других контаката спорног случаја са правом или територијом домаће државе. С обзиром на релативно бројне основе судске надлежности за ову врсту спорова (н. пример, домицил туженог, место налажења имовине штетника, место заплене средстава на рачуну дужника у домаћој банци, и сл.) могућност за тзв. *forum shopping*, а тиме и за *shopping of law*, нису мале.

Међутим, треба подвући да има ситуација у којим се примена закона суда намеће као самостално решење. То је најпре случај оцене противправности радње уколико је њено место било у иностраној држави, а о накнади штете расправља се пред домаћим судом (н. пример, у Енглеској, Мађарској, Кини и Египту). У Немачкој је исти закон меродаван за одмеравање износа накнаде штете, тако да висина истог не сме премашити онај који је прописан домаћим правом; стога, без обзира на околност што је до штетног понашања дошло у иностраној држави, намачки држављанин у улози штетника не може бити обавезан на плаћање накнаде која је предвиђена у страном *lex loci delicti* (чл.12 EGBGB).

2. Надлежност *lex fori*, међутим, може бити установљена изричитим споразумом страна у односу који је произведен противправним понашањем или нечињењем на страни обавезног лица, али једино након настанка штете. Сматра се, наиме, да у погледу права којима стране могу слободно располагати, оне имају могућност да имовинскоправни ас-

пект штете регулишу путем аутономије воље, што подразумева њихово право да изабере меродаван закон који ће одредити које се врсте штета наклађују, у ком износу, који су разлози који доводе до умањења обавезе на накнаду, могућност преноса права на накнаду исте, и сл. У том смислу су и одредбе швајцарског закона из 1987. који налаже једино избор *lex fori* (чл. 132).

Овакав став недвосмислено је потврђен у француској пракси (н. пример, Cass., 19.4.1988.), при чему је највиша инстанца у овој земљи заузела становиште да се надлежност страног *lex loci* може дерогирати једино изричитим избором француског закон (Cass. civ., 6.12.1988.).

Упркос противљењу једног дела доктрине, са аргументацијом да су прописи у материји деликтне одговорности *ius cogens* сваке државе, те да се зато могу сматрати делом јавног поретка, чини се да је исправније оно гледиште које у прописима о накнади штете проузроковане грађанскоправним деликтима види начин да се заштите приватни интереси оштећеног. Због тога споразум између страна у таквом односу, који би био постигнут након настанка штете, није у опреци са природом насталог односа, под условом да се њиме не доводе у питање интереси трећих лица која се са њим нису сагласила или која са њим уопште нису била упозната (н. пример, осигурача).

3. Правило о надлежности *lex fori* примењује се, такође, као једино рационално решење у случајевима када је штета настала као последица судара бродова или ваздухоплова на отвореном мору или у простору над њим, уз услов да су ова транспортна средства различите националне припадности и да између права држава чије ознаке носе постоје значајне разлике у погледу регулисања одговорности за штету. Исти закон надлежан је и према нашим прописима, уколико су сва заинтересована лица домаћа физичка или правна лица (југословенски Закон о поморској и унутрашњој пловидби из 1998).

У пракси судова у САД границе одговорности за штете ове врсте које су се догодиле сударом бродова на отвореном мору, имају карактер јавног поретка у смислу међународног приватног права, што је доводило до примене *lex fori* независно од закона меродавног за садржину уговора о превозу.³

³ R. Beitzke: Les obligations delictuelles en droit international privé, Rec. des cours de l'Academie international de la Haye, II/ 1965, s. 78.

4. Надлежност прописа државе суда коме је поднета тужба за накнаду штете услед извршеног деликта изузетно долази у обзир у још једном случају. То ће бити онда када под видом закона који се нужно примењују домаћи законодавац генерално даје превагу домаћем пропису над применом страног редовно надлежног права, јер то циљеви његове законодавне политике налажу. Такви примери представљају реткост у упоредном међународном приватном праву. Прописи о којима је реч према неким уобичајени су у области друмског саобраћаја и безбедности грађана на домаћој територији.⁴ Међутим, у недостатку прецизнијег упутства о условима њихове примене, на пракси судова лежи сложен и одговоран задатак њихове идентификације.⁵ Сигурно је, међутим, да законе неопходне примене не би требало тражити у домаћим прописима когентне природе, јер би то довело до прекомерног ограничавања примене прописа права меродавног на бази домаће колизионе норме и до регресивних токова у приватноправном саобраћају у међународној заједници.

5. Анализа праксе националних судова у овој материји односа у међународном приватном праву сведочи да је примена *lex fori* ипак била више израз природне тенденције обраћања властитом праву, него резултат сагледавања објективних веза случаја са домаћом средином. Оправдање за то било је утолико веће ако се у улози оштећеног нашло лице домаћег држављанства или, пак, уколико је на територији државе суда дошло до понашања које је узроковало штету односно ако су се у њој осетиле једино штетне последице противправног акта. Ово одређење било је потврђено у неколико наврата у пракси америчких и француских судова.

Тако је, рецимо, суд савезне државе Масачусетс, уместо страног *lex loci*, применио властити закон поводом одштетног захтева родбине погинулих грађана ове савезне државе у судару авиона ПАН-АМ-а и КЛМ на аеродрому у Тенерифеу (Канарска острва). У образложењу одлуке суд је констатовао да ова држава има првенствени интерес да се правни следбеници жртвава удеса обештете на најадекватнији начин, а то је могуће постићи једино применом *lex fori*.⁶

⁴ Т. Рачевић: Закони обавезне примене и јавни поредак у међународном приватном праву, Страни правни живот, 1998. стр. 91.

⁵ Француски судови проглашавали су домаће прописе у области несрећа на раду за законе нужне примене који су примењивани независно од уговорног статута, али уз услов да је деликт почињен у Француској (н. пример., Cour supp., Ch. Soc., 11.5.1962).

⁶ Siblay v. KLM, 545 F. Supp. 425 (S.D.N.Y.) 1978.

Принцип *favor victimae* био је, чини се, одлучујући за Апелациони суд Париза када је уместо шпанског закона као *lex loci delicti*, применио сопствени пропис, мада је у питању био удес у којем су учествовала три возила са различитим регистрацијама, за које случајеве према одредбама чл. 4 Хашке конвенције из 1971. постоји надлежност закона који важи у месту деликта (Апелациони суд, 1.6.1984.).

6. *Via facti*, до надлежности прописа државе суда који решава о захтеву за накнаду штете проузроковане недопуштеним актима долази и употребом установе јавни поредак у тзв. офанзивној улози: уместо страног *lex loci delicti*, чија су материјална решења принципијелно другачија од оних у праву форума, примениће се *lex fori*. То практично значи да ће по том закону бити расправљена питања деликтне одговорности, врсте штета које се накнађују, висина накнаде, разлози који доводе до искључења или деобе одговорности, и сл. Мада одступање о којем је реч зависи од нахођења суда односно од његовог схватања који су то императиви домаћег правног поретка који не смеју бити доведени у питање ако би се ефективно применило страно право, рефлекс садржине ове установе међународног приватног права може се назрети и у слову самог закона. Када то кажемо онда првенствено мислимо на законске одредбе неких држава које предвиђају искључиву надлежност *lex fori* за питање противправности радње (енглеско и мађарско право, н. пример) односно оцене врсте и степена одговорности за причињену штету (мађарски закон) или висине обештећења на страни починиоца штете (немачки закон). По речима Weitzke-а, таква интервенција *lex fori*, својевремено у пракси енглеских и америчких судова, вршена је у случају да је страно право (*lex loci*), својим екцесивним одредбама, било очигледно неадекватно за примену у датој ситуацији. Због тога је закон суда био примењиван као "минимални" или као "максимални" стандард.

4. Завршне напомене

На основу свега изложеног могуће је извући следеће закључке.

1). Правило о надлежности закона по месту проузроковања грађанско-правног деликта подржано је као основно колизионо опредељење у законима у већем броју држава, с тим да се кавалификацијом ове тачке

везивања у пракси њихових судова може доћи и до примене закона који важи у држави у којој су се осетиле последице таквог акта. Несигурност у вези са одређивањем где се налази то место, потенцирано чињеницом да се у неким случајевима оно свесно фингира, будући да не постоји ни једна друга јача везна околност (примена *lex fori* на деликте изазване сударом бродова на отвореном мору који немају исту националност и чија се права међусобно разликују), утицала је генерално на померање тежишта ка примени закона државе суда коме је поднет захтев за накнаду штете.

2). До надлежности *lex fori* долази најчешће уколико је тај закон уједно и заједнички национални закон страна у таквом односу, а деликт или штета настали су у страни држави за време њиховог краткотрајног боравка у њој (обично као последица саобраћајне незгоде на бази реализације договора о бесплатној возњи). Правило о примени статута који са странама или односом стоји у најближој вези изричито је прописано у малом броју случајева, тако да више долази до изражаја у судској пракси као начин за постизање правичног решења код накнаде штете (принцип *favor victimae*).

3). Примена закона суда прописана је у једном броју држава када треба оценити допуштеност акта којим је проузрокована штета у страни држави. На тај начин *lex fori* чини беспредметним улогу закона места радње уколико ова нема својство противправности у смислу његових одредаба (енглеско, мађарско, кинеско и египатско право). Надлежност *lex fori* у вези са висином накнаде коју дугује домаћи држављанин по тужби страног оштећеног лица о којој се расправља пред домаћим судом (немачки закон), примењује се као максимални стандард и правда се разлозима домаћег јавног поретка. Сем тога, он се примењује као минимални стандард у ситуацији у којој страни *lex loci* не предвиђа адекватну накнаду (н. пример, ускраћује родбини жртве удеса право на накнаду нематеријалне штете).

4). Примена овог закона има оправдања у случајевима у којима то налаже заштита највиших циљева домаћег правног поретка. Такви примери постоје у законодавству мањег броја држава и у њима је предвиђена императивна и искључива надлежност *lex fori* без обзира на упутства о меродавном закону из колизионих норми права форума у конкретном случају. Делујући у форми закона неопходне (нужне) примене *lex fori* елиминисе колициони

приступ решавања у области деликата у међународном приватном праву. Његова надлежност може доћи до изражаја и онда када је по схватању домаћег суда примена страног *lex loci* неспојива са становишта принципа који улазе у појам домаћег јавног поретка у смислу међународног приватног права у материји деликата.

5). Улога аутономије воље страна као метода одређивања надлежног статута у овој области односа призната је за поједине видове деликата у законима једног извесног броја земаља (штете настале актима нелојалне конкуренције, код одговорности произвођача робе широке потрошње, за штете причињене посредством медија, и сл.). Међутим, она је веома ограничена и своди се на избор једне од понуђених алтернатива од стране оштећеног лица, чиме се посредно манифестује принцип *favor victimae* у овом домену.

6). Право СР Југославије усваја класично колизионо правило *lex loci delicti*. Примењено на питање одговорности штетника за деликт, али и на процену противправности понашања које је довело до штетног исхода, са подједном важношћу и независно од тога што је радња предузета у већем броју држава, при чему су и последице могле настати истовремено у већем броју њих, ово правило показује да је за домаћег законодавца ипак био примаран интерес заштите стране која је тиме била погођена.

Prof. Dr. Milorad Ročkomanović, LL.D
Full Professor

THE LAW PROPER FOR CIVIL LAW TORTS IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

- Theory, legislature and practice -

Summary

*Using the method of contrastive analysis in presenting legal solutions, the national judicial practice and legal doctrines, the author has intended to prove that the old and deeply rooted collision rule may be corrected by employing a different approach in solving the conflict of law concerning extra-contractual responsibility for tort. It has not been only the result of the creative role of judicial practice but also the result of the aberration from *lex loci*, legally regulated by some states. Furthermore, the point of gravity in the conflict of law is transposed from the place of the tort (the place of action or the place of consequence) onto the individual status of the wrongdoer and the injured party, i.e. to the act which is more closely related to *lex fori* (even within a state other than the one in which the tort has been committed). The jurisdiction of the court to which the compensation claim has been submitted in some cases rests upon the idea of providing the relevant tort indemnity to the claimant (on the basis of the *favor victimae* principle), or has been the result of the claimant's choice. The freedom of choice of law has two restrictions: the first one is that *lex fori* is the only choice; the second one is that it can be effected no sooner than the damage has been determined. The restraints of the freedom of contract are also apparent in case of determining the proper law for the torts committed by using defective products, for the torts that have been the result of unfair market competition, or the torts related to personal harm done to the injured party as a result of the abuse of the power of media.*

The jurisdiction of lex fori in the national legislatures of some states is inherent in view of assessing the illicitness of conduct or scope of responsibility of domicile citizens as participants in the tort committed abroad whereas the claim has been submitted to a national court. The application of this form of lex fori has been treated as a mode of demonstrating the offensive function of the institution of public order in the International Private Law.

In spite of the predominant role of lex fori, which is a consequence of numerous reasons presented in this paper, one of the significant binding points is the finding place of a dangerous substance. There are grounds for applying legal regulations in this area in case of accidents caused by radioactive and other uncontrolled emissions, poisonous substances or other environment pollutants.

Key words: *civil law torts, International Private Law, illicit conduct, responsibility, the place of action, the place of consequence, lex fori, the binding point*

Проф. др Милева Анђелковић

**ПРАВА ОБВЕЗНИКА У ПОРЕСКОМ
СИСТЕМУ**

UDK 336.2.024

АПСТРАКТ

Признавање и гарантовање права пореских обвезника све више за- окупља пажњу савремених порес- ких власти. Широко је прихваћено становиште да ће коректни од- носи опорезивања у што већем степену допринети добровољном

плаћању пореза. У раду се даје приказ пореских права обвезника у развијеним пореским системима; сумарно, њихово стање у нашој земљи и мере потребне за реализа- цију ових права.

Кључне речи: *права пореских обвезника, пореска администрација, пореска реформа.*

Проф. др Милева Анђелковић¹

ПРАВА ОБВЕЗНИКА У ПОРЕСКОМ СИСТЕМУ

Уводне напомене

Последње две деценије двадесетог века донеле су новине у савременим пореским системима не само у погледу јављања нових предмета и облика опорезивања, усклађивања пореских структура и јачања међународне пореске сарадње већ и настојањима савремених држава да системе опорезивања учине разумљивијим пореским обвезницима. Лакше прихватање и добровољно испуњавање пореских обавеза постаје један од приоритетних циљева савремених пореских политика. Разлог томе је, пре свега, финансијско-политичке природе због настојања савремених влада да обезбеде макроекономску стабилност кроз уравнотежење буџетских прихода и расхода. Пореским обвезницима као носиоцима пореског терета пружају се одређене гаранције њиховог порескоправног положаја, што би требало да осигура квалитетнији однос са пореском администрацијом. У данашње време инсистира се на поштовању људских права у разним сферама друштвеног живота и у том контексту значај пореских права треба сагледавати кроз стварање материјалне основе за деловање државне организације и пружање бројних јавних добара и услуга чији су корисници ти исти обвезници.

¹ Ванредни професор на Правном факултету у Нишу.

Признавање и гаранција пореских права сматрају се неопходним условом успостављања коректних односа обвезника са пореском администрацијом и спречавања злоупотреба пореских овлашћења. Да би се то постигло, важно је да законодавац настоји да приликом конципирања пореског система обезбеди равнотежу између обавеза и права пореских обвезника.

Започети процес пореских реформи у великом броју земаља прати и реорганизација и осавремењивање пореских органа чије се ефикасно функционисање повезује са јачањем сарадње са пореским обвезницима. У том смислу, приоритет се даје "услужно" оријентисаном јавном сектору и пореској администрацији као његовом веома значајном функционалном делу. Пореска пракса пружа сазнања да права пореских обвезника могу обликовати позитиван став према пореским обавезама и психолошки олакшати прихватање пореског терета.

"Листа" пореских права

Правни положај обвезника сагледава се кроз њихова права и обавезе. Дужности, по самој природи пореске обавезе, имају примат у пореско-правном односу и оне су нешто на шта се одмах помисли када се спомене реч "порез", док се о правима пореских обвезника до последњег таласа пореских реформи скоро и да није говорило. У земљама развијене тржишне привреде, у оквиру пореских реформи, посебне одредбе пореских закона посвећују се овом питању или се његов значај наглашава усвајањем посебних аката. У неким земљама (нпр. у Канади, Великој Британији, Француској и САД) права пореских обвезника су кодификована у посебним "повељама" или "декларацијама".² Ови документи се сматрају корисним начином информисања пореских обвезника о њиховим правима и потврде спремности фиска да обезбеди заштиту тих права. Са становишта целине правног система, порески обвезници имају право да очекују пристојан и ефикасан третман као и право да претпоставе да ће се пореско законодавство примењивати правично и непристрасно. Основни разлог "приближавања" пореске администрације пореским обвезницима садржан је у

² Вид.: Taxpayers Rights and Obligations, OECD, 1990, p. 12.

настојању држава да се избалансирају широка овлашћења ових органа и захтева да се заштити личност обвезника.

Постоји широка сагласност у земљама-чланицама ОЕЦД која се права морају сматрати као основна за све обвезнике у ширем контексту људских права и међународноправних обавеза које је у том смислу преузео на себе највећи број држава. То су следећа пореска права:

- право на информацију и помоћ;
- право на жалбу;
- право на плаћање коректно утврђеног износа пореза;
- право на извесност;
- право на приватност;
- право на поверљивост и тајност података.³

Право на информацију и помоћ

Да би поштовали порески закон, порески обвезници морају да буду информисани о деловању пореског система и о начину на који се њихова пореска обавеза утврђује. Пореска администрација има обавезу да их упозна и са њиховим пореским правима, укључујући и право на жалбу и да им пружи стручну помоћ у току процеса опорезивања. Свим пореским обвезницима треба да буде омогућено да путем информисања буду благовремено и потпуно обавештени о пореском статусу и о пореској обавези коју треба да изврше, као и да буду саслушани. То је основни задатак пореске администрације који се у пракси реализује на различите начине: путем информационих приручника, пореске повеље, телефона, усмених објашњења и др.

Право на жалбу

Порески обвезници имају право на жалбу на одлуку пореског органа која се односи на примену или на тумачење закона или подзаконских аката. Институција жалбе је изузетно важан аспект примене пореског законодавства са циљем обезбеђења адекватне правне заштите пореских обвезника. У земљама-чланицама ОЕЦД жалбени поступак је у

³ Вид.: *ibid.*, р. 12-13.

основи врло сличан а разлике које постоје су последица различитих пореских система који се примењују у овим земљама или разлика у правној и административној традицији.

Жалбени поступак започиње подношењем жалбе административном органу. Овај орган може бити исти онај административни орган који је утврдио пореску обавезу (извршио разрез пореза) или може бити посебан одбор за жалбе у оквиру пореске администрације. Ако порески обвезник није задовољан са решењем које је поводом жалбе донео административни орган, може покренути судски поступак и то у одређеним земљама пред редовним судом, а у другим пред специјалним административним или пореским судом. Савремена пореска пракса показује да жалбена процедура може бити доста компликована и да обухвата више административних и судских нивоа. По правилу, само мали број случајева пролази кроз комплетну процедуру јер се највећи број жалби решава у првом степену. Судски органи се због тога укључују за решавање само компликованих случајева који обухватају тумачење и развој основних правних принципа. У већини земаља порески обвезник има могућност да свој случај поднесе на решавање специјалном пореском или административном суду пре него што се обрати редовном суду.

Порески обвезници имају могућност да их у жалбеном поступку заступају порески стручњаци. Међутим, они врло често сами себе заступају пред специјалним пореским одборима или судовима, с тим што по правилу ангажују правнике (адвокате) да их заступају у поступку пред редовним судовима.

На адекватну заштиту права пореских обвезника утичу и неки технички аспекти жалбеног поступка. Уобичајено је да се жалба мора упутити у одређеном временском року што очито представља ограничење за обвезнике у погледу могућности оспоравања постојања пореског дуга. Из тог разлога, порески орган је обавезан да благовремено и детаљно упозна пореске обвезнике са жалбеном процедуром. У већини земаља-чланица ОЕЦД жалба на утврђену пореску обавезу аутоматски одлаже плаћање спорног износа пореза иако је то у неким земљама условљено и испуњавањем одређених услова (у Грчкој се тражи одлука суда првог степена, у Шведској и Енглеској да постоји одобрење пореског органа и у Холандији да постоји захтев пореског обвезника).

И у земљама у којима не постоји аутоматско одлагање плаћања пореза оно је ипак могуће под одређеним условима (нпр. у Аустралији то је ствар преговора и договора пореске администрације и обвезника). Једино је Турска земља у којој одлагање плаћања пореза није уопште могуће.⁴

Право на плаћање коректно утврђеног износа пореза

Порески обвезник је дужан да плати само онај износ пореза који је одређен пореским законом, имајући у виду личне околности и доходак. Тиме се у пракси потврђује начело легалитета пореза. Другим речима, порески обвезници имају право на доследну примену законских одредби што истовремено обухвата обезбеђивање помоћи пореских органа у погледу коришћења свих законски установљених пореских олакшица и одбитака. Значи, прихватљива су сва легитимна умањења пореске обавезе насупрот различитим облицима пореског минимизирања који јасно иду против интенције законодавца.

Право на извесност

Право на извесност (сигурност) има два аспекта. Треба најпре пружити пореском обвезнику могућност да унапред предвиди пореске последице своје активности. У пракси је то тешко изводиво због брзих економско-технолошких промена у свету који се глобализује. Такође, порески орган није дужан да пореском обвезнику обезбеди сигурност у случају његовог понашања које није у складу са интенцијама законодавца. Обезбеђење примене овог права је отежано и због тога што су савремени порески системи врло сложени и подложни сталним променама.

Посебан аспект извесности подразумева право на стабилност пореских закона. Уколико се врше промене у законодавству оне у начелу не могу имати ретроактивно дејство, јер порески обвезник мора бити у могућности да зна пореске последице своје активности пре него што је предузме. Висок степен сигурности пореских обвезника може се постићи ако се пореско законодавство пажљиво и јасно формулише

⁴ Вид.: *ibid.*, p. 23.

тако да га они у потпуности разумеју. Приликом израде новог законодавства потребно је да се обављају консултације са представницима пореских обвезника. Исто тако, требало би избегавати честе измене пореског законодавства, односно измене вршити само ако је то нужно и у најмањој мери.

Право на приватност

У савременим демократијама приватност је једно од основних права грађана. У пореским стварима обвезници имају право да очекују да их порески органи неће непотребно узнемиравати. У пракси примена овог права односи се на избегавање неоправданог претреса стана пореског обвезника и тражење информација које нису од значаја за одређивање пореске обавезе. Све земље предвиђају врло стриктна правила у вези са уласком пореског службеника у стамбене и пословне просторије пореског обвезника у поступку пореског испитивања и добијања информација од трећих лица. У неким земљама посета наведених просторија пореског обвезника захтева његову сагласност. У већини земаља се предвиђа налог надлежног органа као услов за улазак у стамбене просторије пореског обвезника који има приговор односно не слаже се са посетом пореског службеника.

Право на поверљивост и тајност података

Основно право пореског обвезника је да су информације које порески орган поседује у вези са његовим пословима поверљиве и да се могу користити само за сврхе одређене у пореском законодавству. Ово законодавство обично предвиђа врло тешке казне за пореске службенике који злоупотребе поверљиву информацију и правила о поверљивости која примењују порески органи су строжија од оних које примењују други органи. Порески обвезници су природно заинтересовани да поверљиве информације које дају пореском органу не буду злоупотребљене. Правило је да се информација дата пореском органу не може користити за било коју сврху осим за разрез и наплату пореза. Ипак, у већини земаља, информације прикупљене за пореске сврхе могу се доставити служби социјалног осигурања, другим државним органима

или судским органима с тим што су те информације и даље заштићене правилима о поверљивости које се примењују на пореске органе. Информације се такође могу доставити страним пореским органима на основу билатералних или мултилатералних споразума који изричито предвиђају такву размену информација, с тим што се те информације могу користити само у пореске сврхе.

Порески обвезници су такође заинтересовани да се њихове пословне тајне не одају конкурентима и да порески органи не открију или не доставе информације лицима ван пореске администрације или страним пореским органима, што може да нанесе штету конкурентном положају обвезника. У вези са разменом информација између пореских администрација двеју земаља, указује се да ће захтев бити одбијен ако земља од које се тражи информација верује да постоји ризик од откривања информације неовлашћеним лицима или органима. У неким земљама постоји обавеза обавештавања пореског обвезника пре достављања информација страним пореској администрацији.

Друго осетљиво подручје у вези са остваривањем овог права тиче се банкарске тајне и професионалне поверљивости. У већини земаља банке и сличне институције имају обавезу на чување тајне о пословима својих клијената. Међутим, у скоро свим земљама-чланицама ОЕЦД пореска администрација има законску моћ да упркос томе добије специфичне информације од банке за пореске сврхе, уз обавезу да те информације не открива трећим лицима.

У скоро свим земљама банке су дужне да достављају пореским органима информације о укупним исплаћеним износима камата и дивиденди. Исто тако је нормална пракса да је банка дужна да пореском органу на његов захтев достави информацију о одређеном пореском обвезнику који има рачун у тој банци. Међутим то не значи, према пракси многих земаља, да је допуштено генерално испитивање банкарских рачуна клијената банака ради откривања потенцијалних утајивача пореза.

Треба нагласити да је право пореских обвезника на поверљивост у пракси врло тешко обезбедити због повећане размене информација између све већег броја корисника што повећава ризик повреде тајности и њихове злоупотребе.

Поред наведених основних права, порески обвезник има и следећа права у односима са пореском администрацијом:

- да буде третиран на куртоазан и ефикасан начин и да му се омогући дијалог са пореском администрацијом;
- да примена закона и утврђивање чињеница у вези са његовом пореском обавезом буде објективна и непристрасна;
- да у вези са утврђивањем пореске обавезе и пореском контролом има једнак третман као и други порески обвезници који обављају делатност под истим условима и имају исте изворе дохотка.

Исто тако, потребно је указати да унапређењу добрих односа између пореске администрације и пореског обвезника доприноси и следеће:

- схватање пореске администрације да је њена функција да пружа услуге пореским обвезницима и да треба да сарађује с њима а не да буде њихов противник. Пореска администрација треба да помогне пореским обвезницима у разумевању пореског система, у остваривању права на пореска ослобођења и олакшице и у плаћању пореза,
- обезбеђење информација о пореском систему, о наплаћеним пореским приходима и о начину и сврхама на које се ти приходи троше.

Правни положај обвезника у транзиторном пореском систему

Важност коју развијене тржишне привреде придају признавању права пореских обвезника, тим пре, има већи значај за земље у транзицији које у склопу целокупних друштвено-економских промена трансформишу своје пореске системе. У њима се још увек више инсистира на дужностима пореских обвезника а да нема чврсте гаранције пореско-правног положаја обвезника. Признавање и адекватна заштита пореских права пружила би обвезницима могућност да постану свесни свог статуса пореских дужника. У циљу обезбеђивања ефикасне примене новог пореског система потребно је створити услове и за активну и равноправну улогу пореског обвезника у тој примени. Општа правна заштита која постоји у земљама у транзицији најчешће није довољна брана могућим злоупотребама и повредама права грађана у пореској материји.

У пореском законодавству наше земље питањима права пореских обвезника није посвећена већа пажња. Посматрано *de lege lata* може се

уочити да је питање уређења и унапређења односа пореских обвезника и пореских органа било запостављено због честих структуралних промена у пореском систему. У важећим пореским прописима *explicite* су предвиђена следећа права пореских обвезника: право на увид у евиденцији и податке и право на примерак записника о извршеној контроли; право на поверљивост и тајност података и информација; право на жалбу; право на повраћај више или погрешно уплаћеног износа пореза, камате и трошкова принудне наплате.

Иако спада у опште облике заштите права грађана, жалба у пореској области добија посебно место и регулише се пореским законима. То је истовремено и важно право обвезника којим тражи правну заштиту против свих материјалних и формалних пореских неправилности. Сврха овог права није само заштита интереса обвезника него и заштита законитости. Подношењем жалбе обвезник у ствари има право да оспори постојање пореског дуга у начелу и у појединостима. Он може оспорити основ опорезивања, наиме, доказивати да овај не постоји. С друге стране, он се може жалити да је према њему извршен неправилан разрез пореза. За разлику од правила општег управног поступка, жалба у пореским стварима не одлаже извршење првостепеног пореског решења. Суспензивно дејство би угрозило редован прилив јавних прихода а тиме и јавни интерес у области финансирања јавних потреба. За креаторе пореске политике велики број жалби на пореска решења може бити индикатор степена једноставности пореског система, брзине решавања пореских ствари, квалитета заштите права пореских обвезника.

У нашој пореској пракси поједини обвезници који су уплатили већи износ пореза често не могу да остваре законски установљено право на повраћај пореза, услед недостатка буџетских средстава, већ им се та средства преносе као аконтација за наредни обрачунски период.

У важећем пореском законодавству није предвиђено право на стабилност пореских прописа тако да његово изостајање из пореског система највише ремети услове пословања пореских обвезника и чини несигурним њихов порескоправни третман.

Одређена пореска права обвезник може остваривати условно на основу дискреционе оцене пореског органа. Ради се о праву на почек (оброчном плаћању) и праву на плаћање доспелог пореза у ратама. Дискреционо

овлашћење пореског органа у погледу одлучивања о овим правима може у пракси да утиче, мимо законских гаранција, на несигурност пореско-правног положаја обвезника.

Најречитије о стању права пореских обвезника код нас говори чињеница да је уставни принцип једнакости грађана пред (пореским) законом повређен, будући да порески обвезници нису равноправни у сношењу пореског терета. То фактички значи да у пореској пракси није остварен фундаментални принцип плаћања пореза сразмерно економској снази. Сведоци смо енормног богаћења појединаца, бујања сиве економије, селективног одобравања пореских погодности, дискриминационих елемената у казненој политици за пореске прекршаје.

De lege ferenda у Србији се планира доношење Закона о пореском поступку и пореској администрацији чији се предлог налази у скупштинској процедури. Први пут се у једном правном акту предвиђају и таксативно наводе права пореских обвезника, што очигледно показује спремност нашег фискуса да учврсти положај пореских обвезника и побољша њихове односе са пореским органима. Предлог Закона о пореском поступку и пореској администрацији установљава следећа права пореских обвезника:

- да бесплатно добију информације о пореским прописима на основу којих се обрачунавају њихове пореске обавезе а ако су неуки да добију и основну правну помоћ од Пореске управе;
- да у писменом облику добију одговор на питање које су у истој форми поставили Пореској управи а тиче се њихове пореске ситуације;
- право на поштовање и уважавање њихове личности;
- право на поверљивост и тајност података;
- право на приватност;
- право на увид у податке о утврђивању и наплати пореза којима располаже Пореска управа;
- да заступају властите интересе пред Пореском управом непосредно или преко пуномоћника;
- на прописан начин користе пореске олакшице;
- право на рефакцију односно повраћај више или погрешно наплаћеног пореза;
- присуствују током теренске пореске контроле;
- добију образложење аката донетих у поступку пореске контроле;
- дају обавештења пореским органима у пореском поступку;

- користе правна средства у пореском поступку;
- користе и друга права утврђена овим законом и другим пореским законима.

Уколико је неко од наведених права повређено порески обвезник има право на судску заштиту.

Неопходне мере за остваривање права пореских обвезника

Ефективно коришћење пореских права условљено је њиховом доступношћу и разумљивошћу од стране пореских обвезника. Њихова реализација подразумева и постојање механизма заштите јер би у супротном ова права представљала обичну декларацију државе.

Главна улога пореске администрације је да осигура понашање обвезника у складу са пореским законом у циљу наплате планираног износа јавних прихода. Промовисање добровољног испуњавања пореских обавеза требало би да буде приоритетан задатак ових државних органа. Успешност таквог приступа манифестује се у пракси кроз одговарајући степен добровољног плаћања пореза који се мери обимом пореског јаза између наплаћених и потенцијалних пореских прихода. За превладавање тог јаза потребна је ефективна и ефикасна пореска администрација.⁵ То значи да пореска администрација има задатак да прикупља порезе у складу са законом, уз што ниже трошкове, а да истовремено обезбеђује оптималне услуге пореским обвезницима.

Давно је још Колбер упоредио вештину опорезивања са черупањем гуске, тако да се са што мање гакања добије што више перја. Његово запажање објашњава основни разлог зашто је потребно да савремене владе помажу својим грађанима у испуњавању пореских обавеза у складу са националним пореским законима. Та констатација има посебан значај у данашње време када се са глобализацијом светске економије пореској администрацији намећу бројни изазови тако да администрирање пореским системима постаје све сложеније. Све већи део дохотка стиче се ван националних граница што смањује способност пореских администрација да провере

⁵ Carlos A. Silvani, Improving Tax Compliance, u: Improving Tax Administration In Developing Countries, ed. by Richard M. Bird and Milka Casanegra de Jantscher, IMF, 1992, pp. 274.

тачност пореских пријава. Стога је управљање пореским системом вештина постизања одговарајуће равнотеже између "услугне" и извршне функције пореске администрације са циљем промовисања добровољног плаћања пореза. Значајне сметње таквом понашању обвезника потичу од уочене неправичности пореског система; сложености пореског законодавства; неодговарајућег казненог система; слабих образовних програма намењених пореским обвезницима; ниског нивоа професионалности пореских службеника; неспособности пореске администрације да обезбеди непристрасност у жалбеном поступку; слабих контролних програма.⁶

Сагласност и прихватање плаћања пореских терета све више заокупља пажњу савремених држава које покушавају да одређеним системским и институционалним променама што више порезе приближе обвезницима. Системске мере се предузимају кроз поједностављење пореских структура и процедуре а институционалне мере су усмерене на реформу пореске администрације. У пореским реформама постоји уска и позитивна повезаност између успешне пореске политике и делотворних пореских органа.

Реформе пореских администрација спроводе се паралелно са променама у пореским системима, не само развијених земаља, већ и у онима које изграђују тржишну привреду. Концепт реформи пореске администрације базиран је на побољшању ефикасности у раду, повећању и побољшању квалитета услуга пореским обвезницима, мотивацији особља у постизању бољих резултата у раду и ефикаснијем буџетском извештавању. Конкретне мере су усмерене на побољшање односа са пореским обвезницима, специјализацији пореских службеника, одвајањем у организационом смислу од министарства финансија и приватизацији оних области рада за које се сматра да би их боље извршавао приватни сектор.

За успешно функционисање пореског система неопходно је постојање стручно оспособљене, добро организоване, савремено опремљене пореске службе у којој раде адекватно образовани и мотивисани (добро плаћени и цењени), савесни и поштени порески службеници који ће одговорно обављати сложене и изузетно осетљиве послове разреза, наплате и контроле пореза. Имајући у виду чињеницу да се нико неће

⁶ Carlos Silvani and Katherine Baer, Designing a Tax Administration Reform Strategy: Experiences and Guidelines, IMF Working Paper, WP/97/30, p. 12.

радо одређи дела своје економске снаге потребно је да фискалсучини све како би плаћање пореза било што мање неугодно.⁷

Опорезивање представља нарочито неуралгичну тачку у разграничењу интереса државе и појединаца.⁸ Његова ефикасност биће утолико израженија што је пореска власт способнија да реализује порески систем без изазивања већих тензија код пореских обвезника. Из тог разлога, пореска администрација има врло осетљиву улогу у проналажењу праве мере остваривања јавних и приватних интереса у фискалној сфери. У савременим условима то захтева једну нову димензију пореског односа у којој пореска администрација не може наступати искључиво са позиција власти већ уважавати обвезника. "Окретање" ка пореском обвезнику постаје приоритетни циљ активности савремених пореских органа кроз пружање услуга у виду информисања, помоћи и едукације ради лакшег извршавања пореских обавеза.⁹ Пракса ипак показује да поверење у порески систем не зависи само од пружене пореске помоћи већ и од других фактора, као што су: схватање о правичности пореског система, сложеност пореског законодавства, проблеми у примени мера принуде, некомпетентни или нељубазни порески службеници.

Посебан значај у операционализацији савремених пореских система придаје се политици умањења пореског јаза као разлике између наплаћеног пореза и пореза који је требао бити плаћен у складу са пореским законима. Другим речима, настоји се да се умањи пореска евазија. У том правцу могућа су три приступа: административни кроз минимизирање могућности за избегавање пореза; економски кроз ограничење могућих користи од евазије и социо-психолошки кроз смањивање склоности ка евазивном понашању.¹⁰ У оквиру овог трећег приступа посебно се наглашава квалитет односа између обвезника и пореских службеника.

Са процедуралног становишта битна је не само прокламација већ и ефективна заштита права пореских обвезника. Савремена пореска

⁷ Божидар Јелчић, *Основе порезног система савремене државе*, у: *Нове тенденције у јавним финансијама и финансијском праву*, Зборник у спомен професора Мирослава Петровића, Правни факултет, Београд, 1998, стр. 25.

⁸ Gunter Schmolders, *Psychologie des finances et de l'impôt*, P.U.F., Paris, 1973, pp. 293.

⁹ Robert A. LeBaube and Charles L. Vehorn, *Assisting Taxpayers in Meeting Their Obligations Under The Law*, у: *Improving Tax Administration In Developing Countries*, ed. by Richard M. Bird and Milka Casanegra de Jantscher, IMF, 1992, pp. 310.

¹⁰ Cedric Sandford, *Why tax Systems Differ-A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*, Fiscal Publication, 2000, pp. 148-155.

администрација све више се у пореском поступку ослања на специфичне технике опорезивања, као што су опорезивање на извору и самоопорезивање. Евидентно је да то води деперсонализованим пореским односима а на другој страни у савременим пореским системима све више се инсистира на добровољности плаћања пореске обавезе. Како помирити те две димензије порескопроцесне комуникације остаје отворено питање порескополитичке и порескотехничке природе. Правац развоја пореске процедуре захтеваће већа контролна овлашћења пореске администрације тако да долазимо на почетак наше приче о важности пореских права обвезника и учвршћивању њиховог порескоправног положаја, кроз смањење пореске пресије и подизање пореског морала.

Закључна разматрања

У нашем пореском систему јачање положаја пореских обвезника захтева доследно поштовање и истрајавање на основама концепције фискалне реформе с почетка деведесетих година, што би у смислу операционализације подразумевало предузимање конзистентног сета мера. Паралелно са јачањем привреде, потребно је заокружити процес реформе пореског система увођењем два кључна пореска облика (глобални порез на доходак грађана и порез на додату вредност); реформисати пореску администрацију и учинити је ефективном и ефикасном; поједноставити пореску процедуру; развијати пореску свест кроз јачање пореског морала; пожељно би било увођење институције омбудсмана¹¹ као и подстицање формирања удружења пореских обвезника. У том правцу влада мора осмислити стратегију тзв. пореске пропаганде као скупа активности усмерених на популаризацију пореза и свих односа у вези са опорезивањем. Сврха развијања пореске пропаганде јесте повећање пореског морала обвезника односно прихватање пореских обавеза са што мање отпора. Популаризација пореза реализује се кроз различите форме комуницирања са пореским обвезницима и зависи од потреба и могућности одређене државе.

¹¹ У већини земаља-чланица ОЕЦД постоји омбудсман као посебан облик вансудске контроле управе. Ова институција је позната као *заштитник права грађана* од незаконитог, неправилног и неефикасног рада органа управе па тиме и пореских органа. У САД и Аустрији постоји специјални омбудсман за пореска питања.

Разумевање и олакшано сналажење обвезника у пореским прописима у складу је са наглашеном потребом савременог човека не само да буде упознат са својом пореском обавезом него и да путем политичких механизма утиче на сва питања у вези са опорезивањем. Тиме се мења улога грађана из позиције "пасивних посматрача" у активне учеснике процеса јавне потрошње.

Prof. Dr. Mileva Anđelković, LL.D
Associate professor

TAX-PAYERS' RIGHTS IN TAX SYSTEM

Summary

The present-day tax authorities have increasingly come to acknowledge the importance of recognizing and guaranteeing tax-payers' rights. It has been a widely accepted standpoint that correct taxation relations will greatly contribute to more efficient tax payment. In this paper, the author has provided an account of tax-payers' taxation rights in developed tax systems, as well as an overview of taxation rights in our country, including the necessary measures to put these rights into effect.

Key words: *tax-payers' rights, tax administration, tax reform.*

Проф. др Драган Јовашевић

**ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ КАЗНЕ
ЗАТВОРА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ**
UDK 343.26 (497.1)

Апстракт

Основна функција кривичног права јесте обезбеђење ефикасне и законите заштите најзначајнијих друштвених добара и вредности које су у нашем праву одређене као основне слободе и права човека и грађанина, независност и безбедност земље те уставом утврђени поредак. Ова се добра и вредности штите од друштвено опасних противправних понашања појединаца и група која су законом одређена као кривична дела. Средства те друштвене реакције јесу кривичне

санкције. Њих има више врста, а међу њима по свом значају, карактеру, природи и садржини најзначајније су казне. Међу казнама се истичу казне затвора или лишења слободе које су најзначајније санкције у нашем праву, предвиђене за највећи број кривичних дела. Оне представљају најчешће изрицане и извршаване санкције и то не само у нашој држави већ и у другим државама. Овај рад управо говори о овој најзначајнијој врсти кривичне санкције у нашем праву.

Кључне речи: кривично дело, учинилац, кривична одговорност, казна, лишење слободе, прописивање, изрицање, извршење.

Проф. др Драган Јовашевић¹

ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

Уводна разматрања

Кривичне санкције представљају мере друштвеног реаговања против учиниоца друштвено опасног и противправног дела које је у закону одређено као кривично дело у циљу заштите најзначајнијих друштвених вредности које су у чл. 1. Кривичног закона СР Југославије одређене као основне слободе и права човека и грађанина, независност и безбедност земље и уставом утврђени поредак². То су принудне мере које заузимају најзначајније место у систему друштвених мера реаговања на различите облике и видове повредљивања и угрожавања вредности заштићених законодавством уопште (односно правним системом).

То су репресивне мере јер се примењују против воље учиниоца кривичног дела, њима се он ограничава у коришћењу одређених права и слобода. Оне су принудне мере које се у циљу сузбијања криминалитета примењују према учиниоцима противправних дела која су у

¹ Ванредни професор на Правном факултету у Нишу.

² Драган Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Службени гласник, Београд, 2002. године, стр. 17.

закону предвиђена као кривична дела на основу одлуке суда донете након спроведеног судског поступка³.

У сваком случају кривичне санкције примењује одређени државни орган – кривични суд. Оне су пре тога одређене у кривичном закону и по врсти и по мери. До њихове примене долази тек после извршења кривичног дела. То значи да је њихова примена везана за извршено кривично дело од стане једног или више лица. И коначно те санкције се примењују само према оним лицима која су извршила кривично дело и када је то доказано у кривичном поступку. Њиховом применом се овом лицу одузимају или ограничавају одређене слободе и права која су иначе гарантована свим грађанима на основу уставних постулата.

Појам и врсте казни

Савремено кривично право познаје више врста кривичних санкција које су различите по садржини, карактеру, дејству, природи, својству учиниоца дела и сл. Међу њима су свакако најзначајније казне. Оне су прописане на првом месту не само у општем делу кривичног закона СР Југославије већ су и у посебном делу савезних и републичких закона. Прописане су за највећи број кривичних дела. Оне су и најчешће изрицане кривичне санкције. Њиховом се применом може на најпотпунији и најефикаснији начин остварити заштита друштвених добара и вредности.

Шта више сам је закон у чл. 33. КЗ СРЈ предвидео и посебну сврху кажњавања у нашем кривичном праву. То је: 1) спречавање учиниоца да поново врши кривична дела и његово преваспитање, 2) васпитни утицај на друге да не чине кривична дела, 3) јачање морала и утицај на развијање друштвене одговорности и дисциплине грађана⁴.

Неки савремени кривично правни системи, што је реткост, као нпр. Кривични законик Руске федерације у чл. 43. дефинишу казну као меру државне принуде која је изречена одлуком суда и која се примењује према лицу које је оглашено кривим за извршено кривично

³ Зоран Стојановић, Кривично право, Општи део, Службени гласник, Београд, 2001. године, стр. 247.

⁴ Љубиша Јовановић, Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, Номос, Београд, 2002. године, стр. 272 и даље.

дело, а која се састоји у лишавању или ограничавању слобода и права тог лица⁵.

Имајући у виду материјално-формалну дефиницију појма кривичне санкције уопште, можемо одредити и појам казне у нашем кривичном праву. То је законом одређена принудна мера коју изриче суд кривично одговорном учиниоцу кривичног дела у циљу заштите најзначајнијих друштвених добара и вредности, а која се састоји у одузимању или ограничавању слобода и права учиниоцу кривичног дела.

У циљу што ефикасније борбе против криминалитета сва савремена кривична законодавства предвиђају више врста казни. То је уосталом и неопходно како би се остварила индивидуализација у кажњавању тако да се сваком учиниоцу конкретног кривичног дела одмери врста и мера казне којом ће се најбоље и најефикасније остварити сврха кажњавања. У прилог овоме иде и структура криминалитета као и карактеристике учинилаца кривичних дела, те захтеви и потребе криминалне политике⁶.

Кривични закон СР Југославије у чл. 34. предвиђа да се према учиниоцима кривичних дела могу изрећи само две врсте казни. То су: 1) казна затвора и 2) новчана казна.

Затвор представља главну казну (с обзиром на самосталност у изрицању), док се новчана казна јавља и као главна и као споредна казна. За највећи број кривичних дела прописана је казна затвора самостално или кумулативно или алтернативно са новчаном казном. Када је прописана казна затвора, суд учиниоцу тог кривичног дела може да одмери казну у границама посебног минимума и посебног максимума те казне, а нижи или виши износ ове казне може да изрекне само у случају постојања законом изричито предвиђених услова.

Новчана казна се може изрећи у случају када је прописана за кривично дело у посебном делу кривичног закона, па чак и у случају када није прописана за конкретно дело ако је исто учињено из користољубља. Ни за једно кривично дело новчана казна није прописана у границама

⁵ Ј. И. Скуратов, В. М. Лебедев, Коментарии к Уголовному кодексу Российской Федерации, Норма, Москва, 1996. године.

⁶ Зоран Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, Правни факултет, Нови сад, 1987. године.

посебног минимума и посебног максимума већ само по врсти тако да је суд овлашћен да учиниоцу конкретног кривичног дела изрекне износ и рок плаћања новчане казне у границама општег минимума и општег максимума.

Зависно од садржине казна затвора је управљена против слободе осуђеног лица у смислу њеног одузимања или ограничавања за одређено, у пресуди утврђено време. Новчана казна је пак имовинска казна јер се састоји у обавези осуђеног лица да пресудом утврђени износ новца у одређеном року уплати у корист државе односно буџета. У нашем правном систему више не постоје казна против живота (смртна казна), нити казне против телесног интегритета (телесне казне) нити пак казне против грађанских права или слобода.

Пошто смо већ рекли да је казна затвора најзначајнија врста казне (пачак и кривичних санкција уопште), то ћемо у наставку излагања посебну пажњу посветити управо овој казни. При томе треба рећи да се лишење слободе јавља у нашем праву не само као врста кривичне санкције већ и као врста прекршајне санкције⁷ при чему су јединствено уређени садржина, природа, карактер, начин и поступак извршења ове казне без обзира о којој се пак врсти санкције ради или који ју је орган изрекао.

Појам и карактеристике казне затвора

Казна лишења слободе или затвор састоји се у одузимању слободе кретања учиниоцу кривичног дела за у судској пресуди одређено време. У свим савременим казним системима ова врста казна заузима централно место. Највећи број кривичних дела је управо забрањено овом казном. Она пружа највеће могућности за остварење сврхе кажњавања ако се њена садржина одреди као утицај на преваспитање, поправљање и ресоцијализацију осуђеног лица те његовом поновном укључивању у нормалан друштвени живот. Њу је могуће изрицати у различитим распонима па стога она омогућава најпотпунију индивидуализацију и прилагођавање тежине казне тежини учињеног кривичног дела и

⁷ Драган Јовашевић, Збирка закона о прекршајима са коментаром и праксом, Службени гласник, Београд, 2000. године.

друштвеној опасности његовог учиниоца. И коначно, после укидања смртне казне у великом броју савремених кривично правних система једино се казна лишења слободe, додуше у дугом трајању може појавити као ефикасна замена те капиталне казне⁸.

Казна затвора се у нашем правном систему може изрећи само као главна казна и то када је законом изричито прописана за одређено кривично дело. Она не може бити краћа од тридесет дана ни дужа од петнаест година (чл. 38. ст. 1. КЗ СРЈ)⁹. Од овог општег максимума постоји један изузетак када се казна затвора може изрећи у трајању од 40 година, али за најтеже облике тешких кривичних дела за које је прописана.

У случајевима у којима законодавац предвиђа могућност изрицања казне затвора од 40 година, она може бити изречена само у том износу, али не и у распону између 15 до 40 година. Такву могућност која би по нашем мишљењу била оправдана за бројне случајеве, наш законодавац не предвиђа. Но, при томе треба рећи да казна затвора од 40 година нигде није предвиђена као једина казна нити је прописана обавезност њеног изрицања. Наиме, она је увек алтернативно прописана са казном затвора од 15 година¹⁰.

Казна затвора чији се минимум креће од шест месеци па навише може се изрицати само на пуне године и месеце, а до шест месеци и на пуне дане (чл. 38. ст. 2. КЗ СРЈ).

Када судско веће у кривичном поступку утврди да је оптужено лице учинило кривично дело које му се оптужним актом овлашћеног тужиоца ставља на терет, приступа одмеравању казне у границама законом прописане казне за то дело. Суд је при томе обавезан да узме у обзир све околности објективног и субјективног карактера везане за учињено кривично дело и личност учиниоца и да при томе одреди ону меру

⁸ У неким европским кривичним законодавствима после укидања смртне казне за најтеже облике тешких кривичних дела предвиђена је казна затвора у доживотном трајању као у: Аустрији, Немачкој, Шведској, Швајцарској, Француској, Републици Српској и др.

⁹ Законом о изменама и допунама Кривичног закона СР Југославије из новембра месеца 2001. године укинута је казна затвора у трајању од 20 година која се могла изрицати за најтеже облике тешких кривичних дела. Уместо ње уведена је нова врста казне затвора – затвор од 40 година.

¹⁰ Нека инострана кривична законодавства познају више врста казни лишења слободe. Тако нпр. Кривични законик Републике Српске из 2000. године у чл. 32. познаје казну затвора и доживотног затвора. На исти начин поступа и Кривични законик Републике Македоније из 1997. године у чл.35 као и Кривични законик Руске федерације из 1996. године у чл. 44.

казне с којом ће се на најбољи начин остварити сврха кажњавања. Суд је при томе везан правилима утврђеним у чл. 41. КЗ СРЈ. Но, уколико у конкретном случају постоје околности, које иначе закон предвиђа у одредбама чл. 43, 44 и 45. КЗ СРЈ суд је овлашћен (а не и обавезан) да учиниоцу кривичног дела изрекне блажу или строжу казну. Наравно да своју одлуку којом је одмерио казну у конкретном случају, суд мора да образложи оценом свих изведених доказа.

Две су претпоставке да се изречена казна затвора и изврши. То су:

- правоснажност судске одлуке којом је изречена одређена врста и мера казне,
- непостојање законских сметњи за извршење судске одлуке.

Практично принцип да се извршењу изречене казне затвора приступа тек по правоснажности судске одлуке којом је иста и изречена представља још једну потврду примене принципа легалитета (законитости) казне у нашем праву. Но, сам је закон изричито одредио да се изузетно са извршењем, изречене казне може отпочети и пре правоснажности одлуке ако су испуњени следећи услови:

- да се осуђено лице већ налази у притвору,
- да је донета првостепена осуђујућа пресуда,
- да осуђено лице да изричито пристанак изјавом на записник пред судијом који води кривични поступак да жели да буде упућен на издржавање казне и пре правоснажности одлуке.

Установе за извршење казне затвора

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије¹¹ у чл. 9. инаугурише један од основних принципа новог извршног кривичног права – а то је принцип јединственог извршења најважнијих кривичних санкција институционалног карактера у Републици. Тако је основана нова јединствена централна Управа за извршење заводских санкција у саставу Министарства правде која спроводи, организује и надзире извршење казни затвора, малолетничког затвора, мера безбедности: обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи и обавезног лечења алкохоличара и наркомана те васпитне мере упућивања у васпитно поправни дом.

¹¹ Службени гласник Републике Србије број 16/97.

Закон је при томе и одредио врсте заводских установа у којима се извршавају изречене кривичне санкције, док су саме заводске установе основане посебном Уредбом Владе Републике Србије¹². Постоји више врста завода у Републици Србији. То су: казнено поправни завод, окружни затвор, казнено попрабни завод за жене, казнено поправни завод за малолетнике у којима се извршава изречена казна затвора или малолетничког затвора с тим што су поједине врсте ових завода намењене за одређене категорије осуђених лица. Поред њих, постоји и психијатријски завод као нова институција за извршење мера безбедности медицинског карактера (из чл. 63. и 65. КЗ СРЈ).

Затворска болница је предвиђена за смештај и лечење осуђених и притворених лица. Васпитно поправни дом је намењен за извршење васпитне мере упућивања у васпитно поправни дом. Но, поред наведених установа, овим законом је основан по први пут у нашој земљи Завод за испитивање личности осуђених. Ту ће се спроводити свестрано испитивање личности осуђених лица којима је изречена казна затвора у трајању дужем од једне године осим жена. Тек по свестраном упознавању личности осуђеног биће му одређен адекватан третман васпитања, преваспитања и поправљања који ће бити индивидуализиран према конкретном осуђеном лицу зависно од његових специфичних карактеристика личности. У овом сезаводу личност осуђеног испитује се са психолошког, педагошког, социјалног и безбедносног становишта, и утврђује програм поступања са њим, при чему се ова сазнања користе и за потребе распоређивања (екстерне класификације) осуђених лица у одређене врсте и типове заводских установа. Коначно, овај завод прати примену утврђених програма поступања према осуђених лицима од стране заводске управе (пенитенцијарне администрације) и предлаже њихову измену, допуну или пак премештај осуђеног лица у други завод или друго одељење у оквиру истог завода.

Закон о извршењу кривичних санкција¹³ је у чл. 12. извршио категоризацију заводских установа у којима се извршава казна затвора. Критеријуми за ову категоризацију јесу: степен обезбеђења, трајање изречене казне и пол и старост осуђених лица.

¹² Службени гласник Републике Србије број 17/98.

¹³ Драган Јовашевић, Коментар Закона о извршењу кривичних санкција са судском праксом и пратећим прописима, Службени лист СРЈ, Београд, 2000. године.

Према критеријуму који се односи на степен обезбеђења и начин поступања са осуђеним лицима разликују се следећи типови завода: отвореног, полуотвореног, затвореног и строго затвореног типа.

У заводима отвореног типа не постоје физичке препреке за бекство. У њима не постоји ни физичко ни материјално-техничко обезбеђење које би представљало препреку осуђеним лицима за бекство. Поступак према осуђеним лицима се заснива на њиховој самодисциплини и личној одговорности. Надзор над животом и радом осуђених лица односно њиховим кретањем врше васпитачи.

Заводи полуотвореног типа немају физичко и материјално обезбеђење које би представљало препреку за бекство осуђених лица. У овим заводима постоји наоружана стража, али се њена функција не састоји у спречавању бекства осуђених лица већ у одржавању реда и рада као и дисциплине осуђених лица те у обезбеђењу њиховог кретања у складу са постојећим прописима и актом о кућном реду у заводу.

Заводи затвореног типа се одликују постојањем физичког и материјалног обезбеђења против бекства осуђених лица као што су: наоружана стража, оградни зидови, ограде од жице, техничка средства и друге мере за обезбеђење које представљају препреке за бекство осуђених лица. И коначно, заводи строго затвореног типа се разликују од завода затвореног типа само по интензитету мера обезбеђења и начину поступања са осуђеним лицима. У њима су мере за обезбеђење исте као и у заводима затвореног типа само су овде јачег степена и интензитета. То значи да је овде повећан број припадника службе за обезбеђење под оружјем, да је појачан надзор над кретањем осуђених лица, да постоји савремена технички опремљенија безбедносна структура и сл. У раду са осуђеним лицима у заводима овог типа се примењују интензивније мере поступања у којима учествују комплетни и комплексни стручни тимови.

Казнено поправни завод за жене и васпитно поправни завод представљају заводе полуотвореног типа. Затворска болница, психијатријски завод и завод за испитивање личности осуђених су заводи затвореног типа, док само казнено поправни домови могу бити строго затвореног типа.

У овим заводима (свих врста и типова) могу постојати различита одељења и то: отворена, полуотворена и затворена. Таква категоризација

омогућава даље расврставање осуђених лица применом савремених пенолошких метода и третмана. Тиме се у ствари стварају неопходне претпоставке за индивидуализацију изречене казне. Оваква одељења могу да постоје у свим заводима.

Распооређивање осуђених лица у поједина одељења у саставу завода одређеног типа се врши према одређеним критеријумима. То су објективни и субјективни критеријуми. Међу њима се посебно издвајају: врста учињеног кривичног дела, висина изречене казне, ранији живот осуђеног лица, његово старосно доба, здравствено стање, степен образовања, професионална оријентација и сл. Међу критеријумима за ову интерну класификацију осуђених лица посебно се истичу лична и криминолошка својства осуђеног лица о чему своје мишљење даје стручни тим који за време боравка осуђеног у Заводу за испитивање личности осуђених има прилике да се детаљно упозна са личношћу и карактеристикама осуђених лица.

Упућивање и распоређивање осуђених лица

У систему југословенског права све три гране кривичног права – материјално, процесно и извршно представљају јединствени, уско међусобно повезани и узајамно условљени систем са јединствено одређеном циљем, а то је обезбеђење ефикасне заштите најзначајнијих друштвених добара и вредности од свих облика повређивања и угрожавања. Стога је логично да су прецизно утврђени улови за прописивање, истицање и извршење кривичних санкција, а посебно казне. Тако је закон о извршењу кривичних санкција прецизно утврдио поступак за упућивање осуђених лица на издржавање изречене казне затвора односно њихово распоређивање (екстерно и интерно) у одговарајуће заводске установе одређене врсте и типа односно одређена одељења у оквиру ових завода.

Сва осуђена лица се у зависности од тежине изречене казне за учињено кривично дело упућују у заводску установу (ради непосредног извршења казне) или у Завод за испитивање личности осуђених. То је прва фаза екстерне класификације осуђених лица. После испитивања личности осуђеног лица и свестраног упознавања његове природе и карактера те криминалне и психолошке личности које у Заводу за испитивање личности осуђених траје најдуже 60 дана осуђени се упућује на издржавање

казне. На предлог управника Завода за испитивања личности осуђених, директор Управе за извршење заводских санкција распоређује поједина осуђена лица у одређену врсту и тип завода на даље издржавање казне. Овакав начин поступања у распоређивању осуђених лица се примењује само у случају осуђених мушкараца којима је изречена казна затвора у трајању дужем од годину дана.

Сва остала осуђена лица се без обзира на пол упућују у заводске установе у складу са распоредним актом министра правде. Овде долазе у обзир само она лица којима је правоснажном пресудом изречена казна затвора у трајању мањем од годину дана или је пак осуђеном лицу до краја издржавања казне остало време испод једне године.

Закон предвиђа и један изузетак од издржавања казне за осуђено лице у складу са распоредним актом министра правде. То је случај када на молбу осуђеног лица директор Управе за извршење заводских санкција из оправданих разлога може променити место извршења изречене казне. Који су то оправдани разлози, фактичко је питање које директор Управе процењује у сваком конкретном случају. Против овог решења жалба није допуштена.

Другу фазу екстерне класификације осуђених лица представља одређивање места седишта заводске установе и њене врсте односно типа. Тако се осуђено лице коме је изречена казна затвора до једне године или му је толико времена остало за издржавање (после урачунавања ранијег лишења слободе и из других разлога) распоређује се у окружни затвор. Осуђено лице коме је изречена казна затвора у трајању преко једне године распоређује се у казнено поправни завод, а осуђене жене се распоређује у казнено поправни завод за жене. Дакле, са осуђене жене не постоји могућност да буду распоређене у окружни затвор без обзира на дужину трајања изречене казне.

У завод отвореног или полуотвореног типа распоређују се нехатни учиниоци кривичних дела као и први пут осуђена лица (примарни, ситуациони и случајни извршиоци) којима је изречена казна затвора до једне године, а само изузетно до три године. Осуђени за које се пак свестраном анализом личности и њених особина у току испитивања у Заводу за испитивање личности осуђених утврди да би после распоређивања у заводе затвореног типа битно угрозили безбедност осталих осуђених лица или који за време издржавања казне битно нарушавају

кућни ред у заводу као и осуђени за које се приликом испитивања личности осуђених утврди да предузете мере поступања и третмана нису дале позитивне резултате распоређују се у заводе строго затвореног типа. У последња два случаја не ради се о распоређивању осуђених лица већ о њиховом премештају у случају исказане потребе. Остали осуђени се распоређују у казнено поправни завод затвореног типа.

Сам поступак упућивања осуђених лица на издржавање казне затвора прецизно је уређен одредбама чл. 32-38. ЗИКС зависно од надлежности суда који је изрекао пресуду односно од пребивалишта или боравишта осуђеног лица.

Ако суд који је донео првостепену пресуду није надлежан и за упућивање осуђеног на издржавање казне затвора, он је дужан да правоснажну и извршну пресуду са подацима о личности осуђеног који су прибављени у току кривичног поступка достави надлежном суду у року од три дана од дана када је пресуда постала извршна. Али ако је суд који је донео првостепену пресуду и сам надлежан за њено извршење, дужан је да сам приступи упућивању осуђеног на издржавање казне.

У сваком случају за упућивање осуђеног у заводску установу надлежан је општински суд према пребивалишту односно боравишту осуђеног лица у време када је пресуда којом је изречена казна постала правоснажна. Тај суд задржава ову надлежност и у случају када осуђени касније промени пребивалиште или боравиште. Када су пребивалиште или боравиште осуђеног лица непознати, онда такво лице у завод на издржавање казне упућује општински суд који је донео првостепену пресуду, а ако је пресуду донео окружни суд онда је за ово упућивање надлежан општински суд у седишту окружног суда.

Практично је на овај начин уређена надлежност суда за упућивање осуђеног на издржавање казне када се он налази на слободи. Ако се пак такво лице налази у притвору за његово упућивање на издржавање казне надлежан је општински суд на чијем се подручју налази седиште завода у коме се налази притвореник.

Надлежни општински суд шаље осуђеном лицу писмени налог за издржавање казне. У налогу га обавештава да се одређеног дана јави на издржавање казне у одговарајућу заводску установу. Између пријема налога и дана јављања у завод не мође да прође мање од осам нити

више од петнаест дана. Сматра се да је ово довољно време да осуђени пре одласка на издржавање казне уреди своје личне, породичне, радне, материјалне и друге обавезе¹⁴.

Истовремено надлежни суд обавештава и заводску установу о датуму када одређено осуђено лице треба да се јави на издржавање казне. Уз ово обавештење заводу се доставља и извршна судска одлука са потребним клаузулама као и сви потребни подаци о личности осуђеног, његовим карактерним цртама, психолошком профили те степену криминалне (злочиначке) воље, а који су прикупљени у спроведеном кривичном поступку.

Овакво решење има и друге правне последице. Наиме, релативна застарелост извршења изречене казне затвора се прекида радњама надлежних органа када су осуђеном лицу упућени позиви ради извршења казне¹⁵.

Почетак издржавања изречене казне се рачуна од дана када се осуђено лице добровољно по пријему налога јави у заводску установу. О томе да ли се осуђено лице добровољно јавило или не, завод у сваком конкретном случају обавештава суд који га је упутио у ову установу. Уколико се уредно позвано осуђено лице не јави у одређеном року, надлежни општински суд наређује његово довођење. У том смислу се издаје наредба¹⁶ органу унутрашњих послова да га принудно доведу у одређену заводску установу, а као дан почетка издржавања казне се рачуна дан када је такво лице лишено слободе.

Ако се пак осуђени налази у бекству или се крије или је недоступан органима за извршење кривичних санкција на други начин, онда надлежни општински суд доноси наредбу о издавању потернице. Ту потерницу суд доставља органу унутрашњих послова који предузима мере и радње откривања и хватања осуђеног лица и његовог довођења у заводску установу.

¹⁴ Драган Јовашевић, Коментар Закона о извршењу кривичних санкција, Службени лист СРЈ: Београд, 2000. године.

¹⁵ Решење Округног суда у Београду Кж. 456/93 од 7. априла 1993. године.

¹⁶ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2002. године

Одлагање извршења казне затвора

Но, Закон о извршењу кривичних санкција предвиђа и могућност одлагања почетка издржавања изречене казне затвора. Разликују се два вида овог одлагања извршења казне затвора. То су: 1) одлагање на молбу осуђеног лица предвидјено у чл. 39. ЗИКС и 2) одлагање поводом ванредних правних лекова предвидјено у чл. 49. ЗИКС.

Осуђеном који није започео са издржавањем изречене казне затвора може се под одређеним законским условима на његову молбу одложити почетак извршења казне. За ово одлагање потребно је кумулативно испуњење три услова и то: 1) поднета молба осуђеног лица, 2) постојање законских разлога за одлагање и 3) решење предстаника надлежног суда о одлагању почетка издржавања казне.

Закон је прецизно одредио разлоге због којих се осуђеном лицу може одложити извршење казне затвора. Ти разлози могу бити: 1) медицинске природе, 2) медицинско-социјалне породичне природе и 3) разлози који леже у неодложним радним обавезама.

Који су од наведених разлога оправдани, а који не, у сваком конкретном случају одлучује председник надлежног општинског суда. О поднетој молби за одлагање извршења казне затвора доноси се посебно решење. Као дан одлагања извршења изречене казне сматра се онај дан када је донето решење о одлагању без обзира када је оно и уручено осуђеном лицу и заводској установи. У донетом решењу се наводе: време за које је одложено извршење изречене казне и назначује се дан када се осуђени мора поново јавити заводу ради започињања са издржавањем казне затвора. При томе је важно истаћи да молба коју је осуђени подносио ради одлагања извршења казне не прекида застарелост извршења казни¹⁷.

Навод осуђеног да је потребно да изврши одређене грађевинске радове на крову своје куће те да највећи део тих радова треба да поднесу његов отац и он, довољан је разлог за одлагање одласка на извршење казне затвора за два месеца¹⁸.

¹⁷ Решење Окружног суда у Београду Кж. 2342/95 од 27. фебруара 1996. године.

¹⁸ Решење Окружног суда у Пожаревцу Кж. 23/97.

Молбу за одлагање извршења казне подноси сам осуђени, а не и чланови његовог породичног домаћинства или други блиски сродници. У молби се наводе разлози за одлагање, прилажу се одговарајући докази који оправдавају постојање разлога и назначава се време за које се одлагање извршења казне тражи. Молба се подноси у року од три дана по пријему налога за издржавање казне. Сматра се да је то довољно времена да осуђени у случају постојања неког законског разлога може поднети молбу за одлагање. Овај рок има преклузивни карактер, али не и када се одлагање извршења казне тражи услед тешке акутне болести осуђеног или смрти члана његовог породичног домаћинства што је и логично јер у ова два последња случаја он може поднети молбу за одлагање извршења казне све до времена када треба да се јави у заводску установу.

У пракси се често поставља питање како треба поступити са поднетим молбама осуђених лица које су неблаговремене. Најчешће се овакве ситуацију решавају одбацивањем поднете молбе. У прилог томе говоре и разлози економичности и процесне ефикасности те потреба бржег спровођења поступка извршења правоснажно изречених казни затвора.

Молба за одлагање извршења казне се подноси председнику надлежног општинског суда. Када уз молбу нису приложени сви потребни докази који оправдавају основаност молбе, председник суда може осуђеном да остави рок од осам дана да изврши допуну молбе упозоравајући га при томе на последице пропуштања овог рока¹⁹.

Несређена материјална ситуација осуђеног који као швајцарски пензионер није дуже времена примао пензију због санкција према нашој земљи од стране међународне заједнице и његови несређени породични односи јер има седам чланова породице које издржава не представљају законске разлоге за одлагање почетка издржавања казне осуђеном лицу²⁰.

Председник надлежног суда поводом поднете и комплетиране молбе доноси решење у року од три дана по њеном пријему. Донетим решењем се може одложити извршење казне затвора ако су за то

¹⁹ Види опширније - Драган Јовашевић, Коментар Закона о извршењу кривичних санкција са подзаконским прописима и судском праксом, Службени лист СРЈ, Београд, 2000. године.

²⁰ Решење Окружног суда у Пећи Кж.29/95 од 20. јуна 1995. године.

испуњени законом предвиђени услови (при чему се одређује и време овог одлагања) или се молба може одбити као неоснована, када суд нађе да ти разлози не постоје или да њихово постојање не оправдава потребу одлагања са започињањем извршења изречене казне затвора. И коначно, о поднетој молби председник суда може одлучити и одбацивањем исте као неблаговремене или непотпуне или поднете од стране неовлашћеног лица.

Против донетог решења осуђени може да изјави жалбу председнику окружног суда у року од три дана по пријему решења. У даљем року од три дана овај суд одлучује о изјављеној жалби такође у форми решења. Тим решењем се првостепено решење може: поништити, укинути и вратити првостепеном суду на поновни поступак и одлучивање или се због разлога економичности и ефикасности може преиначити и мериторно одлучити о поднетој молби за одлагање извршења казне затвора.

Изјављена молба за одлагање извршења казне има деволутивно и суспензивно дејство. Деволутивно дејство се састоји у надлежности председника општинског и окружног суда да одлучују о истој. А њено суспензивно дејство се испољава у чињеници да изјављена молба задржава извршење казне све до монета наступања правоснажности решења о поднетој молби.

Закон не ограничава право осуђеног на подношење молбе за одлагање извршења казне. То другим речима значи да осуђени све до ступања у заводску установу има право да подноси молбу за одлагање (једном или више пута) наравно под условом да у сваком конкретном случају постоји неки од законом предвиђених разлога. Али ако председник надлежног суда који приликом одбијања молбе за одлагање по други пут, утврди да осуђени практично злоупотребљава ово своје право, он може одлучити да поднета молба не задржава извршење казне, односно да поднета молба нема суспензивно дејство. За овакву одлуку суда морају бити испуњени следећи услови:

- да је осуђено лице поднело два пута молбу за одлагање извршења казне,
- да председник суда дође до уверења да осуђено лице сталним подношењем молби за одлагање као и жалби на донето решење, злоупотребљава право утврђено законом.

Да би се спречила могућност злоупотребе овог права од стране осуђених лица закон је предвидео изричито овакву могућност што представља велику новину у односу на раније важећа решења извршног кривичног права. Раније је наиме постојала могућност да осуђени бар теоријски сталним подношењем молби, а потом и жалби знатно одуговлачи са започињањем извршења казне затвора што је у неретком броју случајева доводило до наступања застарелости извршења казни²¹

Осуђено лице коме је извршење казне одложено због тешке акутне болести дужно је једном у три месеца, а на захтев суда и чешће да овај орган обавештава о извештају здравствене установе у којој се лечи. Тај извештај треба да садржи податке о његовом здравственом стању, али и о прогнози даљег тока лечења.

У одредби чл. 47. Закон о извршењу кривичних санкција предвиђа једно интересантно и оригинално решење. Наиме, овом је законском одредбом предвиђена могућност опозива, али и обуставе одлагања извршења казне затвора. Наиме, већ дозвољено одлагање извршења изречене казне без обзира да ли је дато решењем председника општинског или окружног суда може се опозвати или обуставити од извршења. О томе увек одлучује председник општинског суда који је доносио и прво решење. И против ове одлуке је дозвољена могућност осуђеном лицу да уложи жалбу.

Закон познаје три разлога за доношење овакве одлуке. То су:

- ако се накнадно утврди да нису ни постојали разлози за одлагање извршења казне,
- ако се накнадно утврди да су престали разлози због којих је одлагање казне и одобрено,
- ако осуђени одлагање користи противно одобреној сврси.

Ако је одобрено одлагање извршења казне трудници, а дете се роди мртво, одлагање се такође обуставља када истекне време од шест месеци од порођаја, а ако је дете умрло после порођаја, онда се одлагање обуставља када истекне шест месеци од смрти детета. У случају да је одлагање казне одобрено мајци детета које је млађе од годину дана, а дете умре, одлагање се обуставља када истекне шест месеци од смрти детета.

²¹ Љубиша Јовановић, Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, Номос, Београд, 2002. године; Милан Милутиновић, Пенологија, Савремена администрација, Београд, 1979. године; Драгољуб Атанацковић, Пенологија, Научна књига, Београд, 1985. године.

Против решења о опозиву или обустави одлагања извршења казне затвора осуђени има право жалбе председнику окружног суда с тим што и ова жалба има суспензивно дејство.

Но, поред одлагања извршења изречене казне затвора по молби осуђеног лица, Закон о извршењу кривичних санкција у одредби чл. 49. предвиђа и могућност одлагања поводом изјављених ванредних правних лекова. Овде се дакле ради о посебним разлозима за одлагање казне. Они су везани за подношење неког од ванредних правних лекова у корист осуђеног лица. Пошто ванредни правни лекови по Законику о кривичном поступку²² немају суспензивно дејство то је прописима извршног кривичног права изричито предвиђена могућност да у случају улагања захтева за понављање поступка и захтева за ванредно преиспитивање правоснажне пресуде у корист осуђеног суд може одложити извршење казне зависно од садржине захтева и конкретне ситуације сваког појединог случаја.

Закон такође дозвољава и могућност одлагања извршења казне на захтев јавног (државног) тужиоца и то само до времена доношења одлуке о изјављеном правном средству. То значи да у овом последњем случају до одлагања долази по испуњењу кумулативно предвиђених следећих услова:

- да је надлежни јавни (државни) тужилац поднео захтев за одлагање извршења казне надлежном суду,
- да је надлежни јавни тужилац изјавио правно средство на изречену одлуку о казни у корист осуђеног лица.

Но, ако јавни тужилац не употреби правно средство у року од 30 дана по пријему одлуке о одлагању извршења казне од стране председника општинског суда онда и сама одлука којом је одложено тражено извршење казне престаје да важи. Овим је практично дата могућност јавном тужиоцу да уложи одговарајућа правна средства у корист осуђеног лица, а како би се избегле евентуално штетне последице по осуђеног његовим одласком на издржавање казне у заводску установу.

²² Момчило Грубач, Законик о кривичном поступку са објашњењима, Службени гласник, Београд, 2002. године; Момчило Грубач, Слободан Бељански, Нови институти у Законику о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2002. године.

Завршна разматрања

Казна затвора и у нашем кривичном праву као и уосталом у већини савремених кривично правних система представља основну кривично правну меру којом се друштво супротставља различитим облицима и видовима криминалитета којим се повређују или угрожавају заштићене друштвене вредности. Управо због свог значаја, природе, карактера и њеног дејства, казна затвора је прецизно уређена не само прописима материјалног кривичног права већ и прописима извршног кривичног права (права о извршењу кривичних санкција).

То је и разумљиво јер се ради о казни којом се за одређено време осуђеном лицу – учиниоцу кривичног дела одузима слобода кретања. Уз то ова казна има низ других последица за осуђено лице. Долази до наступања штетних последица у његовом материјалном, породичном и здравственом стању, на његово име се ставља печат осуђиваност (стигматизација), често долази до престанка радног односа, и сл. Стога су сви савремени кривично правни системи, али и стандарди међународне заједнице зајемчили осуђеним лицима одређена права.

Највећи део тих права је везан за садржину и дејство ове казне. Прецизно су одређени врста, систем и типови заводских установа и одељења у њима у којима се уопште извршава изречена казна затвора. Како би се избегле штетне последице затварања (које су неминовни пратилац ове репресивне санкције) с једне стране а с друге стране повећао њен поправни, преваспитни и нарочито ресоцијализујући карактер утврђена су прецизна правила за упућивање и распоређивање (екстерну и интерну класификацију) осуђених лица, затим њихов премештај као и могућност одлагања са започињањем извршења казне затвора.

Да би се спечиле могуће злоупотребе и арбитрерности, прописима извршног кривичног права су прецизно утврђени критеријуми, услови, поступак као надлежност органа који одлучују у свим наведеним ситуацијама. Тиме се практично на својеврстан начин и пружа гаранција осуђеним лицима од пенитенсијарне администрације. Ова права као и повластице (привилегије) осуђених као и одредбе које се односе на дисциплинску и материјалну одговорност осуђених лица и могућ-

ност примене средстава принуде у односу на њих представљају основ за гарантовање положаја осуђених лица за време издржавања изречене казне затвора чиме се на најпотпунији начин може остварити и сама сврха кажњавања одређена у чл. 33. КЗ СРЈ, а тиме и ефикасна и квалитета заштита друштва од криминалитета.

Prof. Dr. Dragan Jovašević, LL.D
Associate Professor

THE CONCEPT AND CHARACTERISTICS OF IMPRISONMENT IN YUGOSLAV LAW

Summary

The basic role of Criminal law is to procure efficient legal protection against dangerous and socially unacceptable conduct, which is legally defined as criminal offence. The society employs different criminal sanctions against criminal offenders. However, by their nature and content, the most significant form of sanctions are penalties. In this paper the author has analysed the penalty of imprisonment regarding its theoretical and practical aspects, forms and models of the arrest institution, and other issues related to the penalty of imprisonment.

Key words: *criminal offence, criminal offenders, criminal sanctions, penalty, arrest, institution, treatment.*

Доц. др Мирослав Лазич

ПРАВО ГРАЂЕЊА
UDK 347.256

Апстракт

Институт права грађења омогућава да грађевина и земљиште не чине увек правно јединство, већ да могу припадати у својину различитим правним субјектима. Градилац има право својине на згради за време трајања права грађења на земљишту на коме је подигнута грађевина. Право грађења омогу-

ћава јевтинију градњу и задржавање права својине на грађевинском земљишту. Правом грађења се фаворизује својина на земљишту. Функција права грађења да појевтињује стамбену изградњу, указује на потребу разматрања прихватања овог института и у нашем законодавству.

Кључне речи: грађевинско земљиште, право грађења, функције, кодификација.

*Мирослав Лазвић*¹

ПРАВО ГРАЂЕЊА

I. Увод

Начело *superficies solo cedit* означава принцип по коме све грађевине које су чврсто спојене са земљиштем чине правно јединство и припадају власнику земљишта. Применом овог принципа успоставља се правно јединство између земљишта и грађевине који се третирају као јединствена непокретност. Тиме се решава колизија која настаје када су различита лица власници зграде и земљишта.

Одувек је правни поредак предвиђао и неке изузетке од овог правила, зато што се у правној пракси јавила потреба да се својина на згради раздвоји од својине на земљишту на коме је зграда подигнута. У римском праву и касније у правним порецима заснованим на романској правној традицији, ово раздвајање је вршено суперфицијарним правом, а у германском правном подручју - правом грађења. Ова права имају функцију да омогуће градиоцима изградњу зграде на туђем земљишту и коришћење зграде уз плаћање власнику земљишта накнаде за коришћење земљишта које остаје у његовој својини.

¹ Доцент на Правном факултету у Нишу.

У XIX веку ови институти су запостављени јер су се противили идеји индивидуалистичког концепта својине, да би у XX веку били реафирмисани. Два су разлога актуелизације права грађења: слабљење индивидуалистичког концепта својине и нарасле стамбене потребе грађана. Коришћењем ових института појефтинује се изградња зграде и омогућава решавање стамбених проблема. С друге стране, власници земљишта (физичка и правна лица, најчешће општине и градови) остварују економску корист од земљишта без његовог трајног отуђења.

Треба очекивати да ће започета реформа у нашем правном систему и нови својински концепт у коме доминира приватна својина, захтевати прихватање овог института. Сврха права грађења је да омогући градиоцу решавање стамбеног проблема изградњом зграде на туђем земљишту. Градилац плаћа вредност закупнине земљишта, али то смањује његове трошкове у односу на солуцију када би морао да купује земљиште. Са друге стране, право грађења омогућава власнику земљишта да стекне материјална средства ороченом продајом права коришћења земљишта, уз очување својине на земљишту.

II. Право грађења у Југославији

У државама бивш. социјалистичког државног уређења, где је спадала и некадашња СФР Југославија, приватна својина је потискивана, а грађевинско земљиште је било у колективној својини (државној или друштвеној) и коришћено је на начин којим се обезбеђује његово рационално коришћење. У таквим условима, није постојало класично право грађења. Ипак, без права грађења на туђем земљишту се не може ни у систему доминације колективне својине, па је постојало специфично право грађења на грађевинском земљишту у друштвеној својини које је било регулисано Законом о грађевинском земљишту. На земљишту у приватној својини није постојала могућност конституисања овог права.

Право грађења је посебно било развијено на градском грађевинском земљишту. Градско грађевинско земљиште одређивано је општим актом општине, односно града (чл. 4. Закона о грађевинском земљишту). Приватним власницима је земљиште у урбанизованом градском реону одузимано уз накнаду и претварано у градско грађевинско земљиште које је коришћено за изградњу објеката предвиђених урбани-

стичким планом. Бивши власник је, под одређеним условима, имао првенствено право грађења на једној грађевинској парцели. Градско грађевинско земљиште се користи по основу својине на том земљишту, својине на објекту или коришћења објекта на земљишту или на основу акта о давању на коришћење градског грађевинског земљишта (чл. 18).

Давалац права грађења и коришћења градског грађевинског земљишта је општина или друга државна заједница као власник земљишта. Градско грађевинско земљиште у државној својини се не може отуђити, а даје се на коришћење на основу јавног надметања, осим у законом предвиђеним изузецима (чл. 22. Закона). Трајање права коришћења земљишта је, практично, неограничено. Субјекти права грађења су физичка и правна лица. Стицањем права грађења стичу право да граде трајни објекат на том земљишту у складу са урбанистичким планом и на основу добијених дозвола за градњу. Право грађења је начелно неотуђиво, осим у корист одређених чланова породице. Преноси се са преносом својине на изграђеном објекту. Оно није могло бити ни предмет хипотеке јер се не налази у правном промету.

Накнаду за коришћење изграђеног грађевинског објекта плаћа власник објекта, односно носилац права располагања на објекту. На државном грађевинском земљишту је признавано право коришћења уз симболичну накнаду, тако да је овај институт добио обележја социјалне категорије и практично, због неограниченог трајања, претворио земљиште у припадак зграде. Ово право је хибрид настао као продукт друштвене својине који пружа трајну ренту држави и ствара трајно двојство власништва на грађевини и земљишту. На земљишту у приватној својини није могло бити конституисано, јер га закон није предвиђао.

Неизграђено градско грађевинско земљиште је у ограниченом промету, тј. промет је дозвољен само између ранијег сопственика и његових сродника - законом одређена лица (чл. 36. Закона). У супротном је располагање ништаво.

Закон о грађевинском земљишту је престао да важи. Међутим, право грађења није регулисано нашим законодавством, тако да је неизвесна судбина овог правног института у будућој реформи. Кратким приказом овог "социјалистичког" права грађења желимо да омогућимо компарацију са правом грађења о коме ћемо надаље говорити.

III. Појам и правна природа права грађења

Право грађења је стварно право које овлашћује титулара (градиоца) да у и/или на туђем земљишту подигне зграду и да је као власник користи одређено време, а затим уступи у својину власнику земљишта.

Градилац стиче непосредну правну власт на туђој непокретној ствари - земљишту, са дејством *erga omnes*. Према владајућем мишљењу, право грађења је по својим карактеристикама стварно право. Поједини аутори га третирају као подврсту стварних службености, а други као специфично право (*sui generis*). Међутим, право грађења се битно разликује од стварних службености. Њиме се не ствара однос између две непокретности, већ између два права својине поводом две повезане непокретности (зграде и земљишта). Међутим, пошто је својина искључиво право, а грађевински објекат је инкорпориран у земљишту, власник зграде привремено искључује право коришћења земљишта.

И нека ограничена стварна права (плодоуживање и право грађења) пружају свеобухватну правну власт на ствари, иако ужу од садржине права својине. Ова права су искључива тако да не могу постојати више ових права на истој ствари. Међутим, поред ових свеобухватних ограничених стварних права могу постојати друга стварна права која она не искључују (нпр. стварне службености).

Градилац је власник зграде и има сва својинска овлашћења: да зграду држи, употребљава или на други начин користи (издавањем у закуп) и да са њом располаже (да је поклони, прода, заложи итд.). Међутим, његово право располагања је ограничено на грађевину и орочено, а не протеже се на земљиште на коме постоји само право коришћења које се везује за трајање права грађења.

Право грађења је стварно право које гарантује титулару непосредну правну власт на ствари попут својине. Разлика је у трајању. Својина је "вечито" право, а право грађења, као и остала ограничена стварна права, је ограниченог трајања. У упоредном праву је ограничено на најмање 30, а највише 60 до 99 година. У немачком праву нема законског ограничења, већ уговорне стране одређују рок трајања.

Оно је отуђиво и наследиво право које спада у права коришћења туђе ствари. Стварна права коришћења су она субјективна права која садрже овлашћење коришћења, али не и располагања. То су: стварне службености, плодуживање, ограничене личне службености (употреба и становање) и право грађења. Може се оптеретити стварним службеностима, реалним теретом и хипотеком као правом на непокретности. Право грађења није могуће оптеретити другим правом грађења.

Најчешће настаје на основу правног посла закљученог између власника земљишта и власника зграде или на основу тестаента. Може бити уређено и у корист власника земљишта као својинско право грађења. Међутим, оно стварно настаје тек разилажењем идентитета лица у својству градиоца и власника земљишта.

Престаје протеклом рока, споразумом или пропашћу објекта. Право грађења се, у немачком праву, гаси и ако грађевина припадне власнику земљишта који за то мора платити накнаду. По принципу рекадентности, својина на земљишту се успоставља у пуном обиму након престанка права грађења. Власник је дужан особи којој је престало право грађења дати онолику накнаду за зграду за колико је зграда повећала вредност земљишта.

IV. Садржина права грађења

Право грађења је апсолутно право које делује према свагдашњем власнику земљишта који ступа у правни однос са власником зграде и мора трпети коришћење земљишта. Власник земљишта се налази у правном положају као власник послужног добра код стварних службености. С друге стране, власник грађевине има правни положај сличан плодуживаоцу. Право грађења спречава да власнику земљишта припадне у својину зграда подигнута на његовом земљишту док траје ово ограничено стварно право. Тек након престанка права грађења зграда добија улогу припадка и припада власнику земљишта.

Власник зграде као титулар права грађења и власник земљишта се налазе у специфичном облигационоправном односу са уређеним овлашћењима и обавезама. С обзиром да овај институт није регулисан у Закону о основама својинско правних односа, садржину права грађења ћемо изложити према решењима из упоредног права.

Према немачком праву,² основна овлашћења градиоца су:

- а) да сагради зграду у димензијама прецизираним споразумом са власником;
- б) да употребљава зграду и неизграђени део земљишта, на договорени начин. Нпр. могућност давања зграде у закуп зависи од пристанка власника земљишта, уколико није другачије уговорено;
- в) први градилац, односно његов наследник након истека уговореног рока, има првенствено право обнављања права грађења;
- г) градилац има право прече куповине на земљишту, уколико је уговорено. Законско право прече куповине није предвиђено.

Основне обавезе градиоца су:

- а) плаћање закупа за земљиште (месечно, годишње или једнократно) и плаћања пенала за доцњу (у овом случају се не могу затезне камате из § 289. BGB захтевати). Право грађења власник може и бесплатно уступити. Уговарање закупнине није садржина стварног права, већ има облигационоправни карактер и дејство. Изузетно, фиксни износ закупа може бити уписан у земљишне књиге и тада делује као реални терет према свагдашњем кориснику зграде, тј. има стварноправно дејство;
- б) поступање са зградом као добар домаћин, тј. правилно газдовање зградом (одржавање зграде, осигурање зграде од уобичајених ризика штете, нпр. од пожара, олује, поплаве и сл.) ;
- в) да за измене на грађевини захтева сагласност власника;
- г) сношење јавних (порез) и приватних (хипотекарна камата, сума осигурања) терета;
- д) допуштање власнику да повремено контролише одржавање зграде, уколико је то уговорено;
- ђ) обавеза да се својина пренесе на власника земљишта ако наступе уговорене околности (нпр. смрт овлашћеника, занемаривање или пропуст зграде, коришћење зграде противно сврси, продаја зграде са земљиштем без орочавања итд.) ;
- е) тражење сагласности од власника земљишта да се право грађења пренесе на друго лице, с тим што власник може само из оправданих разлога ускратити сагласност (нпр. због битног умањења вредности или угрожавања уређеног права грађења због немогућности плаћања закупнине);

² W-R. Bub, M. Schmid, H-G. Jatzek: Grundstücke - erwerben, besitzen, belasten und verkaufen, München, 1996, str. 64.

ж) да захтева одобрење власника земљишта за оптерећење права грађења (нпр. залагање) које се може ускратити само из оправданих разлога (нпр. није у складу са правилним газдовањем). При томе се не може спречити да градилац оптерети зграду до 70% вредности јер је у том случају довољно обезбеђен интерес власника земљишта;

- Право грађења се разликује и према томе да ли је стечено наследно право грађења као стварно право или се темељи на облигационоправном уговору (уговор о купопродаји градиоца са власником земљишта). У немачком праву, право грађења може бити и оптерећено (нпр. са Grundschuld, правом надзиђивања итд.). Из права грађења мора бити видљиво да ли се ради о једној или више грађевина. Као садржина права грађења, може се предвидети да се под одређеним условима на власника земљишта овлашћење права грађења мора пренети. Обрнуто, обавеза титулара права грађења да купи земљиште се може само као облигационоправна обавеза предвидети, а не као стварноправна садржина права грађења. Право грађења може бити недопуштено због понашања противног моралу (§ 138. BGB) или због социјалних циљева заштите (§ 242. BGB).

Носиоцу права грађења припада право да грађевину на и под земљом подигне. Омогућава средње имућном слоју стицање куће у својину, а да не морају платити цену за стицање својине на земљишту. Цена најма која се плаћа за уступање права грађења се слободно одређује. Цена не зависи од животних трошкова и прихода са истог земљишта.³

Институт права грађена је регулисан и новим Законом о властини и стварним правима Хрватске. Основна овлашћења градиоца се у правној теорији разврставају на:⁴

а. Овлашћења носиоца права грађења када на земљишту не постоји зграда

Пре изградње зграде, носилац права грађења има иста овлашћења и обавезе као и плодуживалац. Али пошто он није плодуживалац, може располагати правом грађења.

³ М. Wolf, Sachenrecht, München, 1997, str. 60.

⁴ Опширније, N. Gavella и др.: Стварно право, Загреб, 1998.

б. Овлашћења носиоца права грађења када на земљишту постоји зграда

Носилац права грађења је уједно и власник зграде. Он има орочено право својине на згради. Након изградње, има овлашћења и обавезе плодуюживаоца на земљишту оптерећеном правом грађења.

Уговором се могу одредити: трајање права грађења, какву је зграду дужан изградити, износ накнаде, доспелост појединих оброка накнаде, одговорност за испуњење и др. У супротном ће важити диспозитивне норме.

ЗОВО Хрватске регулише институт грађења на туђем праву грађења, где носиоцу права грађења припадају права и обавезе власника земљишта (чл. 157). С обзиром да се право грађења сматра некретнином, омогућено је његово залагање. У Хрватској се очекује да право грађења омогући јевтинију изградњу.

* * *

Наследно право грађења омогућава изграђивање зграде без да се мора имати својина на земљишту. То је ограничено стварно право коришћења земљишта у циљу подизања грађевине. Оно настаје из својине на земљишту и може се самостално преносити.

Право грађења би, као ново стварно право, омогућило титулару да на туђем земљишту изгради објекат (кућу, пословни простор, гаражу) на коме би стекао орочену својину. Истовремено би омогућило очување режима приватне својине (и државне) на грађевинском земљишту. Накнада која се добија за право грађења је знатно нижа од вредности земљишта, тако да се применом права грађења појевтинује стамбена изградња и представља алтернативу постојећим решењима.⁵

⁵ На Правном факултету у Осијеку је рађен интересантан пројекат "Право грађења - чинилац ублажавања стамбене кризе", под руководством др Владо Белаја, професора Правног факултета у Осијеку. Истраживачи су предложили да се изврши практичан опит у граду Осијеку, који би проверио њихове тврдње - да право грађења појевтинује стамбену градњу.

Право коришћења градског грађевинског земљишта настало у социјалистичком праву бивш. СФРЈ је неприхватљиво решење које се у систему уставне гаранције приватне својине не може ефикасно примењивати. Право коришћења је својинско овлашћење које се уступа уз накнаду, а да се при томе не конституише право грађења. Преношење стварноправног овлашћења без конституисања стварног субјективног права само указује на правну нелогичност.

С тога, треба сагледати предности и недостатке и размотрити потребу конституисања права грађења у нашем законодавству, угледајући се на искуства, пре свега, немачког права.

Prof. Dr. Miroslav Lazić, LL.D.
Assistant Professor

CONSTRUCTION RIGHT

Summary

Construction right is a real property right which entitles the holder (constructor) to erect a building on another person's estate, use it as an owner for the specified period, and then confer it to the ownership of the landowner.

The constructor is the owner of the building, entitled to all the eligible property rights such as: the building maintenance, personal use or tenure, and disposition (the right to donate, sell, mortgage it, etc). However, the constructor's disposition right is time-limited and restricted to the building itself, and it does not pertain to the land which he is only entitled to use during the validity of the construction right.

The purpose of the construction right is to help the constructor solve housing problems by erecting a building on another person's land. The constructor pays for the value of the tenure, which considerably reduces his expenses as compared to the option of purchasing the land. On the other hand, the construction right allows the landowner to acquire substantial means through the time-limited purchase of the land disposition right, yet keep the ownership of the land. Therefore, as the purpose of the construction right is to make the housing cheaper, it is necessary to consider the plausibility of codifying this right in our legislature.

Key words: construction land, construction right, functions, codification.

Доц. др Миомира Костић

**КРИМИНОГЕНИ УТИЦАЈ МАКРО
СОЦИЈАЛНИХ ФАКТОРА НА ДЕЛИКТЕ
НАСИЉА**

UDK 343.973:343.54

Апстракт

У раду су објашњени приступи узрочности у криминологији са становишта деловања макро социјалних фактора, као што су: економске прилике и односи, рат и процеси урбанизације и индустријализације. Уочљива је повезаност економског система и криминалитета, односно условљеност криминалитета деловањем сиромаштва и богатства на насиље у породици, када се сиромаштво и незапосленост чланова породице често јављају као амбијентални чиниоци домаћег насиља. Израз

"делинквентне генерације" користи се за децу која се роде током рата и за коју се сматра да постоји већа вероватноћа да ће починити злочин него други и да ова тенденција траје од периода детињства до млађег одраслог доба. У процесима урбанизације и индустријализације "урбано попуштање" на разним нивоима појединца и заједнице утиче на појаву криминалитета насиља због нерешених социјалних питања, слабљења породичних веза, отежане адаптације.

Кључне речи: криминалитет насиља, сиромаштво, богатство, рат, индустријализација, урбанизација

Доц. др Миомира Костић¹

КРИМИНОГЕНИ УТИЦАЈ МАКРО СОЦИЈАЛНИХ ФАКТОРА НА ДЕЛИКТЕ НАСИЉА

Криминолошке теорије, груписане око појединих праваца у криминологији, теже да злочин објасне са разноврсних аспеката, посебно наглашавајући непосредне чиниоце који до њега доводе. При томе су неки теоретичари, попут позитивиста, инсистирали на откривању каузалних веза и односа, док су се други, опет, критички односили уопште према могућности сазнавања узрочности злочина.² У стварном животу појавни облик неког кажњивог понашања и његови узроци представљају нераздвојиву целину. Зато се објашњења криминалитета дају већ у оквиру феноменологије јер ако нешто није испољено као кажњива последица није ни било узроковано. Узрок је објективна, реална промена која нужно доводи до неке друге реалне промене (последике), а која у даљем низу сталног кретања у природи и друштву доводи до следећих промена у узрочно-последичном низу (каузални ланац).³

Злочин и криминалитет се, по једним тумачењима, повезују са дејством једног основног чиниоца (монокаузалистичко дејство), док по дру-

¹ Доцент на Правном факултету у Нишу.

² Ђ. Игњатовић, Криминологија, Београд, НОМОС, 1996., стр. 211.

³ Ж. Хорватић, Елементарна криминологија, Ријека: Либурнија, Загреб: Школска књига, 1981. стр. 99. З. Шепаровић, Криминологија и социјална патологија, Београд, Загреб, 1987., стр. 67.

гим, условљеност долази од равноправног учешћа низа разноврсних фактора (мултифакторско дејство).⁴

Оригинално схватање о узрочности криминалитета заступа Милутиновић, које је у складу са његовим одређењем предмета криминологије. Овај аутор полази од схватања да криминалитет настаје као израз деловања општих услова у друштву, као и под утицајем деловања разних посебних фактора и околности који играју улогу непосредног изазивача криминалног понашања, схваћеног било као појединачне или као масовне појаве. Према Милутиновићу, ти непосредни криминогени фактори нису самоникли, већ се њихова генеза налази у општим условима живота. Аутор ове криминогене факторе дели на социогене и индивидуалне. Према каузалном утицају на криминалитет разликује узроке, услове и поводе.⁵

У новијој домаћој криминолошкој литератури карактеристичан је приступ узрочности у криминологији. Тако, ауторке Константиновић-Вилић и Николић-Ристановић сматрају да узрочност криминалитета првенствено може да се посматра као општа узрочност због тога што је "криминалитет историјски и друштвено условљен и зависи од околности везаних за одређене друштвено-економске системе и односе". Општа и посебна узрочност одређује се као макро поље деловања криминогених фактора, а појединачна узрочност као микро ниво узрочности. Анализа узрочности на макро нивоу обухвата деловање већих система, као што су економски, социјални и културни чиниоци који утичу на појаву криминалитета као масовне друштвене појаве и криминалног понашања као појединачне појаве. Анализа узрочности на микро плану представља тежњу да се утврде фактори узрочности из уже социјалне средине (породица, школа, суседство), тако и фактори везани за личност која се девијантно понаша.⁶ У криминолошкој литератури постоје и други концепти објашњења узрочности криминалитета.⁷

⁴ У криминолошкој литератури постоји спор међу криминолозима да ли се мултифакторски прилаз може означити као теорија или као "усмерење у ком правцу размишљати при судару са проблемом тумачењаг (појава) у криминологији". Цит. у: Б. Игњатовић, *loc. cit.*

⁵ Видети опширније: М. Милутиновић, *Криминологија*, Београд, Савремена администрација, 1988, стр. 321-323.

⁶ Видети опширније: С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, *Криминологија*, Ниш, СКЦ, 1998., стр. 285-291.

⁷ Игњатовић истиче да је "прошло време великих, свесобухватних и свесобјашњавајућих теорија у хуманистичким наукама, па и у криминологији". Овај аутор сматра да се на овом степену свога развоја кри-

У криминолошкој литератури настанак малолетничке делинквенције се повезује са деловањем социолошких, социокултурних, економских, биолошких, психолошких, психопатолошких, медицинских и правних феномена. Почетак малолетничког криминалитета може се пронаћи много пре него што је то официјелно забележено, раздвојено и анализирано у првим службеним статистикама. Етиологија овог типа криминалитета сагледава се у оквиру етиологије макро и микро узрочности криминалитета уопште. Али, с обзиром да се малолетна популација разликује од пунолетних особа по својим биолошким, психолошким и социјалним обележјима, то се статус малолетних делинквената разликује од положаја пунолетних учинилаца кривичних дела. Према мишљењу Хентига (*Hans von Hentig*) младост има свој биолошки и социјални аспект, што је издваја од других старосних група. Соматске промене и са њима повезане психичке особине првенствено се испољавају у пубертету. Биолошке промене своје дејство одражавају на социјални статус деце, када, због одбацивања ауторитета родитеља, школе и уопште одраслих особа, често сама породица постаје "легло немира" у коме цветају сукоби и емоционалне напетости.⁸ Према Милутиновићу, на овај тип криминалитета утичу сви они непосредни узроци и услови криминалног понашања, као што су: сиромаштво, богатство, неадекватни образовни и васпитни процеси у школама, неједнакост и друштвени статус родитеља са великим социјалним разликама, осећање неправде која рађа тенденцију "одбацивања друштвеног система", слабе могућности запослења, неадекватно професионално усмеравање и формирање, дрогирање и уживање алкохола, средства масовне комуникације испуњена агресивним садржајима, културна заосталост, утицај заосталих схватања и сл.⁹ Од социјалних фактора дефицијентна и деградирана породица имају највећи утицај на појаву малолетничке

минологија мора да задовољи сазнањем о вишеструкој функционалној повезаности многобројних теорија са криминалитетом или прецизније, са појединим типовима криминалитета. Све чиниоце криминалног понашања овај аутор дели на: спољне, амбијенталне и унутрашње или индивидуалне. (Т. Игњатовић, *op. cit.*, стр. 215.) Према Шепаровићу, за криминалитет посебно су значајни општи оквири у којима настаје криминогена ситуација, а то се првенствено односи на паразитске и социјално-патолошке појаве и структуре. Криминални чин је многодимензионална појава, на коју утиче комплекс најразличитијих услова и агенаса. Криминалитет је примарно друштвено условљена појава, мада ендогени или унутрашњи фактори имају своје значење. Шепаровић сматра да је уместо о узроку исправније говорити о етиолошком приступу криминогеним факторима и при томе разликује узроке као криминогене факторе, криминогене ситуације и криминогене побуде истичући односе међузависности и корелације свих фактора. (З. Шепаровић, *op. cit.*, стр. 77-80.). Према Хорватићу, узроци кажњивих понашања могу се поделити на егзогене и ендогене криминогене факторе, а свака од тих група на опште и посебне криминогене факторе. (Ж. Хорватић, *op. cit.*, стр. 101.).

⁸ Х. Хентиг, *Злочин: узроци и услови*, Сарајево, Веселин Маслеша, 1959., стр. 171-177.

⁹ М. Милутиновић, *op. cit.*, стр. 249-250.

делинквенције.¹⁰ Ипак, сматра се да је утицај неких чинилаца специфичан за делинквенцију деце, па се у том смислу разматрају: неуспех у образовању и васпитању, неадекватни институционални утицаји ресоцијализације, утицај улице и малолетничких делинквентних банди.¹¹ Константиновић-Вилић и Николић-Ристановић наводе да се у етиологији малолетничке делинквенције фактор личности сматра такође значајним за јављање девијантног понашања. Овај фактор се доводи у однос са посебним телесним и психичким променама које настају током доба адолесценције. Анатомске, физиолошке, морфолошке и друге промене не ограничавају се само на гениталну сферу, већ прожимају целокупну личност човека, а најважније промене настају у психолошким особинама личности. До психолошких промена долази нагло, оне избијају изненада и стварају стање које се понекад назива "криза малолетства".¹²

1. Економија, економски систем и развој

У модерном свету данашњице све више долазе до изражаја међусобни утицаји појединих општих делова друштвених услова који постоје у различитим друштвено-економским формацијама. Посматрајући човечанство као становништво "глобалног светског села", на свим географским просторима, уочљива је немоћ да се реше нека основна егзистенцијална питања становника, као што су: разоружање, престанак ратова, глад, сиромаштво, експлоатација, болести, расна, национална и верска нетрпељивост и сл.¹³ Отуда је, у криминолошким објашњењима криминалитета као масовне друштвене појаве и криминалног понашања као појединачне појаве, незаобилазно разматрање економских услова као криминогених фактора, а нарочито тумачење односа неједнаке расподеле друштвеног богатства и криминалитета.¹⁴

Материјалне или економске прилике односе се на поседовање имовине, односно извора прихода за обезбеђење егзистенције; затим рад, запосленост, да ли се до средстава за живот долази сопственим радом

¹⁰ С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, *op. cit.*, стр. 186.

¹¹ М. Милутиновић, *op. cit.*, стр. 250.

¹² М. Аћимовић, Увод у психологију кривичног поступка, Београд, Савремена администрација, 1980., стр. 75.

¹³ Ж. Хорватић, *op. cit.*, стр. 109.

¹⁴ R. Garofalo, *Criminology*, Montclair, Patterson Smith, 1968., p. 142-143.

или на други начин; на шта се троше материјална средства и какав им се значај придаје у односу на друге друштвене вредности (живот, част, слободу); какав животни стандард та средства омогућавају, коме друштвеном слоју припадају с обзиром на своје економске прилике и како материјалне прилике утичу на друштвено понашање укључујући ту и преступничко.¹⁵

На самом почетку развоја криминологије као науке уочена је повезаност економског система и криминалитета, али је та веза углавном била сагледавана у повезаности економских прилика (сиромаштво и богатство) и криминалитета.

У криминолошкој литератури се поклања велика пажња утицају који сиромаштво има на криминалитет, односно, како припадање нижим друштвеним слојевима утиче на појаву делинквентног понашања. Међутим, има схватања по којима сиромаштву уопште не треба придавати веће криминогено дејство, зато што резултати многих истраживања оповргавају тврђење да тешки услови живота непосредно утичу на криминалитет.¹⁶

Сиромаштво се може одредити у односу на идентификацију основног животног стандарда и такво одређење може бити искоришћено у различитим историјским периодима и на различитим местима. Уз помоћ овог одређења, било би прилично једноставно одредити да ли је више људи изнад или испод основног нивоа животног стандарда. Осим ове апсолутне дефиниције, јавио се већи број релативних дефиниција којима се утврђује под којим условима неко може бити сврстан у категорију сиромашних особа. Извесне потребе задовољавају се употребом неких неопходних предмета и спровођењем, опет, неких неопходних активности у сопственом стану, без влаге, са тоалетом и купатилом, конзумирањем једном недељно месног оброка за целу породицу и по три оброка дневно за свако дете понаособ, употребом по два пара обуће за влажно време и топлих непромочивих капута, коришћењем јавног превоза, спавањем у удобној спаваћој соби, употребом апарата беле технике и трошењем довољно новца за посебне прилике као што су празници и рођендани. Истраживачи су утврдили да је особа сиро-

¹⁵ В. Пешаћ, Криминологија, стр. 174. Цит у: С. Константиновић-Вилић, Жене убице, Ниш, Градина, 1986., стр. 107.

¹⁶ В. Wooton, Social Science and Social Patology, London, 1959., стр. 107-113., цит. у: М. Милутиновић, *op. cit.*, стр. 331.

машна уколико јој у животу недостају бар три од свих наведених компоненти и да је у Енглеској 1983. скоро једна од седморо особа живела у сиромаштву.¹⁷

Марксистички и неомарксистички криминолози као и радикални криминолози почетком шездесетих година овога века, повезаност економског система и криминалитета истицали су кроз критику капиталистичког начина производње, класних односа, експлоатације, одвајања рада од капитала, отуђења личности и индивидуалистичке психологије. Неки од социјалистички оријентисаних истраживача сматрали су да сиромаштво не проузрокује само имовински криминалитет, већ криминалитет уопштено, укључујући ту злочине против личности. Наиме, генерално посматрано, "у злочинима против личности утицај порочне друштвене организованости је мање уочљив".¹⁸ Ипак, Турати сматра да "суптилан утицај беде, директно или индиректно продире у целокупан криминалитет". Упоредо са бедом јавља се недостатак у образовању који утиче да нарастају "лоши примери, нечасност, погоршање нервозних сила, необуздан утицај основних нагона, немогућност да се поступа одмерено и уз размишљање и стални неуспех у задовољењу основних захтева, дакле, различити елементи чија ферментациона тајна је у томе да произведу злочин".¹⁹

С друге стране, уочено је да недостатак моралног васпитања не одликује искључиво ниже друштвене слојеве, већ се често може пронаћи међу припадницима виших друштвених слојева, који поседују велико материјално богатство. Свакако, без обзира на припадност друштвеном слоју, према мишљењу савремених теоретичара "највећи број људи, у било којој заједници, највероватније би се сложили око тога да је већина понашања, инкриминисана кривичним законодавством, друштвено непожељна".²⁰ Међутим, овакво схватање имало је своју предисторију. Тек у првим јављањима радикалног сагледавања криминалитета уочено је да право, па и кривично право, није прави одраз општег интереса и да се у односу на злочин морају постићи већа сазнања, првен-

¹⁷ A. Cochrane, A., *The Problem of Poverty, Social Problems and the Family*, (ed. Rudi Dalos, Eugene McLaughlin), London, Newbury Park, New Delhi, SAGE Publications, 1995., p. 191-192.

¹⁸ F. Turati, "Il delitto e la questione sociale", Milan, 1883., p. 96., cit. u: R. Garofalo, op. cit., p. 153.

¹⁹ Ibid.

²⁰ R. Quinney, (1970) "The Problem of Crime", New York, Dodd, Mead and co. p. 29., cit. u: I. Tzortizis, *Radical Criminology A Critique (A Critical analysis of the history and perspectives of radical criminology)*, ANT. N. SAKKOULAS Publishers, Athens, Komotini, 1991., p. 21.

ствено у смислу економске структуре друштва.²¹ Ипак, према ставу који заступа Гарофало, како у нижим, тако у вишим друштвеним слојевима убиство представља изузетак, а не правило. Мањак васпитања и образовања код сиромашних друштвених слојева има као главну последицу "грубост осећања" ("неучтивост"), што би се означило као нижи ниво сензибилитета према моралној патњи других.

У криминолошкој литератури дејство овог криминогеног фактора чешће се доводи у везу са извршењем неких других кривичних дела, имовинских на пример, мада нека истраживања убистава показују да је међу убицама највећи број оних који потичу из економски сиромашнијих друштвених слојева.²² Извршење ових, или готово свих кривичних дела не може се генерално приписати беди и сиромаштву. Ипак, свуда је уочљива веза између ниског економског и са њим, друштвеног положаја и делинквенције.²³

Материјално-економске прилике значајне су за децу због њихове материјалне зависности и несамосталности у односу на родитеље. Економска несамосталност присиљава дете да остане у заједници са родитељима чак и у случајевима када постоји било који облик и интензитет насиља усмереног према детету. Слаби материјални услови живота у породици могу утицати да деца прекину школовање, да се код њих не развију радне навике већ предрасуде, изопачена схватања и нетрпеливост према околини.²⁴ С друге стране, деца из породица вишег социо-економског статуса могу коришћењем савремених средстава електронске комуникације бити злоупотребљена гледањем и учествовањем у програмима који представљају вид психичког притиска (деловањем верских секти, приказивањем бруталних сцена насиља, сексуалног насиља и сл.).

²¹ Још 1829. Е. Ливингстон (Edward Livingston) написао је у свом извештају о казненом закону следеће: "Свуда, осим са неколико изузетака, интерес већине је још од најранијих дана био жртвован моћи мањине. Свуда су казниени закони били формулисани тако да подрже ту моћ". Е. Livingston, (1822) "The Complete Works on Criminal Jurisprudence", Montclair, N. Y., Patterson Smith (reprint 1968), p., 45., cit. u ibid. Осамдесет година касније, најславнији амерички адвокат тога доба приметио је: "... лако је уочити како елиминисати нешто што ми зовемо злочин... То би могло да се учини давањем људи могућности да живе уништењем специјалних привилегија". С. Darrow (1979) "Address to the Prisoners in the Cook County Jail" – An Introduction to the Legal Process, Boston: Houghton: Mifflin., cit. u: ibid.

²² С. Константиновић-Вилић, *op. cit.*, стр. 106.

²³ У својој анализи односа између привредног циклуса и криминала у Енглеској у периоду од 1857-1913. Дороти Свин Томас (Dorothy Swaine Thomas) извршила је значајна испитивања дејстава општих економских услова на криминал. Томас је утврдила да постоји слаба обрнута размера између пораста благостања и пораста криминала. Dorothy Swaine Thomas: *Social Aspects of the Business Cycle*, Routledge, London, 1925., стр. 138., цит. у: М. Елиот, *Злочин у савременом друштву*, Сарајево, Веселин Маслеша, 1962., стр. 313.

²⁴ С. Константиновић-Вилић, *op. cit.*, стр. 107.

Дејство материјално-економских фактора на извршење убиства од стране детета ретко се испољава у најнепосреднијем облику. Мотив користољубља због недостатка материјалних средстава, услед сиромаштва родитеља, незапослености и сл., јавља се код мањег броја убиства.²⁵ Сматра се чак да учесталост кривичних дела против личности у ствари има тенденцију да буде већа у добрим временима пре него у лошим. Исто тако, случајеви патрицида, настали као последица злостављања које је дете претрпело, везују се за породице са ниским социо-економским статусом и сиромаштвом родитеља.

Појам сиромаштва често се изједначава са сиромаштвом читаве породице. У истраживањима насиља у продици, сиромаштво и незапосленост чланова породице се веома често јављају као амбијентални чиниоци "домаћег насиља" (domestic violence). Незапосленост може више да утиче на вршење кривичних дела против имовине. Међутим, како неки криминолози истичу, на пример, С. Барт (Cyril Burt) на криминал не наводи толико сиромаштво, колико "релативно сиромаштво" које подстиче неодољиве прохтеве.²⁶ Према Монтењу, благостање и немаштина зависе од мишљења сваког појединца, а "богатство и слава и здравље садрже само онолико лепоте и задовољства колико им придаје онај ко их поседује".²⁷ На нивоу званичне државне политике развијених земаља Запада сматра се да злостављање детета треба "чувати унутар породице", односно унутар "опасних" или "неподесних" породица. У тим покушајима, обично се не траже узроци злостављања, већ се пажња јавности усмерава на неуспех државне интервенције. Тиме се избегавају одговори на многа сложенија питања о породичном животу, о начинима како се злостављају деца у сиромашном породичном окружењу, расним и верским разликама и сл.²⁸ У жељи да се опише модел "болесне породице" често се занемарује чињеница да се физичко злостављање деце дешава подједнако у свим областима друштва, али пошто је интервенција државе из многобројних разлога више усмерена на сиромашне породице, оно се чешће доводи у везу са ниским социо-економским статусом учиниоца и жртве.²⁹ Физичко злостављање деце зато се описује као "злочин сиромаштва", док је сексуално злостављање демонстрација "мушке моћи".

²⁵ С. Константиновић-Вилић, *op. cit.*, стр. 107-108.

²⁶ Cyril Burt, *The Young Delinquent*, University of London, London, 1938., стр. 68-69., цит. у: М. Елиот, *op. cit.*, стр. 314.

²⁷ М. Монтењ, *Огледи*, Београд, ИП "Пад", 1977. стр. 17.

²⁸ Е. Saraga, *The Abuse of Children, Social Problems and the Family*, *op. cit.*, p. 18.

²⁹ Е. Saraga, *op. cit.*, p. 50.

Међутим, сиромаштво, само по себи, не узрокује злостављање из разлога што се не може изрећи тврдња да су сва деца која одрастају у сиромашним условима обавезно жртве физичког злостављања. Веза између осиромашења породице и малтретирања деце више се огледа у томе што особе које живе у сиромаштву доживљавају "стресна стања на економском, социјалном и психолошком плану што их приморава да се искаљују на сопственој деци поготову када осете да су на граници снаге". Ова врста објашњења одговара општем мишљењу о сопственом доживљеном осећању гнева и беса, када се јавља жеља за физичком агресијом, без обзира да ли се она стварно испољава или не. С друге стране, сви сиромашни људи нису физички агресивни према сопственој деци, иако доживљавају мање или више стресне ситуације свакодневно живећи у материјалној оскудици.

Ипак, само сиромаштво се не може узети као одлучујући фактор у физичком злостављању деце. Стресна стања сиромаштва не представљају узрок злостављања ни у ситуацијама када систематско малтретирање траје низ година, а трпе га најчешће жене и деца од мужа, односно оца породице. Међутим, оно што је важно, без обзира на ниво насиља или род насилника, то је да сиромаштво не објашњава зашто су баш деца мете злостављања. Највероватније објашњење лежи у томе што су деца слаба и немоћна да се свете. Многи видови насиља према деци имају друштвени легитимитет јер држава споро или уопште не реагује на њих чак и када су законом санкционисани. Деца се још увек сматрају власништвом родитеља, који физичко насиље користе као начин кажњавања и дисциплиновања детета. Зато везе између физичког злостављања деце и сиромаштва породице нису тако видљиве и јасне, а њихово објашњење мора бити у оквиру ширег социјалног контекста.

2. Рат

У литератури се наводи да абнормални економски поремећаји настају током економских криза, несташице, поплава, ратова и револуција. Рат, као најснажнији облик друштвеног поремећаја, постиже своје циљеве тако што се током периода рата прекида стабилност породичног живота, разара економска основа друштва и усмерава у ратне сврхе, престаје уобичајена васпитна функција породице, утицај цркве, и уопште све делатности друштва и државе.³⁰

³⁰ М. Елиот, *op. cit.*, стр. 316.

Стресогени ефекат рата испољава се у томе што долази до угрожавања постојећих облика односа појединаца са околином, а његово најјаче дејство настаје у периодима прелаза из мирног у ратно, односно из ратног у мирно доба.³¹ Током ратног стања долази до паралисаног или пристрасног рада полиције и органа правосуђа, тако да се стварају погодни услови за пораст криминалитета, слабљење инхибиција, бујање примитивних нагона, што све заједно утиче на привремену трансформацију обима, структуре и карактеристика криминалних понашања.³² Према Елиот, може се претпоставити да квоте криминалитета нагло опадају за време рата, првенствено због тога што су млади људи (који чине највећи број преступника) војни обвезници током трајања рата.³³

Рат је стање које личи на пљачкашки живот и током којег се потискују осећања карактеристична за мирнодопске активности и све је подређено субординираном положају војног командовања. Под таквим околностима држава очекује од сваког грађанина да се осећа као војник, војни закон постаје владајући, а мирнодопски закони престају да важе.³⁴ Према подацима који се наводе у литератури, а односе се на Први и Други светски рат, показује се да у току и после рата криминалитет расте, при чему се посебно бележи пораст војних, имовинских и кривичних дела насиља, као и малолетничке делинквенције и криминалитета жена, док опада број пријављених сексуалних деликата уз истовремени пораст тамне бројке код овог облика криминалитета.³⁵ Такође, Реклес (W. Reckless) сматра да су подаци заклоњени чињеницом да је "обичан злочин" односно домаћи злочин у ствари видљив, што даје могућност да се казни индивидуа која га је починила, док појединци који почине тешка кривична дела у рату не делују увек за себе, већ чешће под командом других. Ову појаву Реклес упоређује са криминалитетом белог оковратника, поготову у случају када службеници компаније почине неко кривично дело бавећи се одређеним пословима.³⁶

³¹ Д. Кеџмановић, Социјална психијатрија са психијатријском социологијом, Сарајево, Свјетлост, 1978., стр. 185.

³² R. Gassin, *Criminologie*, Paris: Dalloz, 1988., s. 327., цит. у: С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, *op. cit.*, стр. 297.

³³ М. Елиот, *loc. cit.*

³⁴ R. Garofalo, *op. cit.*, p. 39.

³⁵ W. Reckless, *Criminal Behavior*, New York and London, McGraw-Hill Book Company (1940), s. 253., цит. у: С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, *loc. cit.*

³⁶ Сатерленд (Sutherland) је тврдио да рад за корпорацију не извињава службенике од одговорности за њихове службене злочине. Reckless, W. C., *op. cit.*, p. 568.

Током рата, сматра Елиот, сексуална делинквенција девојчица показује тенденцију пораста јер су препуштене саме себи за које време су мајке најчешће ангажоване у ратној индустрији. Тако је у периоду од 1939-1944. квота делинквенције девојака, иако много нижа него квота делинквенције младића, сразмерно порасла више него квота делинквенције младића и то 82% : 51%.³⁷

Рат као једну од својих главних последица има растурање породице. То се посебно одражава на децу мушког пола која због дугог одсуства оца од куће, или његове погибије губе свој главни објект идентификације током детињства и младости. Тапан наводи да су током Другог светског рата у Енглеској деца чешће патила од страха и несигурности због поремећаја свог породичног живота него од стварних ваздушних напада. Учинци помањкања одговарајућег надзора, управљања и упућивања дететове социјализације током периода рата, видљиви су много касније, по окончању рата. Родитељи су били превише закупљени ратном производњом, одласком на фронт, тежњом да се очува гола егзистенција, да би имали времена да деци поклањају пажњу и љубав.³⁸

Борбени занос остаје да влада и после рата, нарочито међу младима, који су већ осујећени делимичном изолацијом у својим породицама током ратних дејстава, што само појачава њихово непријатељско реактивно понашање. С друге стране, повратак мушких чланова породице с фронта доноси нове потешкоће у наставак породичног живота. Ратни ветерани, по повратку из ратних зона, могу показивати знаке поремећаја, који се назива пост-трауматски синдром (ПТСД). Хилиј-Јанг и сарадници (Hiley-Young, et. al., 1995) испитивали су утицај виктимизације из дечијег периода и друге факторе из доба пре рата код 177 ветерана вијетнамског рата на њихово насилничко понашање током рата. Статистичка анализа је показала да ниједна предратна варијабла није указивала на експресију таквог насиља током рата. Међутим, учешће у ратном насиљу указало је да ће се насиље појавити и у послератном периоду према себи, брачним партнерима и другим члановима породице.³⁹

³⁷ Цит. у: М. Елиот, *op. cit.*, стр. 316.

³⁸ Тапан, Р., *op. cit.*, стр. 242.

³⁹ Hiley-Young, B., et. al., Warzone violence in Vietnam: an examination of premilitary, military, and postmilitary factors in PTSD in patients, *Journal Trauma Stress*, Jan. 1995., 8 (1), 125-141.

У криминологији су се јавила мишљења о "делинквентној генерацији" или о деци која се роде током рата и за коју се сматра да постоји већа вероватноћа да ће "починити злочин него други и да ова тенденција траје од периода детињства до млађег одраслог доба". Овај утицај рата посебно се одражава на децу која су првих пет година свога живота провела у ратно доба. Велики поремећаји социјалних услова, који се тада јављају, имају иначе највећи утицај на децу узраста од 4-5 година (Wilkins, 1960). Иако ове хипотезе нису увек биле доказане каснијим статистичким анализама и истраживањима, ипак остаје закључак да се криминогени утицаји рата могу осећати још дуго година по склапању мира.

3. Индустијализација и урбанизација

Глобална организација представља само скуп мањих заједница, унутар којих се опет може посматрати различитост појединих делова на основу различитих критеријума. Величина заједнице представља само један од фактора овог разграничења. Густина популације и учесталост друштвених контаката има важан утицај за изучавање криминалних и делинквентних понашања у локалним заједницама.⁴⁰ Значајне демографске промене нису настале случајно, већ као последица индустријске револуције у XIX веку и почетком XX века, када је велики број становника почео да насељава градове и индустријске зоне.

Урбанизација представља светски процес. У социолошкој литератури, овај процес се одређује као ширење или експлозија градова, градског утицаја и нарочито ширења градског начина живота на сеоску околину, као и потискивање руралне средине под утицајем урбане.⁴¹

Разграничење простора на урбане и руралне средине представља почетни приступ на једном ширем, глобалном плану у изучавању криминалитета и малолетничког преступништва. Наравно, то не значи да је сам процес урбанизације штетан, већ да извесни пратећи елементи тога

⁴⁰ А. Тодоровић, Узроци малолетничког преступништва, Београд, Институт за криминолошка и криминалистичка истраживања, Институт друштвених наука, 1971., стр. 81. и 85.

⁴¹ Ј. Ђирић, Основе социологије насеља и социологије села, Ниш, Градина, 1980., стр. 68.

процеса, настали независно од прогресивног циља урбанизације, стварају услове за појаву различитих типова криминалитета, а посебно малолетничке делинквенције.

Градови се одликују извесним предностима у односу на руралну средину. Градске средине, као центри индустријске производње и размене, омогућавају много виши стандард живота. У градовима, у много већем степену него у сеоским срединама, стварају се нови облици културних модела, у чему делимичан улог има анонимност и разноликост разних културних садржаја, што омогућава већу слободу стваралачким мислима и делима. Исто тако, у градовима је могуће спроводити медицинска достигнућа у лечењу и спречавању болести, због чега се градски живот некада изједначава или повезује са схватањима шта то представља "цивилизација".

С правом се сматра да градски живот, сам по себи, не узрокује непосредно девијантно понашање, али да су многи услови живота у граду подесни за недозвољене форме понашања.⁴²

Стопа делинквенције и криминалитета је уопштено много нижа у руралним него у урбаним срединама. Испитивања криминалитета у Француској и Белгији су показала сличне основне разлике у урбаним и руралним срединама (Burges, 1925). У Јапану, стопа урбаног криминалитета је била виша од стопе руралног криминалитета, а основни пораст стопе криминалитета је посебно значајан у највећим градовима (UNESCO, 1956). У Индији, по једном званичном извештају, утврђено је да се малолетнички криминалитет, у једном сталном облику, везује за велике градове Индије и нека мања места, поготову она која су економски сиромашна (Bombay, The Children's Aid Society, 1956).

Разлике између сеоског и градског имовинског криминалитета су веће него разлике између вршења кривичних дела против личности у ове две средине. Такође, извесна делинквентна и криминална понашања учињена у руралној средини некада се не пријављују, док, с друге стране, постоји већа могућност да се изврши злочин у градској у поређењу са сеоском средином. Током 1966. према званичним статистикама у САД, стопа провалних крађа била је два и по пута већа у урбаним срединама него у руралним, разбојништва више од три пута и крађа више од десет пута. С друге стране, злочини као што су убиства,

⁴² M. Clinard, *Sociology of Deviant Behavior*, New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1968., p. 88.

која су релативно ређа у поређењу са имовинским деликтима, су скоро подједнако заступљена, са нешто вишом стопом у градском подручју, где је стопа 6.0 у поређењу са стопом 4.7 у сеоској средини.⁴³

Из доступних података о кретању малолетничке делинквенције у градским подручјима, уочава се да локалне промене у односу на дечије понашање, откривају разлике у стопи делинквенције, одражавајући различитост друштвених вредности, норми и ставова којима су деца изложена. У неким деловима града, схватања становништва су таква да се не одобрава и уједно санкционише делинквенција, што остварује довољно "широк и динамички утицај" на контролисање делинквентних каријера међу прилично великим бројем дечака и младих особа уопште. У таквим заједницама, многа деца се сусрећу са меродавним системом вредности који обезбеђује већину друштвених форми у смислу којих ће бити организовани њихови животи. Међутим, у тој истој заједници, постоје конфликтне могућности, по којима делинквентна каријера и злочин представљају алтернативу, која се често оствари, зато што примамљујуће делује на децу, јер омогућава брз економски добитак, престиж, дружење са особама чије поштовање и одобравање су од виталног значаја за дететову сигурност и за достизање задовољавајућег статуса. У случајевима где се делинквенција младих одвија у групи, не значи да млада делинквентна особа, с њене тачке гледишта, представља дезорганизовану, болесну или антисоцијалну особу, већ малолетни делинквент себе сматра неким ко поступа високо организовано и прилагођено сопственим нормама понашања.⁴⁴

Статистике којима је евидентирана доступност оружја у великим градовима САД потврђују пораст обима деликата насиља међу младима. Истраживачи су утврдили да се у Чикагу, између 1965. и 1990. повећао обим убиства учињених од стране гангова. Ову појаву криминолози су повезали са већом доступношћу ватреног оружја младима. Током 1990. спроведено је истраживање међу младима у градовима и метрополама Средњег Запада САД и утврђено да је 55% њих учество-

⁴³ M. Clinard, op. cit., p. 99-101.

⁴⁴ C.R. Shaw, H.D. McKay, An ecological approach to juvenile delinquency, Readings in Criminology and Penology, (ed. by David Dressler), 2. ed. New York, Columbia University Press, 1972., p. 315.

вало у насилничком понашању током године (National Commission on Children, 1993).⁴⁵

Процес урбанизације и индустријализације је неопходан услов економског развитка и напретка, али се уједно стварају услови у којима се може јавити криминалитет.⁴⁶ Делинквентно понашање је "уско повезано са извесним ситуацијама које настају у процесу развоја градова". Урбано "попуштање" на разним нивоима појединца и заједнице је физичка чињеница, која се најбоље огледа у смислу услова и особина који владају у суседству, кућама, на улици.⁴⁷ Отуда у криминологији постоји тврдња да су непосредни узроци криминалитета и других девијантних понашања, садржани у извесним појавама и процесима, попут нерешених социјалних питања, слабљења породичних веза, отежане адаптације и сл., неминовни пратиоци процеса урбанизације и индустријализације.

Закључак

Према криминолошком објашњењу узрочности криминалитет и други облици девијантних понашања, као посебне друштвене појаве, имају своје корене, узроке, своју генезу и испољавају свој утицај у различитим сферама живота. Анализа општих услова или корена криминалитета обухвата испитивање економских и друштвено политичких услова функционисања и опстанка људске заједнице. Сваки тип криминалитета, као и деликти насиља, не представљају само израз индивидуалне манифестације свога извршиоца који дела као потпуно одвојен субјект независан од других субјективних и објективних околности. Особине личности сваког делинквента обликују се и мењају у условима друштвеног живота и културног миљеа који га окружује.

Објашњење криминалитета насиља искључиво узроцима који проистичу из класне подељености друштва, која онемогућава задовољење стварних потреба већине становништва, оповргнуто је подацима да учиниоци овог типа криминалитета често потичу из богатијих друшт-

⁴⁵ J. C. Howell, B. Krisberg, M. Jones, Trends in Juvenile Crime and Youth Violence, Serious, Violent and Chronic Juvenile Offenders, (editors James C. Howell, Barry Krisberg, J. David Hawkins, John J. Wilson), London, New Delhi, SAGE Publications, 1995., p. 8-9.

⁴⁶ R. R. Korne, L.W. McCorkle, Criminology and Penology, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1959., p. 287-288.

⁴⁷ Н. Екермен, Психодинамика породичног живота, Титоград, Графички завод, 1966., стр. 41.

вених слојева. Истраживање узрочности криминалитета насиља на макро нивоу стога треба да обухвати анализу деловања већих система, као што су: економски, који у себи обједињује економске кризе и депресије, незапосленост, богатство и сиромаштво, затим политички, социјални и културни систем који непосредно утичу на стварање различитих сукоба унутар друштвених група. Они се опет, са своје стране, непосредно одражавају кроз сукобе у породици и стварање деградираних породичних система, стамбене кризе, почетак алкохолизма међу члановима породице, проституцију, вандализам и друге облике социјално патолошких појава.

Криминалитет насиља јавља се у све већем обиму у савременом свету. Решавање сукоба ратовима, на глобалном нивоу, подстиче ратну атмосферу преко мас медија, што на извесну групу делује попут "окидача" за испољавање агресивног понашања према другима. Често је циљ стицање материјалних привилегија и њихово гомилање, а некада мотив користољубља уопште не постоји, већ су поводи у претходним претњама, подстицањима, условљавањима припадањем групи, што све заједно кулминира кроз насилнички акт. Жртве су често чланови породице или друга позната лица. Немоћ друштва да искорени макро факторе насилничког криминалитета може се ублажити спознајом да би прописивање додатних посебних кривичних дела могло да утиче на смањење обима неких облика овог типа криминалитета. Кривични закон Републике Србије прописује кривично дело насиље у породици. С обзиром на кратак временски период од инкорпорирања овог кривичног дела у Кривични закон немогуће је утврдити тачан обим извршених и пресуђених дела. Тек ће резултати будућих криминолошких истраживања моћи да укажу на значај инкриминисања различитих облика деликата насиља, чиме ће повратним дејством моћи да се утиче на умањење деловања криминогених фактора ма макро нивоу.

Prof. Dr. Miomira Kostić, LL.D
Assistant Professor

THE CRIMINOGENOUS IMPACT OF MACRO-SOCIAL FACTORS ON VIOLENT CRIME

Summary

In the article the author elaborates on the causes of crime considered from the viewpoint of macro-social factors, such as economy, economic system and development, war and war conditions, urbanization and industrialization, which may be the causes of violent crime. Poverty and wealth are most frequently related to property crime, which can sometimes include not only acts of extreme violence (such as robbery) but also domestic violence. However, the frequency of criminal offences against persons tends to be higher in good times than in bad times. A result of the criminogenous impact of war is an increased rate of juvenile delinquency and domestic violence. Due to urbanization and industrialization, family relations become weaker, resulting in adaptation difficulties, frustration and aggression.

Key words: Violent Crime, Poverty, Wealth, Industrialization, Urbanization.



Доц. др Наташа Стојановић

НАЛОГ У ЗАВЕШТАЊУ

UDK 347.67

Апстракт

У раду је детаљно обрађен налог у потпуније регулисање овог наслед-сфери завештајних располагања. но-правног института и отклањање недостатака у постојећим Посебна пажња је посвећена раз-граничењу налога од услова и испоруке. Аутор се у раду залаже за законским решењима српског законодавца.

Кључне речи: завештање, налог, услов, испорука.

Доц. др Наташа Стојановић¹

НАЛОГ У ЗАВЕШТАЊУ

Уводне напомене

У оквирима наследног права правно-технички израз "налог" се дво-струко схвата². Са једне стране, под овим термином се подразумева додатна одредба у завештању којом се одређено лице, стицалац по наследно-правном основу, обавезује на извршење какве чинидбе у одређеном циљу. Са друге стране, термин налог означава саму обавезу на испуњење одређене престације³.

Налозима се, дакле, по наређењу завештаоца, а не по одредбама закона, сужавају наследно-правна овлашћења универзалних сукцесора, односно сингуларних стицалаца *mortis causa* (обавезника налога) у

¹ Доцент на Правном факултету у Нишу.

² Корени налога на пољу завештајног наслеђивања задиру дубоко у прошлост. Правно обликовање овај друштвени феномен доживљава у римском праву (о томе опширније видети нпр. код: А. Ромац, Римско право, Загреб, 1981, стр. 378), да би га данас у својим законодавствима прихватиле многе државе света (видети нпр.: пар. 709. Аустријског грађанског законика, пар. 2192-2196. Немачког грађанског законика, чл. 482. Швајцарског грађанског законика, чл. 539. Грађанског кодекса Русије, чл. 17-18. Закона о наслеђивању Бугарске). У нашем праву налог је регулисан чл. 132-134. Закона о наслеђивању Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 46/1995. У даљем тексту ЗНРС) и чл. 83. ст. 1. и 3. Закона о наслеђивању Републике Црне Горе ("Сл. лист СРЦГ", бр. 4/1976, 10/1976, 22/1978. У даљем тексту ЗНРЦГ).

³ Од овог налога (али и налога код других добротиних правних послова), треба разликовати налог регулисан облигационо-правним прописима. Заправо, реч је о уговору о налогу којим се налогопримац обавезује да за рачун налогодавца предузме одређене послове, по правилу, уз одговарајућу накнаду. Уговор о налогу је у нашем праву регулисан чл. 749-770. Закона о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; "Сл. лист СРЈ", бр. 29/1996).

корист других субјеката (корисника налога). Корисници налога су сингуларни стицаоци, јер само стичу право на одређену корист из заоставштине или на њен терет, и то тек кад лице оптерећено налогом изврши чинидбу, предмет *modus-a*. Између лица оптерећеног налогом и корисника налога се не заснива правна веза (*iuris vinculum*), дужничко-поверилачки однос, на основу кога би корисник налога црпео овлашћење на принудно остварење свог права. Отуда се у теорији, право које има извор у налогу квалификује као објективисано право, право без субјекта или тражбина без повериоца⁴.

У законодавству и правној књижевности посвећеној наслеђивању налози се регулишу и проучавају упоредо са условима и роковима. Оправдање за то лежи у чињеници да услови и рокови, као и налози, по правилу, ограничавају носиоце у њиховим наследно-правним овлашћењима. То ограничење се рефлектује кроз сукцесивно стицање по наследно-правном основу најмање два субјекта. Са отварањем наслеђа прво једно лице постаје носилац наследно-правног овлашћења (претходни последник), да би са остварењем услова, односно протеком рока то право припало неком другом лицу (потоњи последник). Сукцесивност у правном последовању за лица оптерећена налогом важи само онда кад се налог њиховом кривицом не испуни. Једино у том случају се налогу приписује дејство раскидног услова. При томе, неиспуњење налога кривицом лица које је њиме оптерећено може имати утицаја (нпр. ако је налогом оптерећен једини завештајни наследник) на опстанак завештања као правног основа наслеђивања, за разлику од ситуације кад налог отпадне за живота завештаоца⁵.

За правну егзистенцију налога се захтева да он мора бити у сагласности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима једне државе. У противном се сматра непостојећим. Такође, налог мора бити могућ, разумљив и непротивуречан. У супротном, ако налог није могуће испунити, ако није јасно шта је предмет налога и коме је он намењен, као и ако се делови одредбе о налогу међусобно искључују, налог се сматра непостојећим.

⁴ А. Лазаревић, Налог и легат, Правна мисао, бр. 3/1935, стр. 66.

⁵ Такав је став заузео и Врховни суд Србије. Наиме, он је у једном случају потврдио одлуке нижестепених судова који су правилно закључили да отпадање налога још за живота завештаоца (завешталац је наложио својој супрузи да прода аутомобил и моторцикл и од добијеног новца сагради гробницу за обоје, међутим, он сам је то учинио и без продаје наведених ствари), нема утицаја на пуноважност завештања. Одлука Врховног суда Србије од 01.03.1995. године, Рев. 737/95, Избор судске праксе, бр. 6/1997, стр. 31.

1. Обавезници налога

Налогом могу бити оптерећена сва она лица која стичу какву вредност из заоставштине. Дакле, поред универзалних сукцесора, то могу бити и сингуларни стицаоци *mortis causa* оставиоца⁶.

У положају обавезника налога може бити један или више законских или завештајних наследника.

Уколико само један универзални сукцесор наслеђује, а оптерећен је налогом, он одговара за његово испуњење у вредности наслеђеног дела заоставштине (*pro* или *cum viribus hereditatis*).

Ако више универзалних правних последника наслеђује, а из завештања не произлази ко је обавезан на испуњење налога, он онда терети све њих. Уколико су, пак, више наследника оптерећена налогом, њихова правна позиција се разликује, зависно од тога да ли је у питању дељива или недељива обавеза. Ако се ради о дељивој обавези, она се, под условом да другачије није одредио завешталац, "распада" на онолико делова колико има наследника оптерећених налогом, и свако од њих одговара за његово испуњење сразмерно вредности свог наследног дела (аналогно садржини чл. 412. Закона о облигационим односима). Уколико је, пак, реч о недељивој обавези, сваки од наследника, понаособ, одговара за њено потпуно намирење у вредности наследног дела, с могућношћу регреса од осталих обавезника налога. То исто вреди и за дељиву обавезу у погледу које је завешталац успоставио солидарност (сходно садржини чл. 435, а у вези чл. 414. и чл. 423. Закона о облигационим односима).

Налогом могу бити оптерећени и наследници којима је право наслеђа ограничено условом или роком. Због могућности промене у личности универзалних правних последника, разликујемо стање до испуњења услова, односно протекла рока и стање после испуњења услова, односно протекла рока. Лице које се налази у позицији претходног наследника (а то су, по правилу, законски наследници оставиоца, код постављења наследника под одложним условом односно почетним роком, или

⁶ Видети: чл. 132. ст. 1. ЗНРС и чл. 83. ст. 1. ЗНРЦГ.

наследници одређени под резолутивним условом односно завршним роком) одговара за налоге чије је испуњење доспело *cum viribus hereditatis*. Предметно и вредносно ограничена одговорност је последица његовог положаја уживаоца заоставштине. Потоњи наследник (а то су наследници постављени под одложним условом, односно почетним роком или, по правилу, законски наследници код одређивања наследника под раскидним условом, односно завршним роком) за испуњење налога може одговарати како *pro viribus hereditatis*, тако и *cum viribus hereditatis*, зависно од тога да ли је његов правни положај јединствен или раздвојен.

У позицији обавезника налога могу бити и нужни наследници. С обзиром на то да овим наследницима нужни део мора бити намирен у пуној вредности, они нису обавезни на испуњење налога којим се вређа њихов наследни део (чл. 144. ст. 1. ЗНРС). Уколико би завешталац располагао у корист нужног наследника делом заоставштине који је по вредности већи од нужног дела, нужни наследник има право избора: нужни део без терета или увећани наследни део са обавезом испуњења налога (чл. 47. ст. 2. ЗНРС)⁷.

Налогом могу бити оптерећени, како је већ речено, и сингуларни стицаоци *mortis causa* оставиоца: испорукопримци, подиспорукопримци итд.⁸ Сингуларни стицаоци одговарају за испуњење налога у вредности примљене имовинске користи.

Ако је једно лице оптерећено већим бројем налога који по вредности премашују наслеђени део заоставштине, оно има право да захтева сразмерно смањење свих налога, уколико завешталац није шта друго одредио у завештању, нпр. да одређени налог буде испуњен пре осталих налога (чл. 144. ст. 3. ЗНРС и чл. 89. ст. 3. ЗНРЦГ).

Иако налог обавезује тачно одређено лице (лица), он, по правилу, није и нераскидиво везан за њега. Отуда, произлази да уколико универзални сукцесор или сингуларни стицалац *mortis causa* оптерећен налогом не може или не жели стицање по наследно-правном основу, *modus* онда

⁷ Та мера заштите наследно-правне позиције нужних наследника позната је у теорији као *cautela Socini*.

⁸ Подиспорукопримца, као обавезника налога, ЗНРС, додуше не помиње, али с обзиром на то да и он стиче имовинску корист из заоставштине, произлази да и он може бити оптерећен налогом. ЗНРЦГ је (чл. 83. ст. 1) у том погледу прецизнији, јер одређује да се налогом могу оптеретити сва она лица којима из заоставштине припада каква корист.

терети оног који ступа у његову правну позицију. Тиме се, практично, у пуној мери обезбеђују, са једне стране, корисници налога, а са друге стране, потпуно и доследно реализује изјава последње воље оставиоца. Ово решење налази примену само под условом да завешталац није другачије одредио (нпр. да за обавезника налога буде одређено неко друго лице, или да налог у таквом случају губи важност).

Потоњи правни последници имају право, док постоји неизвесност у погледу испуњења, односно неиспуњења налога од стране лица оптерећеног њиме, да захтевају од суда одређивање привремених мера за обезбеђење одређеног дела заоставштине по правилима извршне процедуре⁹, чиме се онемогућава обавезник налога да неовлашћено располаже наслеђеним делом заоставштине.

Ако, пак, обавезник налога умре после отварања наслеђа завештаоца, налог онда терети његове наследнике¹⁰.

2. Корисници налога

Завешталац може изјавом последње воље одредити налог у корист било ког физичког или правног лица, домаћег или страног¹¹. *Modus*, такође, може бити одређен и у корист какве животиње. Најчешће ће то бити кућни љубимац¹². Налог може бити одређен и у интересу самог завештаоца, али је његово остварење могуће тек после отварања наслеђа¹³. Налози, такође, могу бити одређени и у јавном интересу¹⁴.

⁹ Видети: чл. 125. Закона о ванпарничном поступку Републике Србије ("Сл. гласник СРС", бр. 24/1982, 48/1988) и чл. 141. Закона о ванпарничном поступку Републике Црне Горе ("Сл. лист СРЦГ", бр. 34/1986, 5/1987).

¹⁰ Такав је став заузет и у судској пракси. Видети: одлуку Окружног суда у Задру од 05.01.1984. године, Гж. 1479/83, Преглед судске праксе, бр. 24/1984, стр. 115.

¹¹ У немачком праву, пак, дозвољено је да корисника налога, по овлашћењу завештаоца, одреди и лице оптерећено налогом или неко друго лице, у првом реду, извршилац завештања. Видети: пар. 2193. Немачког грађанског законика.

¹² Тако је Шопенхауер наложио својим наследницима да доживотно издржавају његову пудлицу. Видети: F. Gschnitzer, *Erbrecht*, Wien, 1964, стр. 79.

¹³ У пракси су веома чести примери налога који наследника обавезује да на одређени начин и у одређеном месту сахрани завештаоца, или налога којим се наследник обавезује да објави неки завештаочев научно-стручни рад.

¹⁴ Ову врсту налога, примера ради, предвиђа Грађански кодекс Русије (чл. 539).

Постојање налога је неопходно и када завешталац располаже у дозвољене сврхе, оснивањем задужбине или фонда, као и када се наследнику или испорукопримцу остави део активе заоставштине ради постизања одређеног друштвено-корисног циља.

У позицији корисника налога може бити једно или више лица. Уколико завешталац шта друго није одредио, више корисника налога уживају предвиђену корист равномерно.

Кориснику налога завешталац може одредити и супститита.

Уколико је у положају корисника налога лице неспособно да само штити своје интересе¹⁵, оно у нашем праву ужива посебну заштиту, јер надлежни суд може наредити да се изврше одговарајући уписи у земљишној, односној другој јавној књизи у корист лица оптерећеног налогом, или да му се предају покретне ствари које се налазе на чувању код суда, тек онда кад он буде поднео доказе да је извршен налог¹⁶.

3. Предмет налога

Предмет налога може, у начелу, бити све оно што је и предмет облигације. Дакле, свака чинидба рефлектована у давању, чињењу, уздржавању или трпљењу¹⁷. При томе, престација код налога не мора, мада је то најчешће, бити имовински обојена. Довољно је да се испољава у некој користи, или за оног који је одређује, или за оног коме се ставља као обавеза на испуњење, или за треће лице према коме налог треба да буде извршен. Ако нема тог елемента корисности, не постоји налог, већ савет или порука која само морално обавезује, а не и правно¹⁸.

¹⁵ То би подједнако важило и за животиње - кориснике налога.

¹⁶ Видети: чл. 124. Закона о ванпарничном поступку Републике Србије и чл. 140. Закона о ванпарничном поступку Републике Црне Горе.

¹⁷ Поједини теоретичари престацију манифестовану у трпљењу (облигациона радња којом дужник дозвољава повериоцу да нешто учини, иако би могао на основу свог овлашћења да му то ускрати) подводе под уздржавање (облигациона радња којом се дужник обавезује да се уздржи од неке активности на коју има право). Видети нпр.: А. Гамс, Увод у грађанско право, Београд, 1974, стр. 155. Иако са становишта дужника нема разлике, јер се он пасивно понаша и у једном и у другом случају, са аспекта повериоца разлика постоји, јер се код трпљења он активно понаша, а код уздржавања пасивно. Тако и: Ј. Радишић, Облигационо право, Београд, 1988, стр. 36.

¹⁸ Видети: Ж. Милосављевић, Римско приватно право, књ. III, Наследно право, Београд, 1900, стр. 70.

4. Исполуњење налога

Важећи наследно-правни прописи у СРЈ ни једном одредбом не регулишу питање начина испуњења налога. Сматрамо да овај недостатак може бити погодан тле за различита поступања судова у идентичним процесним ситуацијама, а самим тим и за угрожавање начела једнакости грађана пред законом.

У регулисању овог сегмента налога као путоказ могу послужити вишегодишња теоријска размишљања настала углавном под утицајем страних правних извора.

Налог, по правилу, мора бити испуњен онако како је завешталац одредио. Ако не постоји таква могућност, дозвољава се испуњење налога са извесним модификацијама, али тако да оно што приближније одражава жељу завештаоца у погледу његове реализације. Лице оптерећено налогом таквим видом испуњења не губи наследно-правно овлашћење стечено отварањем наслеђа. Обавезнику налога се, такође, не мења правна позиција, уколико до испуњења налога није дошло без његове кривице¹⁹. Ово вреди само под условом да из завештања не произлази друга намера завештаоца²⁰. Међутим, уколико је неиспуњење налога последица кривице лица које је њиме оптерећено, престају његова наследно-правна овлашћења. У том случају неиспуњење налога, у погледу дејства, одговара остварењу раскидног услова²¹.

На место наследника коме је то својство престало услед неиспуњења налога, долазе друга лица, законски наследници оставиоца по утврђеном редоследу, осим ако из завештања не проистиче шта друго (нпр. није одређен супститут, или не постоји могућност прираштаја слободног дела заоставштине у корист завештајних наследника). Потоње наследнике налог, по правилу, терети. Имовинска корист слободна за стицање по наследно-правном основу због неиспуњења налога сингу-

¹⁹ У судској пракси, међутим, срећемо и мишљење да неиспуњење налога лица оптерећеног њим, без обзира на постојање кривице или не, не мора проузроковати губитак наследно-правних овлашћења, осим ако таква последица не произлази из оставиоачеве воље. Одлука Врховног суда Хрватске од 10.12.1986. године, Рев. 1651/86, Преглед судске праксе, бр. 33/1987, стр. 126.

²⁰ Видети пар. 710. Аустријског грађанског законика. За наше право то произлази из правила о тумачењу завештања чл. 135. ст. 2. ЗНРС и чл. 85. ст. 2. ЗНРЦГ.

²¹ Видети: пар. 709. Аустријског грађанског законика и пар. 2196. Немачког грађанског законика.

ларног стицаоца *mortis causa*, може припасти, зависно од воље оставиоца, или неком трећем лицу (супституту сингуларног стицаоца) или, пак, дужнику хонорисаног. Уколико завешталац није одредио да ли ће и то лице бити оптерећено налогом, а тумачењем завештања се не може пронаћи његова права намера, треба узети да налог и њега терети (чл. 133. ст. 2. ЗНРС).

Завешталац, по правилу, одређује рок у коме мора бити испуњен налог. Уколико такве одредбе у завештању нема, извршилац завештања или било које лице које за то има правни интерес, може захтевати од оставинског суда одређивање примереног рока за испуњење налога²². С обзиром на сужени круг субјеката који имају право да захтевају одређивање рока за извршење налога, јер ту поред извршиоца завештања спадају само она лица којима неиспуњење налога користи у смислу побољшања наследно-правне позиције, постоји реална опасност да се испуњење налога одуговлачи у недоглед. Ту посебно треба имати у виду случајеве када нема извршиоца завештања и када не постоје лица са правним интересом, или она не желе да интервенишу у правцу правовременог остварења налога. Непостојање извршиоца завештања ће посебно имати утицаја код благовременог испуњења налога учињеног у јавном интересу. Отуда, сматрамо да би и надлежном оставинском суду требало доделити активнију улогу у погледу одређивања временских граница у испуњењу налога.

С обзиром на то да између корисника налога и лица оптерећеног налогом не постоји правом уређен однос, следи да корисник налога не може принудним путем остваривати своје право. Та се могућност, међутим, у појединим правним системима у свету признаје ужем или ширем кругу лица²³.

²² По мишљењу изнетом у литератури, рок за испуњење налога може бити одређен и после правноснажности решења о наслеђивању, у парници. О томе опширније видети код: О. Антић - З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 399.

²³ За разлику, рецимо, од Аустијског грађанског законика и Грађанског кодекса Русије који не садрже одредбе о томе, Немачки грађански законик (пар. 2194) прецизира да испуњење налога могу захтевати поред извршиоца завештања и наследник, ако је испорукопримац био оптерећен налогом, санаследник, ако је један од наследника обавезник налога, лице које би наследило, ако би позвани наследник отпао, као и надлежни државни орган, ако би налог био наређен у јавном интересу. Швајцарски грађански законик (чл. 482) круг лица који могу тражити реализацију налога широко конципира, одређујући да то право има свако ко је за испуњење налога заинтересован, па, дакле, и сам корисник налога. Бугарски законодавац прописује исто решење (чл. 18. Закона о наслеђивању).

Закон о наслеђивању Републике Србије не познаје могућност принудне реализације налога, али предвиђа решење о подизању тужбе, од стране овлашћених субјеката, ради утврђења престанка наследно-правних овлашћења због неиспуњења налога (чл. 134).

Законској стилизацији предложеног решења мора се упутити замерка, јер она "пати" од правно-техничке непрецизности. Наиме, законодавац каже да овлашћена лица могу тужбом захтевати утврђење престанка права због неиспуњења налога, иако је познато да се не може утврђивати престанак каквог овлашћења, већ да оно не постоји или постоји, на шта, уосталом, јасно упућује садржина чл. 187. Закона о парничном поступку²⁴. Како је лице оптерећено налогом у време *delatio hereditatis* већ стекло наследно-правно овлашћење, следи да неиспуњење налога његовом кривицом може проузроковати једино губитак тог права. Отуда, овде и не може бити речи о декларацији да право наслеђа постоји или не постоји, већ о реализацији једне правне моћи (права на престанак наследно-правног овлашћења) судским путем и то тужбом конститутивног карактера²⁵.

Упоредо са овим, сматрамо, иако то законодавац не прецизира, у нераскидивој вези је и право овлашћених субјеката да од лица оптерећеног налогом захтевају враћање примљеног по наследно-правном основу, јер је реч о неоснованом обогаћењу²⁶.

Закон о наслеђивању Републике Србије одређује и субјекте који имају право да захтевају престанак наследно-правног овлашћења лица које није испунило налог. То су, поред извршиоца завештања²⁷ и сви они субјекти којима би због неиспуњења налога припала заоставштина, њен аликвотни део или каква имовинска корист из њеног састава. При томе, уколико је налогом био оптерећен завештајни наследник, право да тражи престанак његовог права наслеђа припада супституту (ако је постављен), другим завештајним наследницима у случају могућности примене права прираштаја, као и законским наследницима. Ако је

²⁴ "Сл. лист СФРЈ", бр. 4/1977, 36/1977, 6/1980, 36/1980, 43/1982, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991; "Сл. лист СРЈ", бр. 27/1992, 31/1993, 24/1994, 12/1998, 15/1998, 3/2002.

²⁵ Насупрот овом, у теорији постоји мишљење да је ова тужба по својој природи декларативног карактера. Видети: О. Антић - З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 401.

²⁶ У смислу чл. 210. Закона о облигационим односима. Такво решење је садржано и у Немачком грађанском законнику (пар. 2196).

²⁷ Повлашћени положај извршиоца завештања у овом случају у потпуности одговара улози коју он има у погледу реализације последње воље одређеног оставиоца.

налог био наређен законским наследницима, право да захтева губитак његовог права припада осталим наследницима. Уколико је, пак, сингуларни стицалац био оптерећен налогом, право да тражи престанак његовог наследно-правног овлашћења припада супституту, а ако није одређен, лицу које је било оптерећено у његову корист.

Овлашћена лица могу захтевати престанак наследно-правног овлашћења због неиспуњења налога још у току поступка за расправљање заоставштине, уколико је налог до правноснажности решења о наслеђивању доспео за испуњење. У случају спора чињеничне природе, долази до упућивања на парницу. Ако је, пак, обавеза испуњења налога доспела после правноснажно окончаног оставинског поступка, лица којима закон то дозвољава, имају право да покрену парнични поступак ради престанка права обавезника налога. Закон не одређује рок за подизање тужбе, а у теорији је заузет став да се она може подићи у року од десет година, од дана доспелости обавезе за испуњење налога²⁸. Сматрамо да би, због близине веза са испоруком и уношења извесности у правне односе у краћем временском периоду од отварања наслеђа одређеног оставиоца, ваљало прописати рок у трајању од једне године који би почињао тећи од тренутка доспелости обавезе лица оптерећеног налогом.

5. Однос налога и услова

Оно што чини сличним налог и услов јесте да се њима вољом завештаоца ограничавају наследно-правна овлашћења његових сукцесора.

Налог се разликује од услова према ономе што представља његову суштину. Налог означава одређену обавезу на испуњење какве престације. Услов подразумева будућу неизвесну околност чије наступање само изузетно (код потестативног и мешовитог услова) може зависити од воље лица коме је наследно-правно овлашћење ограничено.

Уколико се из завештања не може назрети јасна намера завештаоца да ли се нечије наследно-правно овлашћење ограничава условом или налогом, треба, сходно правилу *semper in obscuris quod minimum est*

²⁸ О. Антић - З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 401.

*sequitur*²⁹, ићи у корист налога, с обзиром на то да се он сматра мањим видом оптерећења наследно-правних овлашћења, јер од њега не зависи стицање права.

Између налога и одложног услова постоје разлике које се огледају у следећим показатељима. Налог обавезује, али не одлаже стицање наследно-правних овлашћења. Услов, пак, одлаже стицање права до тренутка његовог остварења, али не обавезује. Ако налог није могуће испунити то не утиче на егзистенцију наследно-правног овлашћења, за разлику од одложног услова који мора наступити да би право било стечено. Одложни услов (а то важи подједнако и за раскидни услов), по правилу, не терети оно лице које на наслеђе долази уместо првопостављеног универзалног или сингуларног сукцесора *mortis causa*. Налог, начелно, нема лично дејство и протеже се и на лица која уместо првопозваних наследника односно испорукопримаца (подиспорукопримаца) долазе на наслеђе.

Налог се разликује од резолутивног услова у погледу следећих елемената. Реализацијом налога лице оптерећено њим и даље остаје у положају универзалног односно сингуларног сукцесора *mortis causa*. Остварењем резолутивног услова, пак, престаје наследно-правно овлашћење. Лице одређено под раскидним условом до остварења услова може имати једино положај уживаоца одређеног дела заоставштине. Лице чије је наследно-правно овлашћење оптерећено налогом у време отварања наслеђа, начелно, стиче право на заоставштину (или њен део) у пуном обиму, као њен власник. Неиспуњење налога кривицом обавезника налога доводи до губитка права на основу судске одлуке, а остварење раскидног услова има за последицу губитак наследно-правног овлашћења *ipso iure*.

6. Однос налога и испоруке

Посматрајући правну релацију налог - испорука можемо уочити извесне сличности, али и разлике, које их чине посебним правним институтима.

²⁹ Ulpianus – D. 50, 17, 9. Наведено према: Д. Стојчевић - А. Ромац, *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1989, стр. 480.

Налог, као и испорука, припадају сфери завештајног наслеђивања, и могу се наредити само изјавом последње воље лица које има завештајну способност. Поред тога, и за један и за други правни феномен важи да су они нека врста обавезе за субјекте којима су одређени, што, у крајњој линији, проузрокује ограничење њихових наследно-правних овлашћења. Отуда се и извесне одредбе садржане у наследно-правним прописима подједнако односе и на испоруку и на налоге³⁰.

Главна разлика између налога и испоруке се огледа у положају хонорисаних, који стичу корист по основу испоруке односно налога. Док испорукопримцу, на основу закона, припада право да захтева испуњење предмета испоруке, корисник налога је у томе ускраћен. Разлог лежи и чињеници да се између корисника налога и обавезника налога не успоставља облигационо-правни однос, однос дужника и повериоца, на основу кога би корисник налога могао правном принудом остварити своје право.

Не мање битна је и разлика у правној позицији дужника испоруке и обавезника налога у случају неиспуњења испоруке односно налога. Док се дужник испоруке може правним путем принудити да испуни своју обавезу, у погледу обавезника налога таква могућност не постоји. Неиспуњење налога кривицом лица оптерећеног њиме повлачи губитак наследно-правних овлашћења. Због тога је налог тежа обавеза у односу на испоруку.

Иако, у начелу, важи да код испорука и налога предмет може бити било која чинидба, она је код испоруке редовно имовински обојена. Код налога, међутим, предмет може имати само моралне предности за његовог корисника.

За разлику од испоруке која може бити одређена једино у корист лица различитог од завештаоца, налог може бити одређен и у његову личну корист, па чак и у корист какве животиње. Поред тога, док је у средишту испоруке имовинска корист за одређено или одредиво лице, код налога лица којима он користи, по правилу, нису именована, али се на основу садржине налога могу одредити.³¹

³⁰ Видети нпр.: чл. 144. ЗНРС и чл. 89. ЗНРЦГ.

³¹ Видети: С. Марковић, Тестамент, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, том II, стр. 306.

У случају сумње да ли је одређена завештајна одредба основ за налог или испоруку, треба узети да је реч о овом другом, јер је испорука као форма приступачнија субјектима у правном промету и њом се пружа већа гаранција у испуњењу воље оставиоца³².

Закључна разматрања

Слобода завештајног располагања се једним делом афирмише и кроз ограничење наследно-правних овлашћења налогом.

Налог посматран кроз призму интереса лица на чији терет је одређен представља обавезу на испуњење одређене престације.

Гледано са аспекта његовог корисника налог је вид сингуларног стицања *mortis causa*.

Закон о наслеђивању Републике Србије у односу на Закон о наслеђивању Републике Црне Горе свеобухватније и потпуније регулише овај наследно-правни институт. Празнина, међутим, има па би стога у будућој редакцији српских наследно-правних прописа ваљало ближе регулисати сам начин реализације налога, доделити активнију улогу суду у одређивању временских граница у испуњењу налога и одредити рок у коме се може захтевати престанак наследно-правног овлашћења због неиспуњења налога кривицом лица оптерећеног њиме. Посебно би требало обратити пажњу на правно-техничку (не) коректност предложених решења.

³² Тако и: Н. Demburg, *Bürgerliches Recht*, band 5, Heidelberg, 1905, стр. 249.

Prof. Dr. Nataša Stojanović, LL.D
Assistant Professor

BEQUEST ORDER

Summary

The author discusses the bequest disposition order, drawing particular attention to the differentiation between the bequest order and the conditions and terms of its delivery (legacy). The author highlights the importance of providing a more complete legal regulation of this institute of Succession law, so as to eliminate the existing shortcomings in the legislator's regulation of current legal provisions.

Key words: *bequest, order, terms, delivery (legacy).*

Доц. др Срђан Голубовић

**ВАЛУТНИ ОДБОР КАО АЛТЕРНАТИВА
ЦЕНТРАЛНОЈ БАНЦИ**

UDK 338.246:336.74

Апстракт

Последњих година приметан је раст популарности институције валутног одбора, као институционалног аранжмана који у потпуности елиминира дискрецију монетарних власти. Валутни одбор подразумева: фиксни девизни курс према изабраној резервној валути, пуну покривеност новчане масе монетарним резервама и неограничену конвертибилност. За земље са slabим политичким и монетарним институцијама које су се суочиле са последицама хиперинфлације и чија су се предузећа прилагодила окружењу које карактерише висока инфлација,

увођење валутног одбора, као екстремне варијанте фиксног девизног курса, може представљати једини начин за сузбијање инфлације, стабилизовање привреде и обнављање кредибилитета монетарне власти. Међутим, поред позитивних валутни одбор има и озбиљне недостатке. У условима неповољних дугорочних кретања (висок фискални и квазифискални дефицит, дефицит у билансу текућих трансакција, висок спољни дуг и сл.) ригидност овог механизма увелико сужава простор за правремена прилагођавања у економској политици.

Кључне речи: валутни одбор, девизни курс, економска политика, централна банка.

Доц. др Срђан Голубовић¹

ВАЛУТНИ ОДБОР КАО АЛТЕРНАТИВА ЦЕНТРАЛНОЈ БАНЦИ

Увод

Током последње деценије двадесетог века долази до својеврсне ренесансе институције валутног одбора, посебно у земљама које спроводе програм економске стабилизације и/или врше монетарну реформу. У условима високе инфлације, валутне кризе и озбиљно нарушеног кредибилитета носиоца економске политике увођење институције валутног одбора представља атрактивну солуцију за режим девизног курса и вођење монетарне политике. Увођењем ове институције елиминишу се традиционалне функције централне банке и постављају јасна правила која ограничавају дискрецију монетарних власти. На тај начин, економским актерима упућује се јасан сигнал да је квантум новца и кредита ограничен. У земљама које су искусиле дуге периоде валутне нестабилности ова монетарно-девизна институција, због своје једноставности и способности да очува конвертибилност домаће валуте чак и у најтежим условима, доживљава се као супериорна алтернатива централној банци. Наравно, поред добрих страна ова институција има и озбиљне недостатке. Валутни одбор није панацеја, нити се, пак, може очекивати да ће увек, независно од околности, представљати и најбоље решење.

¹ Доцент на Правном факултету у Нишу.

У раду се разматају специфичности валутног одбора као монетарно-девизне институције која представља алтернативу централној банци. У првом делу рада се одређује појам валутног одбора и даје кратак приказ развоја ове институције. У другом делу анализира се начин функционисања валутног одбора и указује на разлике у односу на централну банку. У трећем делу указује се на ограничења у примени овог монетарног концепта.

1. Појам валутног одбора

Валутни одбор је монетарно-девизна институција у чијој основи се налази посебна врста монетарног правила које захтева 100-постотно покриће примарног новца (односно новца у оптицају ако валутни одбор не прима депозите) чврстом резервном валутом. У таквом режиму, вредност домаће валуте стриктно је одређена расположивом количином иностране (резервне) валуте за коју се она везује. Институција валутног одбора у потпуности искључује могућност да се у оптицају нађе домаћа валута која нема чврсто покриће у одабраној иностраној валути.² Реч је о специфичном монетарном режиму који оперативно спроводи институција која може али и не мора да се зове централна банка. Чак и у случају да се ова институција зове централна банка она није централна банка у конвенционалном смислу, "јер нема право да самостално води монетарну политику већ емитује новац искључиво на бази девизног покрића"³. У основи ове институције налазе се следећа три елемента:

а) Фиксни девизни курс у односу на кључну страну валуту. Земље које су прихватиле институцију валутног одбора фиксни девизни курс утврђују законом. Илустративан је пример Босне и Херцеговине где се чл. 2, ст. 3 Закона о Централној банци Босне и Херцеговине као задатак банке одређује "да дефинише, усваја и контролише монетарну политику Босне и Херцеговине путем издавања домаће валуте (Конвертибилна марка) по курсу 1 према 1 у односу на немачку марку и уз пуно покриће у слободно конвертибилним девизним средствима, као и кроз остале функције које има према овом закону"⁴. Уградњом одредбе о фиксном девизном курсу у домаће законодавство поставља се јасно

² Види опширније: Б. Пелевић, *Појмовник режима девизних курсева*, Економски анали бр. 151-2, октобар 2001-март 2002, стр. 52.

³ Наведено према: М. Ћировић, *Девизни курсев*, Београд, 2000, стр. 63.

⁴ *Закон о централној банци Босне и Херцеговине*, "Службени гласник БиХ", бр. 1/1997.

монетарно правило: да ће промене у монетарној бази бити једнаке променама у билансу плаћања. Поред тога, коришћење фиксног девизног курса као номиналног сидра ограничава дискрециона овлашћења монетарних власти (промена режима девизног курса не може бити остварена нити одлуком централне банке нити одлуком владе, већ само променом закона), затим сузбија инфлациона очекивања и најзад омогућује неутралисање ефеката свих номиналних шокова на домаће цене роба које су предмет спољнотрговинске размене.

б) Аутоматска конвертибилност. Друго важно правило које се везује за институцију валутног одбора тиче се слободне, неограничене конвертибилности домаћег папирног и кованог новца по непроменљивом, фиксном девизном курсу. С. Ханке аутоматску конвертибилност објашњава на следећи начин: "валутни одбор није ништа друго до мењачница која је увек спремна да размени одабрану страну валуту за домаћу валуту по фиксном курсу⁵". Међутим, конвертибилност и 100%-тно покриће се не односи на банкарске депозите и друга финансијска средства. То значи да уколико власник депозита жели да конвертује депонована средства у резервну валуту он их мора прво конвертовати у домаћу валуту, а након тога се може обратити валутном одбору. За разлику од централне банке, валутни одбор нема функцију зајмодавца у последњој инстанци (*lender of last resort*) што значи да он не сноси одговорност за конвертовање депозита банака у новчанице и ковани новац валутног одбора, већ она лежи на банкама које морају да располажу довољним резервама готовог новца како би одговориле захевима својих депонената⁶.

в) Креирање новца врши се искључиво по основу девизних трансакција тј. раста нето девизних резерви. Остали облици креирања новца (кредитирање банака и одобравање кредита држави) су искључени. За успостављање и очување економске стабилности изузетну важност има уношење у законодавство одредбе о забрани фискалног финансирања, односно одобравања кредита држави ради финансирања фискалног дефицита. Забрана директног кредитирања државе јача позицију врховне монетарне институције, као институције искључиво одговорне за контролу монетарне базе и, истовремено, искључује или бар знатно сужава могућност утицаја владе на раст монетарних агрегата.

⁵ Наведено према: С. Х. Ханке, *Realte у односу на псеудо валутне кризе*, Montenegroin Economic Papers, No. 1. Vol.1, 2002, стр. 25.

⁶ Опширније види: Е. Иглич, *Валутни одбори*, Тржиште, новац, капитал бр. 3, јул-септембар 1999, стр. 7-8.

Валутни одбори се јављају још у прошлом веку и најширу примену имали су у британским колонијама. Први валутни одбор успостављен је у Маурицијусу 1849. године. Током деветнаестог и двадесетог века ова монетарно-девизна институција примењена је у више од 70 земаља. Главни разлог креирања валутних одбора био је пружање могућности становницима колонија да уживају користи од стабилног и конвертибилног новца, као што је у то време била британска фунта, без трошкова који би настали у случају да се у колонијама користио новац који је емитовала британска централна банка.⁷ Са стицањем независности у бившим колонијама се напушта овај институционални аранжман и даје предност централној банци, као институцији која се доживљава као неодвојиви део успостављања политичке независности. Оживљавање интереса за институцију валутног одбора током последње две деценије двадесетог века заснива се на битно другачијим мотивима. Са изузетком Хонг Конга, који је у време увођења имао колонијални статус, све остале земље са институцијом валутног одбора су суверене државе. Управо из разлога очувања обележја монетарне суверености у овим земљама послови валутне управе су поверени институцији која носи назив централна банка. Популарност институције валутног одбора данас може се објаснити њиховом једноставношћу и ефикасношћу у успостављању макроекономске стабилности. Валутни одбори се прихватају као алтернативан начин за вођење монетарне политике, односно алтернативни режим девизног курса. Земље које су се определиле за овај институционални аранжман су у кратком року успевале да остваре монетарну стабилност. Заговорници вођења монетарне политике применом концепта валутне управе истичу његову погодност за земље које имају дугу историју монетарне нестабилности, а централна банка има низак кредибилитет. Подаци дати у Табели бр. 1. показују да су данас валутни одбори заступљени у новоформираним државама насталим распадом СССР-а (Естонија и Литванија) или у земљама које се налазе у фази послератне обнове (Босна и Херцеговина), односно које су доживеле неуспех у успостављању макроекономске стабилности (Бугарска). За земље у транзицији овај институционални аранжман је погодан јер омогућује брзо сузбијање инфлације и условима институционалног вакуума обезбеђује поверење у националну валуту.

⁷ J. Williamson разликује две врсте трошкова повезане са потпуном валутном супституцијом: трошкове замене новчаница и кованог новца које су оштећене или уништене и трошкове настале губљењем камате с обзиром на то да су колоније задржавале некамотоносну активу у настојању да подмире своје монетарне потребе. Види опширније: J. Williamson, *What Role for Currency Boards*, "Policy Analyses in International Economies", No. 40, Institute for International Economies, Washington D. C., септембер, 1995, стр. 6.

САВРЕМЕНИ ВАЛУТНИ ОДБОРИ*

	Хонг Конг ¹	Аргентина ²	Естонија	Литванија	Бугарска	БиХ
Година увођења	1983	1991	1992	1994	1997	1997
Претходни режим девизног курса	Пливајући	Пливајући	Валутно подручје рубље	Пливајући	Пливајући	Мешовити
Разлози увођења валутног одбора	Враћање поверења	Економ. стабилност	Економ. стабилност	Економ. стабилност	Економ. стабилност	Послератна обнова
Институција која спроводи режим валутног одбора	Девизно одељење ХКМА ³	Централна банка	Централна банка	Централна банка	Централна банка	Централна банка
Референтна страна валута	УСД	УСД	ДЕМ/ЕВРО	УСД	ДЕМ/ЕВРО	ДЕМ/ЕВРО
Назив домаће валуте	ХК долар	Арг. долар	Ест. круна	Лит	Лев	БХ марка

¹ Валутни одбор задржан је и након уласка Хонг Конга у састав НР Кине 1. јула 1997. године;

² Суочена са озбиљном финансијском кризом Аргентина је почетком 2002. године напустила режим валутног одбора и увела режим двојног курса (фиксног за спољнотрговинске трансакције и флукутирајућег за већину осталих трансакција); ³ Монетарна власт Хонг Конга (Hong Kong Monetary Authority - ХКМА).

Извор: BIS Working Papers, No. 110, March, 2002.

Од увођења валутних одбора очекује се да сузбије инфлацију, изгради поверење у националну валуту и створи услове за привлачење страног капитала. Ова институција је, такође, изузетно погодна за земље које се суочавају са озбиљним валутним кризама и код којих централна банка, као носилац монетарне власти, не ужива самосталност. У таквим условима прихватање одређене форме монетарног правила (креирање примарног новца зависи искључиво од кретања девизних резерви) ствара услове за здрав развој привреде. Специфичност концепта валутног одбора огледа се у томе што он елиминише неке традиционалне функције централне банке. Да би се очувао утврђени паритет мора бити јасно прецизиран однос централне банке и банкарског сектора. Конвертибилност монетарне базе није гаранција за конвертибилност депозита у банкама. Такође, овај институционални аранжман искључује централно-банкарске механизме којима се може помоћи банкама када се суоче са кризом ликвидности.

* Листа земаља са валутним одбором дата у Табели бр. 1 није потпуна. Институција валутног одбора присутна је и у још неким земљама (Брунеј, Ђибути, Бермуда, Кејманска Острва, Фокландска Острва, Гибралтар). Такође карибске земље имају заједничку валуту (источно-карипски долар) на бази валутне управе коју оперативно води Централна банка Источних Кариба. Наведено према: М. Ћировић, *op. cit.* стр. 64.

2. Функционисање валутног одбора

За разлику од централних банака које имају широку слободу деловања, посебно код доношења одлука о креирању примарног новца, механизам валутног одбора у потпуности искључује дискрецију монетарних власти. Монетарно правило да домаћи папирни и метални новац, као и депозитне обавезе код монетарних власти буду у потпуности покривене девизним резервама значи да валутни одбори имају курсну политику али немају монетарну. Као што то сликовито објашњава С. Ханке, један од најпознатијих заговорника институције валутног одбора, монетарну политику води аутоматски пилот, и промене у монетарној бази одређене су променама у потражњи за новчаном базом.⁸

Разлике у начину функционисања валутног одбора и централне банке могу се најлакше објаснити упоређивањем биланса ових институција. Биланс централне банке на страни пасиве укључује емитовани новац (готов новац), депозите банака, односно средства резерви које банке држе на рачуну код централне банке и нето капитал. С друге стране, пасива биланса валутног одбора обухвата емитовани новац али не нужно и депозите банака. У случају да валутни одбор прима депозите банака онда и ови депозити морају бити покривени девизним резервама. На страни активе биланс централне банке обухвата поред нето иностране активе и нето домаћу активу, која поред нето кредита банака обухвата и кредите одобрене држави и осталим комитентима. Супротно томе, актива биланса валутног одбора обухвата нето страну активу (обично у високо ликвидним хартијама од вредности деноминираним у резервној валути) која служи као покриће за емитовани новац.

⁸ С. Ханке, *op. cit.*, стр. 25.

БИЛАНС ВАЛУТНОГ ОДБОРА

БИЛАНС ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ

Активa	Пасивa	Активa	Пасивa
Нето страна активa	Емитовани новац (депозити банака) Нето капитала	Нето страна активa Нето домаћа активa -нето кредити држави -нето кредити банкама -остала активa, нето	Примарни новац -емитовани новац -депозити банака Нето капитал

У теорији се наводе бројне предности увођења валутног одбора у односу на класичну централну банку. Тако, J. Williamson наводи следеће погодности овог монетарно-девизног аранжмана⁹:

а) Кључна предност валутног одбора тиче се гарантоване и неограничене конвертибилности домаћег (папирног и кованог) новца у резервну страну валуту по фиксном девизном курсу. Да би се осигурала конвертибилност мора да постоје адекватне девизне резерве, којима ће се подмирити тражња домаћих трансактора за страном валутом. Кад је у питању девизно покриће могуће је разликовати две варијанте валутног одбора. Код ортодоксне варијанте банке нису дужне да држе резерве код одбора. Из тога следи да су комерцијалне банке дужне да саме обезбеде конвертибилност депозита држањем довољних резерви или отварањем кредитних линија којима ће се обезбедити додатни износи резервне валуте. У случају да валутни одбор прима депозите банака, онда и ови депозити морају бити покривени девизиним резервама. Конвертибилност у том случају значи покривеност примарног новца најмање у износу од 100%. С друге стране, код неортодоксне варијанте, девизне резерве поред новчаница у резервној валути, злата и ниско-ризичних хартија од вредности које гласе на резервну валуту, дозвољена је могућност укључивања и хартија од вредности које издаје влада и које су деноминиране у резервној валути или у злату. Неортодоксне варијанте подразумевају да ова монетарна институција делимично задржава функцију осигурања депозита и зајмодавца у последњој инстанци. Тако је у Бугарској предвиђена могућност одобравања

⁹ Наведено према: J. Williamson, *Ibid.*, стр. 13.

краткорочних кредита за одржавање ликвидности.¹⁰ Концепт валутног одбора је неспорно успешан у успостављању конвертибилности на кратак и средњи рок. Међутим, њено очување на дуги рок условљено је платнобилансном равнотежом. Илустративан је пример Бугарске, чији је спољни дуг крајем 1998. године износио више од 10 милијарди \$. Током 1998. године обавезе ове земље по основу сервисирања спољњег дуга износиле су 1,1 милијарду \$. С обзиром на то да је укупна актива емисионог оделења мања од обавеза по основу сервисирања дугова у наредне три године, стабилност концепта валутног одбора и очување конвертибилности озбиљно угрожава нето-одлив девиза по основу финансирања платнобилансног дефицита.¹¹

б) Макроекономска дисциплина. Присталице валутног одбора истичу улогу одбора у успостављању макроекономске стабилности и јачању финансијске дисциплине. У систему валутног одбора не постоји простор за монетизацију дефицита, што појачава притисак на владу да, у недостатку алтернативних извора финансирања дефицита, обезбеди буџетску равнотежу. Институција валутног одбора неспорно доводи до пресецања канала финансирања дефицита кредитирањем од стране централне банке. Међутим, сама по себи ова институција не успоставља фискалну дисциплину, посебно уколико се користе остали извори финансирања фискалног дефицита (финансирање дефицита продајом обвезница или задуживањем у иностранству) или што је још опасније кумулирањем дуга који пре или касније доводи до напуштања концепта валутног одбора. Искуства у примени ове институције говоре да је за успешну примену концепта валутног одбора потребна и фискална реформа која ће елиминисати фискални и квазифискални дефицит.

в) Као важан аргумент у корист валутног одбора истиче се да ово решење обезбеђује равнотежу у билансу текућих трансакција кроз механизам аутоматског прилагођавања. Као и у случају златног стандарда, дефицит у билансу текућих трансакција доводи до пада

¹⁰ Могућност одобравања краткорочних кредита у склопу есконтне политике постоји само до износа који је једнак разлици између нивоа девизних резерви и емитованог новца и са роком до 90 дана. Види опширније: Н. Савић, *Валутни одбор, доларизација и суризација*, Економист, бр. 1-4/1999, стр. 102.

¹¹ Обавезе по основу сервисирања доспелих обавеза током 1998. године углавном су испуњаване додатним задуживањем код међународних финансијских институција. Кад су у питању остали извори резерви у страног валути (стране директне инвестиције, портфолио инвестиције, прикупљање средстава емитовањем обвезница) није извесно да ће земља која се суочава са озбиљном екстерном неравнотежом бити атрактивна за стране инвеститоре. Такође, појава финансијске кризе последњих година сужава могућност прикупљања средстава емитовањем обвезница. Види опширније: J. B. Miller, *The Currency Board in Bulgaria. The First Two Years*, "DP BNP", october 1999, стр. 9.

резерви у страниј валути и смањења понуде новца уз раст каматне стопе. Више каматне стопе на домаћем тржишту с једне стране индучују пад инвестиција и дохотка, а с друге доводе до прилива страног капитала. Пад дохотка, као параметар агрегатне тражње, изазива пад тражње, дефлациони притисак на цене и смањује потражњу за робом из увоза. Упоредо са падом цена домаћих производа повећава се њихова конкурентност, што доводи до раста извозне тражње за домаћим производима и поновног успостављања равнотеже у билансу текућих трансакција.¹² У случају појаве суфицита, супротна кретања по аутоматизму доводе до успостављања равнотеже. Ј. Менцингер,¹³ међутим, доводи у питање механизам аутоматског прилагођавања наводећи искуство Естоније, која се и поред увођења валутног одбора суочава са стално растућим дефицитом у билансу текућих трансакција. За разлику од Естоније код које је прилив директних и портфолио инвестиција довољан да прикрије овај проблем, у Бугарској и БиХ, имајући у виду јако изражен ризик и високу задуженост ових земаља, не може се очекивати значајан прилив страног капитала. У таквим условима, званична финансијска помоћ међународних финансијских институција је једини начин да се дође до резервне валуте која је предуслов за функционисање валутног одбора.

в) На крају, у прилог овом концепту наводи се да институција валутног одбора релативно брзо успоставља поверење економских актера у монетарни систем и ствара повољну климу за економски раст. Заговорници овог концепта истичу да режим валутног одбора ограничава дискрециона права носиоца монетарне власти, чиме се уводи дисциплина и јача поверење економских актера. Мада, као и у случају фиксног девизног курса, постоји могућност одустајања од прокламованих опредељења, институционална решења којима је уведен валутни одбор његово напушање чине знатно тежим. Наиме, девизни курс ради чијег се очувања уводи институција валутног одбора утврђен је законом, па је његова промена скопчана са високим политичким трошковима. Не ретко, у економској теорији, истиче се да режим валутног одбора не само што успешно сузбија инфлацију, већ ствара и повољну климу за економски раст. Такође, важна предност овог система је ути-

¹² Ж. Богетић, *Валутни одбор као алтернатива централној банци*, "Економска политика, услови привређивања и пословна политика предузећа у 1999. години", СЕЈ, ред. Н. Савић и Б. Шошкић, Београд, 1998, стр. 41.

¹³ Ј. Менцингер, *Да ли су валутни одбори корисни Бугарској и Босни и Херцеговини*, "Економика", Београд, Vol. XXXIII, No. 5-6, 1997, стр. 190-191.

цај на каматне стопе које теже да се уједначе са каматним стопама у земљи резервне валуте.

3. Ограничења у примени валутне управе

Поред несумњиво добрих страна, валутни одбор има и озбиљне недостатке. Противници увођења валутног одбора истичу да овај концепт претерано сужава простор за вођење монетарне политике, као и да девизне резерве не могу бити погодан параметар за одређивање понуде новца. Валутни одбор није универзални лек који ће отклонити све поремећаје у привреди. Чак и у погледу несумњивих предности (конвертибилност, фискална дисциплина, веродостојност у вођењу економске политике) противници овог монетарног режима истичу да се трошкови њиховог успостављања могу показати изузетно високим. Искуство појединих земаља (Аргентина) показује да успех овог монетарно-девизног аранжмана зависи од постојања здраве институционалне основе. Она укључује развијене и ефикасној супервизији подвргнуте финансијске институције, чврсто буџетско ограничење, редефинисану улогу државе и владавину права. Земље које су се определиле за концепт валутног одбора суочавају се са следећим ограничењима:

а) Транзициони проблем. Институција валутног одбора погодна је једино за земље које карактерише изузетно велика отвореност према иностранству, флексибилност цена и висока мобилност ресурса, што ствара повољно окружење да се успешно преброде почетне тешкоће у примени овог решења, као и да се амортизују евентуални екстерни шокови у будућности. Искуство показује да се након утврђивања фиксног курса, домаће цене прилагођавају ценама у земљи резервне валуте, при чему цене добара које нису предмет спољнотрговинске размене брже расту од цена добара која су предмет спољнотрговинске размене. То доводи до ап्रेसијације реалног девизног курса који има за последицу реалокацију ресурса у нежељеном правцу и погоршање конкурентности домаћих предузећа.

б) Проблем прилагођавања на промене у билансу текућих трансакција. Критичари валутног одбора истичу да су високи трошкови прилагођавања у овом билансу. Ригидност овог монетарно-девизног аранжмана посебно долази до изражаја у случају спекулативног кретања капитала.

Немогућност прилагођавања девизног курса отежава амортизовање дестабилизујућих ефеката неочекиваних промена у токовима страног капитала. Шта више, режим валутног одбора искључује могућност поништавања негативних ефеката наглог прилива, односно повлачења капитала, што индукује велике флукуације у монетарној бази и још више појачава дестабилизујуће ефекте.

в) Важан недостатак институције валутног одбора је непостојање простора за реаговање у случају избијања кризе у банкарском сектору. Истрајавања на конвертибилности у таквим условима може бити праћено високим трошковима, нарочито у условима финансијске панике која привредне субјекте подстиче да своје депозите по виђењу конвертују у резервну валуту. У случају ортодоксне верзије, што значи да валутни одбор не прима депозите банака, банке су обавезне да саме обезбеде конвертибилност депозита по виђењу. Оне могу да подмире захтеве својих депонената само под условом да располажу довољно великим резервама и/или да имају отворене кредитне линије које им пружа могућност мобилизације додатних средстава у случају потребе. Међутим, у случају да су резерве и кредитне линије банака недовољне настаје банкарска криза при чему сам валутни одбор не располаже механизмима којима се то може спречити. Рањивост је присутна и у случају неортодоксне верзије када валутни одбор има, мада у ограниченом виду, функцију зајмодавца у последњој инстанци. У случају нестабилности и нагло повећане тражње за резервном валутом, који може бити изазван кретањем спекулативног капитала, банке ће повлачити своје резерве и, истовремено, ради њиховог обнављања приступити продаји других облика финансијске активе, односно задуживању, што ће утицати на изузетан раст домаће каматне стопе и значајно смањење девизних резерви. У таквим условима, валутни одбор може очувати конвертибилност уколико донесе одлуку о смањењу стопе обавезних резерви, односно задуживању на међународном тржишту и/или присили владу да спроведе рестриктивну фискалну политику. Пример Аргентине показује да валутни одбор доноси стабилност курса али сужава простор деловања економске политике у условима када је то најпотребније - у условима крхке стабилности и јаким екстерних поремећаја. Неповољна дугорочна кретања (висок фискални дефицит, дефицит у билансу текућих трансакција, спољни дуг, незапослености и ниска стопа привредног раста) узроковали су повлачење штедње и девиза, јуриш на банке и проблеме са одржавањем фиксног девизног

курса. Оно што се обично истиче као главна предност овог монетарног режима - чињеница да се фиксни девизни курс не може променити одлуком владе или централне банке јер је утврђен законом - у овим условима се испољава као ограничење будући да се економска политика лишавља могућности економског прилагођавања путем корекције девизног курса и каматних стопа.¹⁴

г) На крају, концепт валутног одбора доводи се под сумњу и због постојања тзв. политичког проблема, односно питања у којој ће мери валутни одбор успети да успостави пуну контролу над фискалним властима. Искуство нам говори да и поред увођења система валутног одбора, фискална дисциплина може бити успостављена само под условом да постоји консензус о потреби уравнотежења биланса јавних финансија. Притисци се посебно увећавају када су ограничене могућности неинфлаторног финансирања дефицита.

Закључак

Увођење система валутног одбора прихватљиво је за оне земље које карактерише изразита монетарна нестабилност и низак кредибилитет монетарних власти. За земље са slabим политичким и монетарним институцијама које су се суочиле са последицама хиперинфлације и чија су се предузећа прилагодила окружењу које карактерише висока инфлација, увођење валутног одбора, као екстремне варијанте фиксног девизног курса, може представљати једини начин за сузбијање инфлације, стабилизовање привреде и обнављање кредибилитета монетарне власти. Поштовањем устројеног монетарног правила у потпуности се елиминише дискреција у вођењу монетарне политике. Под условом да је пронађена права мера у девалвацији домаће валуте (како би се избегао ризик апресијације реалног курса) и да постоје адекватне девизне резерве валутни одбор може бити успешан у успостављању економске стабилности. Ово посебно важи за земље са високом инфлацијом, које настоје да спроведу стабилизациони програм а користе девизни курс као номинално сидро. Међутим, са протеклом времена умањују се позитивне и појачавају негативне стране овог режима. Након успостављања економске стабилности на површину избијају фундаменталне нерав-

¹⁴ Неодговорна економска политика, прекомерно задуживање и непродуктивно трошење средстава довели су до избијања велике финансијске кризе и најзад до коначног одустајања од институције валутног одбора.

нотеже (фискални и квазифискални дефицит, дефицит у билансу текућих трансакција, ригидност зарада и цена) које озбиљно отежавају остваривање циљева валутне управе. То нам говори да институција валутног одбора сама по себи није довољна за редуковање инфлације и елиминисање буџетског дефицита. Функционисање валутног одбора посебно је отежано у земљама које карактерише неразвијен банкарски систем и које нису у стању да обезбеде фискалну дисциплину. То намеће потребу да земље које су определиле за овај концепт вођења монетарне политике, а истовремено нису у стању да спроведу неопходна структурна прилагођавања, након исцрпљивања свих позитивних ефеката припреме излазну стратегију која ће им омогућити да поред очувања кредибилитета извше и неопходна прилагођавања.

Prof. Dr Srđan Golubović, LL.D
Assistant Professor

CURRENCY BOARD AS AN ALTERNATIVE TO THE CENTRAL BANK

Summary

In the last few years there has been a growing popularity of the institution of currency board as an institutional arrangement which completely eliminates the discretion of the monetary authorities. The currency board implies: a fixed exchange rate pertaining to the chosen reserve currency, a monetary base fully secured by monetary reserves, and unrestricted convertibility. For the countries with feeble political and monetary institutions, which have confronted consequences of hyperinflation, whose enterprises have been accommodated to the environment characterised by high inflation, the establishment of the currency board (as an extreme variant of a fixed exchange rate) could be the only way to repress inflation, to stabilize economy and to restore credibility of monetary authorities. However, beside these positive features, the currency board has serious drawbacks. In conditions of unfavourable long-run trends (high fiscal and quasi-fiscal deficit, current account deficit, high foreign debt, etc.), the rigidity of this mechanism curtails space for timely adjustments in economic policy.

Key words: *currency board, institutions, exchange rate, economic policy, central bank.*

Доц. др Саша Кнежевић

**”ПРЕДНОСТ ОДБРАНЕ” У ПОСТУПКУ ПО
ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА**

UDK 343.15

Апстракт

Изјављивањем правних лекова, окривљени стиче могућност да издејствује по себе повољнију пресуду. Систем правних лекова предвиђен Закоником о кривичном поступку пружа оптималне могућности за оживотворење прокламованог фаворизовања окривљеног у кривичном поступку.

Повластице окривљеног у поступку по жалби представљају одредбе Законика о кривичном поступку којима се предвиђа шири круг лица овлашћених за изјављивање жалбе у

корист окривљеног, о поступању са непотпуном жалбом изјављеном у корист окривљеног и којима се предвиђа обавеза суда правног лека да по службеној дужности испитује "да ли је на штету окривљеног повређен кривични закон".

Законик о кривичном поступку је створио оптималне институционалне претпоставке за остварење повлашћеног процесног положаја окривљеног и у поступку поводом ванредних правних лекова.

Кључне речи: *правни лекови, предност одбране, жалба, повластице, процесна равноправност, забрана reformatio in peius.*

Доц. др Саша Кнежеввић¹

"ПРЕДНОСТ ОДБРАНЕ" У ПОСТУПКУ ПО ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА

Уводне напомене

Доношење првостепене осуђујуће пресуде не мора да значи и завршетак активности окривљеног на супротстављању оптужби. Процесном легитимацијом за изјављивање правних лекова окривљени стиче могућност да иницира преиспитивање чињеничне и правне заснованости донете пресуде. Епилог испитивања чињеничне и правне утемељености донете пресуде може бити доношење одлуке повољније по окривљеног у поступку покренутом изјављеним правним леком. Због тога је потребно законским одредбама стимулисати окривљеног на изјављивање правних лекова, како би се оснажењем процесне позиције окривљеног створио повољан амбијент за остваривање процесне равноправности кривичнопроцесних странака. Процесна равноправност окривљеног мора да опстане и у поступку иницираном правним лековима. На тај начин се стварају оптимални услови за заштиту елементарних људских права окривљеног, а, с друге стране, доприноси се утврђивању истине у кривичном поступку. Стога, законодавац предвиђа нека преимућства окривљеног у односу на противну кривичнопроцесну странку. Та преимућства окривљеног се у теорији кривичног

¹ Доцент на Правном факултету у Нишу.

процесног права означавају термином "*favor defensionis*" ("предност одбране"). Ради се о правилима којима се ублажава оштрица кривичне репресије. *Ratio legis* правила која спадају у "*favor defensionis*" је да се у равнотежи процесни положај окривљеног у односу на почетну правну и фактичку неједнакост међу кривичнопроцесним странкама. Фаворизовањем окривљеног оснажује се страначки карактер кривичног поступка.²

1. "Предност одбране" у поступку по жалби

Право на изјављивање правних лекова је саставни део корпуса људских права и слобода предвиђених међународним документима. Међународним пактом о грађанским и политичким правима се опредвја да "свако ко је оглашен кривим за неко кривично дело, има право да се његова кривица и осуда размотре од стране вишег судског органа у складу са законом (чл. 14. ст. 5.).

Право на изјављивање правних лекова је и уставно право. Одредбом Устава се "сваком јемчи право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву или на законом заснованом интересу" (чл. 26. ст. 2. Устава СРЈ).

Да би се сагледао степен респектовања одредаба међународних докумената и уставних одредаба које су од значаја за остваривање процесне равноправности у поступку по правним лековима у нашем праву, потребно је анализирати преимућства окривљеног у поступку по правним лековима.

Најпре, законодавац је одредио шири круг лица овлашћених за изјављивање жалбе у корист окривљеног. Осим браниоца, жалбу у корист окривљеног могу изјавити брачни друг, крвни сродници у правој линији, усвојеник, усвојилац, брат, сестра, хранилац и лице са којим живи у ванбрачној или каквој другој заједници (чл. 364. ст. 2. ЗКП). Наведена лица могу изјавити жалбу и против воље окривљеног ако је побијаном пресудом изречена казна затвора од двадесет година или тежа казна. Жалбу у корист окривљеног може изјавити и јавни

² Види: Огорелица, Кривично поступовно право, Загреб, 1899, стр. 237; Божидар Марковић, О доказима у кривичном поступку, Београд, 1908, стр. 148.

тужилац. Коришћењем овог законског овлашћења јавни тужилац може допринети заштити људских права окривљеног.

Одредбе Законика о кривичном поступку о поступању са непотпуном жалбом, исто тако, предвиђају повољности при изјављивању жалбе окривљеног. Наиме, жалба коју је изјавио окривљени који нема браниоца или лице из чл. 364. ст. 2. ЗКП иницираће преиспитивање побијане пресуде и у случају да не садржи све законом предвиђене елементе. За мериторно решавање довољно је да се може утврдити пресуда која се жалбом побија (чл. 366. ст. 2. ЗКП). Дакле, и поред непостојања законом предвиђених елемената жалба изјављена у корист окривљеног који нема браниоца иницираће преиспитивање првостепене пресуде, макар само у границама апсолутних недостатака о којима суд води рачуна по службеној дужности.

Повластицу окривљеног представља и обавеза суда правног лека да по службеној дужности испитује "да ли је на штету окривљеног повређен кривични закон" (чл. 380. ст. 1. тач. 2. ЗКП). То практично значи да свака жалба садржи повреду кривичног закона на штету окривљеног, као основ за побијање пресуде. Међутим, и најтеже повреде кривичног закона у корист окривљеног не могу се отклонити ако није било жалбе у том правцу. Отклањање ових повреда је могуће једино подношењем захтева за заштиту законитости, али у том случају се може донети само декларативна пресуда.³

Битну компоненту остваривања права на жалбу представља и могућност окривљеног да присуствује седници већа другостепеног суда који одлучује о жалби. Анализом законске регулативе поступка по жалби уочава се да ово право окривљеног није у истој равни са правом јавног тужиоца да присуствује седници већа суда правног лека. Наиме, јавни тужилац се увек обавештава о седници већа другостепеног суда (чл. 374. ст. 3. ЗКП). Међутим, о седници већа суда правног лека окривљени и његов бранилац обавештавају се само ако је то захтевано у жалби или ако је предложио одржавање главног претреса (чл. 375. ст. 1. ЗКП). Уколико се окривљени налази у притвору или издржавању казне, присуство окривљеног на седници већа је могуће ако председник већа односно веће сматра да је то целисходно (чл. 375. ст. 2. ЗКП).

³ Види: Др Тихомир Васиљевић, Др Момчило Грубач, Коментар..., 1987, стр. 658.

Процесна равноправност окривљеног са јавним тужиоцем у поступку по жалби би у пуној мери дошла до изражаја ако би постојала обавеза суда правног лека да о седници већа обавести окривљеног и браниоца, без обзира да ли то окривљени захтева и без могућности процењивања да ли је то целисходно. Стога, *de lege ferenda* треба изменити одредбу Законика о кривичном поступку, тако да се из стилизације ове одредбе јасно види да су кривичнопроцесне странке у потпуности једнаке у погледу могућности присуствовања седници већа другостепеног суда.

Окривљени је процесно легитимисан и за изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда. Изјављивањем овог правног лека окривљени побија другостепену пресуду, под законом предвиђеним условима (чл. 395. ЗКП). Окривљени може изјављивањем овог правног лека нападати пресуду којом му је изречена дуготрајна казна затвора, као и пресуде донете у другом степену које су по њега неповољније од одлука првостепеног суда. Међутим, пресуда другостепеног суда којом је преиначена првостепена осуђујуа пресуда и изречена ослобађајућа пресуда не може се побијати жалбом. У томе се огледа предност окривљеног, јер је преиначење првостепене пресуде у супротном смеру један од услова за изјављивање жалбе на пресуду другостепеног суда (чл. 395. ст.1. тач.3. ЗКП).

Под законом предвиђеним условима (чл. 396. ЗКП) може се изјавити жалба Савезном суду. Овим редовним правним леком који *de facto* представља врсту жалбе на пресуду другостепеног суда, а изузетно и жалбу на пресуду донету у трећем степену, пружа се могућност окривљеном коме је изречена дуготрајна казна затвора (двадесет и више година) за кривично дело предвиђено савезним кривичним законом за иницирање преиспитивања пресуде у четвртном степену.

2. "Предност одбране" у поступку поводом ванредних правних лекова

Правноснажност судске одлуке не значи да је та одлука трајно непроменљива. Под законом предвиђеним условима окривљени може подношењем ванредних правних лекова побијати и правноснажне пресуде.

Систем ванредних правних лекова пружа довољно могућности окривљеном за обеснаживање правноснажних пресуда, Захтев за испитивање

законитости правноснажне пресуде и захтев за ублажавање казне су ванредни правни лекови који се могу поднети само у корист окривљеног (осуђеног), чиме се оживотворује "предност одбране" у поступку иницираном ванредним правним лековима. Захтев за заштиту законитости ако је поднет на штету окривљеног, може исходovati само декларативну пресуду. Практично, окривљени у поступку иницираном захтевом за заштиту законитости је у повлашћеном положају, који се не може погоршати ни подношењем овог правног лека. У смеру повећаног уважавања права окривљеног је и прихватање залагања за промену физиономије захтева за понављање кривичног поступка у тексту новог Законика о кривичном поступку из 2002. године. Тиме је *de facto* отпала свака могућност да се у поступку иницираном ванредним правним лековима погорша положај окривљеног, што представља вид фаворизовања процесне позиције ове кривичнопроцесне странке.

2.1. Повлашћени положај окривљеног у поступку поводом захтева за понављање кривичног поступка

Захтев за понављање кривичног поступка је ванредни правни лек који је усмерен на побијање чињеничне основице правноснажне пресуде. Овај ванредни правни лек овлашћена лица могу поднети уколико нове чињенице и нови докази указују да је чињенично стање у правноснажној пресуди погрешно утврђено. У супротном, понављање кривичног поступка није могуће ако се захтев за понављање кривичног поступка темељи на доказном материјалу који представља основ правноснажне пресуде. Наиме, понављање кривичног поступка је могуће само на основу новог доказног материјала.

Могућност понављања кривичног поступка само у корист окривљеног представља капиталну концесију коју је законодавац пружио овој кривичнопроцесној странци. То практично значи да само интереси окривљеног могу представљати повод за релативизацију начела *ne bis in idem* подношењем захтева за понављање кривичног поступка. Иначе, према одредби чл. 6. Законика о кривичном поступку забрана понављања кривичног поступка наступа не само по правноснажности пресуда којима је мериторно решено питање основаности кривице окривљеног, већ и по правноснажности решења о обустави кривичног поступка и пресуде којом се оптужба одбија. Овом одредбом наш законодавац

проширује опсег примене начела *ne bis in idem* преко обима важења овог института предвиђеног чл. 14. т. 7. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

Погодност по остваривање одбране окривљеног представља и чињеница да се подношење захтева за понављање кривичног поступка не условљава претходним коришћењем права на жалбу. Право на подношење овог ванредног правног лека има лице које је правноснажном пресудом оглашено кривим, без обзира да ли је осуђен на казну и независно од тога да ли је казну издржао или се она по неком основу угасила (чл. 408. ЗКП). Из ове одредбе произлази да право на подношење захтева за понављање кривичног поступка није везано роком. Ако се има у виду да и брисање осуде или изречени престанак правних последица осуде могу штетно утицати на осуђеног, у том случају се стиче право на подношење захтева за понављање кривичног поступка.⁴ Повластицу по окривљеног (осуђеног) представља и законом предвиђена могућност да суд при одлучивању о дозволи понављања кривичног поступка може одложити или прекинути извршење правноснажне пресуде ако, с обзиром на поднете доказе, процени да осуђујућа пресуда може бити анулирана у поновљеном поступку или ако би се урачунавањем већ издржане казне имао пустити на слободу (чл.411. ст. 4. ЗКП).

"Предност одбране" у поступку по захтеву за понављање кривичног поступка остварује се и применом установе *beneficium cohaesionis*, која је предвиђена одредбом чл. 411. ст. 2. Законика о кривичном поступку СР Југославије. Поступајући по овој одредби, суд може донети одлуку о понављању кривичног поступка и против оног саоптуженог који није поднео захтев за понављање кривичног поступка. Поступак се у односу на саоптужене који нису поднели захтев за понављање кривичног поступка *de facto* покреће по службеној дужности, чиме се одступа од факултативног карактера поступка по правним лековима.⁵ Привилеговани положај осуђеног (окривљеног) у поступку иницираном захтевом за понављање кривичног поступка се огледа и у могућности понављања кривичног поступка лицу осуђеном у одсуству (чл. 413. ЗКП). Лице осуђено у одсуству стиче право на понављање кривичног поступка ако у року од шест месеци од наступања могућности за суђење у његовом присуству поднесе

⁴ Станко Бејатовић, Драго Радуловић, Законик о кривичном поступку, са објашњењима, упутствима за практичну примену и регистром појмова, Београд, 2002, стр. 272.

⁵ Милица Стефановић-Златић, Повластице окривљеног у кривичном поступку, Београд, 1987, стр.162.

захтев за понављање кривичног поступка. Ради се о тзв. посебном случају понављања кривичног поступка, за чије одобрење није потребно испуњење општих услова за понављање кривичног поступка. Преимућство овог вида понављања кривичног поступка се огледа у томе што изношење нових чињеница и доказа није услов за одобрење понављања кривичног поступка. Поред тога, овај вид понављања је могућ и ако пресуда донета у одсуству окривљеног није постала правноснажна. Напослетку, привилеговани вид одобрења понављања кривичног поступка је могућ и у случају да страна држава екстрадицију осуђеног у одсуству услови понављањем кривичног поступка (чл. 413. ст. 2. ЗКП).

2.2. Ванредно ублажавање казне као преимућство окривљеног

Преимућство окривљеног (осуђеног) у поступку поводом ванредних правних лекова огледа се и у могућности побијања одлуке о казни у правноснажној пресуди. За разлику од противне странке, окривљени (осуђени) може побијати правноснажну пресуду и због неправилне одлуке о казни, са циљем да се постигне блажа осуда у границама одређеним кривичним законом⁶.

Иако право на побијање правноснажне пресуде због одлуке о казни представља повластицу окривљеног, одредбама Законика о кривичном поступку су предвиђена нека ограничења за остваривање овог права. Најпре, основ за подношење овог правног лека може бити само неправилно одмерена казна, а не незаконита одлука о казни. затим, разлог за побијање правноснажне пресуде због одлуке о казни могу бити само околности које су настале после изрицања пресуде или за које суд није знао приликом одмеравања казне. На крају, околности на које се овлашћено лице позива морају бити такве да очигледно могу довести до блаже осуде.⁷

Одредбама Законика о кривичном поступку није прецизирано које околности могу представљати разлог за ванредно ублажавање казне. Но, сигурно је да то могу бити само оне околности које Кривични закон предвиђа као олакшавајуће или ублажавајуће. Ради се о фактичким (не правним) околностима које, под законом предвиђеним условима,

⁶ Војислав Ђурђић, Кривично процесно право - Ток кривичног поступка, Ниш, 1998, стр. 275.

⁷ Ibid, стр. 276.

могу довести до блаже осуде (примера ради, тешка породична ситуација, лоше имовинске прилике и слично). Уколико ове околности нису постојале при одмеравању казне, или се за њих није знало, оне могу резултирати благом осудом, а у крајњој линији и ослобађањем окривљеног од казне.

Закоником о кривичном поступку није прецизиран рок за подношење захтева за ванредно ублажавање казне, што одговара повлашћеном положају окривљеног (осуђеног) у поступку поводом ванредних правних лекова. Међутим, у теорији кривичног процесног права постоји дилема да ли је могуће подношење захтева за ванредно ублажавање казне и након издржане, опроштене или застареле казне. По једном становишту, ублажавање казне после издржане, опроштене или застареле казне нема сврхе, јер је циљ овог ванредног правног лека да ублажи оштрицу кривичне репресије према лицу које је на издржавању казне. По извршењу казне, по протагонистима овог става, ублажавање казне не би било сврсисходно.⁸ Насупрот овом ставу, заговорници супротног става сматрају да да могу постојати разлози који налажу потребу за ублажавањем казне и по извршењу или гашењу ове санкције на неки други начин. Истиче се да у неким ситуацијама може постојати интерес да се допусти ублажавање казне и после издржане, опроштене или застареле казне. Наиме, може постојати оправдани правни интерес (могућност ранијег наступања законске рехабилитације, скраћење рокова за тражење судске рехабилитације, уклањање правних последица осуде и сл.) да се омогући ванредно ублажавање казне и после издржане, опроштене или застареле казне.⁹ Може се сматрати да се пун опсег уважавања правила "*favor defensionis*" у поступку преиспитивања правноснажне пресуде може реализовати тек уколико се ванредно ублажавање казне не веже за моменат гашења ове кривичне санкције. На тај начин би се побољшао положај осуђеног у односу на казну која му је правноснажно изречена и у случају да је издржана, опроштена или застарела.

⁸ Види: Милица Стефановић-Златић, Повластице...оп. cit. стр. 162.

⁹ Божидар Марковић, оп. cit. стр. 559.

2.3. "Предност одбране" у поступку преиспитивања законитости правноснажне пресуде

Систем ванредних правних лекова предвиђен Законом о кривичном поступку омогућава преиспитивање законитости правноснажне пресуде. Повреде материјалног и процесног права могу да се отклоне и по правноснажности пресуде. Правна средства којима се правноснажна пресуда побија због правних недостатака су захтев за заштиту законитости и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде.

Захтев за заштиту законитости је ванредни правни лек којим надлежни државни тужилац побија правноснажну пресуду због повреде закона или поступка који је претходио одлуци. Иако ексклузивно право на подношење овог ванредног правног лека има надлежни државни тужилац, ипак се у поступку иницираном захтевом за заштиту законитости могу додатно заштитити права осуђеног.

Из процесне позиције државног тужиоца као државног органа проистиче обавеза да се стара о законитости, па тиме и о правима окривљеног. Због тога државни тужилац има обавезу да заштити права окривљеног (осуђеног), поготово што се захтевом за заштиту законитости правноснажна пресуда може побијати због свих повреда материјалног и процесног права и то без обзира да ли су утицале на законитост и правилност пресуде. Дакле, државни тужилац може побијати правноснажну пресуду и ван битних повреда одредаба кривичног поступка као основа жалбе, а окривљени подношењем захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде не може иницирати преиспитивање правноснажне пресуде ни због битних одредаба кривичног поступка које другостепени суд у поступку по жалби испитује по службеној дужности.

Кључно преимућство окривљеног у поступку иницираном захтевом за заштиту законитости је да се овај поступак кад је покренут на штету окривљеног може окончати само декларативном пресудом. Практично, у случају да је захтев за заштиту законитости поднет на штету окривљеног, надлежни суд може само констатовати повреду закона. Декларативна пресуда се може донети и ако је захтев за заштиту законитости

поднет у корист окривљеног, али је повреда није произвела штетне последице по окривљеног.

Повластицу окривљеног у поступку поводом ванредних правних лекова представља и ексклузивност у погледу подношења захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде. Међутим, законом су предвиђена одређена ограничења у погледу контроле законитости правноснажне пресуде инициране захтевом за испитивање законитости правноснажне пресуде. Најпре, овим ванредним правним леком се правноснажна пресуда може побијати само због појединих битних повреда одредаба кривичног поступка (чак ни због битних повреда одредаба кривичног поступка о којима се у поступку по жалби води рачуна по службеној дужности). Очигледно је да се законодавац руководи разлозима целисходности, јер допушта подношење овог правног лека само због најзначајнијих битних повреда одредаба кривичног поступка. Захтевом за испитивање законитости правноснажне пресуде се може поднети само ако је изречена безусловна казна затвора или малолетничког затвора. Поред тога, пресуде врховних судова и савезног суда само изузетно могу бити побијане овим ванредним правним леком. Привилеговани положај окривљеног као ексклузивног титулара права на подношење захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде релативизиран је и чињеницом да, пре подношења овог правног лека, окривљени мора претходно искористити редовне правне лекове.

Законска ограничења у поступку поводом захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде не доводе у питање повлашћени положај окривљеног у поступку контроле законитости правноснажне пресуде. Овлашћењем на подношење захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде ублажавају се одређена преимућства државног тужиоца у поступку преиспитивања законитости правноснажне пресуде. За потпунију афирмацију "предности одбране" у поступку поводом ванредних правних лекова *de lege ferenda* треба предвидети јединствени правни лек за контролу законитости правноснажне пресуде. Тако би обе кривичнопроцесне странке под једнаким условима иницирале контролу законитости правноснажне пресуде.¹⁰

¹⁰ Упореди са: Милица, Стефановић-Златић, *op. cit.* стр. 172.

3. Забрана *reformatio in peius* као повластица окривљеног

3.1. Појам забране *reformatio in peius*

Установа забрана *reformatio in peius* (забрана преиначења на горе) представља још једну процесну концесију окривљеног, којом се остварује процесна равноправност ове кривичнопроцесне странке у поступку по правним лековима. У погледу оправдања (*ratio legis*) ове установе у теорији углавном постоји сагласност. Без бојазни да ће се правни лек који је изјавио "окренути" против њега, окривљени може слободно побијати судске одлуке. Дакле, забраном *reformatio in peius* се стимулише слободно изјављивање правних лекова окривљеног. Тако обезбеђена процесна сигурност доприноси побољшању процесне позиције окривљеног у поступку по правним лековима.

Важећим Законом о кривичном поступку је прецизирано да "ако је изјављена жалба само у корист оптуженог, не сме се пресуда изменити на његову штету у односу на правну оцену дела и на кривичну санкцију" (чл. 382.). Наизглед јасна одредба, ствара проблеме у тумачењу њеног смисла. Наиме, како протумачити израз "само у корист оптуженог (окривљеног). Да ли то значи да жалба изјављена и на штету окривљеног *eo ipso* анулира забрану *reformatio in peius*. По овом питању се у науци кривичног процесног права не дају идентични одговори.

Став појединих теоретичара је да самим изјављивањем жалбе (или неког другог правног лека) и на штету окривљеног (поред жалбе изјављене у његову корист) не постоје услови за забрану *reformatio in peius*, независно од судбине изјављене жалбе на штету окривљеног.

Супротно становиште је раширеније и чини се ближе процесној улози ове установе. Заштита права окривљеног налаже рестриктиван приступ сужавању примене забране преиначења на горе. Протагонисти овог става иду даље од језичког тумачења одредбе чл. 382. ЗКП. Ако би се прихватило да самим изјављивањем правног лека и на штету окривљеног нема услова за забрану *reformatio in peius* онда би се једноставно могла опструирати ова забрана. Тужилац би без много напора, не трудећи се да довољно чињенично утемељи изјављени правни лек,

правним леком изјављеним на штету окривљеног (наравно уз поштовање рока за изјављивање и законом предвиђеног садржаја да би дошло до одлучивања *in meritum*) могао блокирати примену забране *reformatio in peius*. Због тога примена забране преиначења на горе не треба да зависи од самог акта изјављивања жалбе и на штету окривљеног, већ од њеног епилога пред судом правног лека. Само успешно реализована жалба на штету окривљеног (или други правни лек; израз "жалба" употребљавамо због основног поља деловања ове установе-поступка по жалби на пресуду првостепеног суда) може спречити дејство забране *reformatio in peius*. Зато ако је жалба изјављена на штету окривљеног одбачена као неблаговремена или недозвољена или пак одбијена као неоснована, "онда се мора сматрати да постоји само жалба у корист окривљеног", чиме је отворен пут примени забране *reformatio in peius*. Овакав приступ овом питању имају Огорелица, Грубиша, немачки теоретичари *Birkmayer, Kries, Binding, Bennecke-Beling* (према Грубиши), Васиљевић, Стефановић-Златић.¹¹

Забрана *reformatio in peius* представља повластицу окривљеног која спада у "*favor defensionis*". Остваривање процесне улоге ове установе је могуће ако се ограничења у њеној примени сведу на минимум. Стога, анулирање забране *reformatio in peius* може бити резултат успеха жалбе изјављене на штете окривљеног, а не самог изјављивања жалбе противне странке.

Имајући у виду трендове повећања стандарда заштите људских права у кривичном поступку, пледирамо за предвиђање могућности доношења одлуке у корист окривљеног и у случају изјављивања правног лека само на штету окривљеног, као што је предвиђено немачким позитивним правом (чл. 301. Законика о кривичном поступку), као и Закоником о судском кривичном поступку Краљевине Југославије донетом 1929. године. На тај начин би се повећала одговорност тужиоца при изјављивању правних лекова, а интереси окривљеног били би додатно осигурани.

¹¹ Види: Др Младен Грубиша, Два правна схватања-два напада на један важан принцип нашег кривичног поступка (принцип забране *reformation in peius*), *Наша законитост*, 1958, бр. 1-2, стр. 9; Исто: Др Милица Стефановић-Златић, *op. cit.* стр. 126.

3.2. Обим примене забране *reformatio in peius*

Једно од најспорнијих питања у вези са забраном *reformatio in peius* је обим њене примене. Контроверзе око овог питања наступају и због недовољно јасне формулације ове установе у одредби чл. 382. ЗКП. Коришћена формулација изазива недоумицу да ли је законодавац ограничио забрану преиначења на горе само у односу на правну квалификацију кривичног дела и на одлуку о казни. Размимоилажење у теорији настаје у приступу питању да ли забрана *reformatio in peius* омогућава утврђивање неповољнијег чињеничног стања по окривљеног, наравно ако је изјављена жакба само у корист окривљеног. Око одговора на ово питање у теорији су искристалисана три становишта.

По једном од становишта, забрана *reformatio in peius* се исцрпљује у односу на правну квалификацију и одлуку о казни. Забрана преиначења на горе важи само уколико чињенично стање на претресу пред судом правног лека (или на поновном претресу пред првостепеним судом по одлуци суда правног лека) не буде измењено на штету окривљеног. Измењено чињенично стање на штету окривљеног потиरे забрану *reformatio in peius* у односу на правну квалификацију и одлуку о казни. Овакав приступ се образлаже и могућношћу неутралисања резултата забране преиначења на горе у поступку по ванредним правним лековима.¹²

Дијаметрално супротно изложеном је гледиште да суд правног лека обавезан забраном *reformatio in peius*, не сме ни приступити утврђивању чињеничног стања које би за окривљеног било неповољније од оног утврђеног у пресуди која се побија. По заступницима овог става, забрана *reformatio in peius* има смисла једино ако се њеном применом у потпуности отклања бојазан окривљеног да би изјављивањем правног лека могао погоршати свој положај. Граница до које суд правног лека може ићи у утврђивању чињеничног стања је чињенично стање утврђено у првостепеној пресуди (ако је изјављена жалба само у корист окривљеног), као што у првостепеном поступку оптужница представља оквир у коме се може кретати утврђивање чињеничног стања.¹³

¹² Др Мирко Перовић, Проблем тумачења и примене начела забране *reformatio in peius*, Архив за правне и друштвене науке, 1955, стр. 252.

¹³ Др Младен Грубиша, Забрана *reformatio in peius* и чињенично стање у кривичном поступку, Наша законитост, 1961, бр.9-10, стр. 428.

Треће гледиште о обиму примене забране *reformatio in peius* је у основи еклектичко. По поборницима овог схватања забрана *reformatio in peius* се не односи на утврђивање чињеничног стања у поступку по правним лековима. Суд правног лека може неограничено утврђивати чињенично стање, независно од тога у чију би корист била евентуална промена чињеничног стања. Заступници овог става примећују да суд правног лека при утврђивању чињеничног стања и не зна унапред да ли ће из одређених чињеница проистећи одлука у корист или на штету окривљеног. Неограничено утврђујући чињенично стање, суд правног лека не може, међутим, консеквентно тако утврђеном чињеничном стању донети неповољнију одлуку по окривљеног, ако би она произлазила из утврђеног чињеничног стања. То би био резултат деловања забране *reformatio in peius*, наравно ако су испуњени услови за њену примену. У том случају ће утврђено чињенично стање бити презентирано у образложењу пресуде суда правног лека, с тим, да се диспозитив пресуде не може изменити на штету окривљеног због забране *reformatio in peius*. Нужност фиксирања утврђеног чињеничног стања у образложењу пресуде произлази из начела истине. Поред тога, оваквим поступањем окривљени се штити од поновног оптуживања за исто дело, али са различитом правном квалификацијом.¹⁴

Из изложеног се могу извући одређени закључци. Прво, може се констатовати да је становиште о важењу забране преиначења на горе само под условом да се у поступку по жалби изјављеној само у корист окривљеног чињенично стање не измени на штету окривљеног, неприхватљиво. То би значило да изјављујући правни лек којим би побијао чињенично стање окривљени не би био сигуран да против њега не би могла бити донета неповољнија одлука. Напротив, та могућност је реална. Прихватањем овог становишта радикално би се сузио домашај забране *reformatio in peius*, чиме би се дезавуисао *ratio legis* ове установе.

Компромисно становиште изложено у овом раду, на први поглед изгледа убедљиво. Међутим, аргументовано побијање овог гледишта нас усмерава на прихватање става о максималном обиму примене забране *reformatio in peius*.¹⁵ Забрана *reformatio in peius* се мора односити и на могућност утврђивања друкчијег чињеничног стања у поступку по

¹⁴ Др Бранко Петрић, Идентитет пресуде и оптужбе у кривичном поступку, Правни живот, 1980, бр.6-7, стр. 349; Др Тихомир Васиљевић, Систем...1981, стр. 582-586.

¹⁵ Др Младен Грубиша, Забрана *reformatio in peius* и чињенично стање у кривичном поступку, Наша законитост, 1961, бр. 9-10, стр. 430.

жалби изјављеној само у корист окривљеног. Чињенично стање представља основ пресуде. Следствено томе, свака промена чињеничног стања одражава се и на судбину донете пресуде. Забрана *reformatio in peius* има смисла једино ако се односи и на чињенично стање утврђено у првостепеној пресуди. Она мора да отклони сваку бојазан од неповољног исхода правног лека изјављеног само у корист окривљеног. Због тога де леге ференда треба приступити доградњи ове установе. Наиме, формулација законске одредбе (чл. 382. ЗКП) мора бити измењена, како не би стварала простор за рестриктивно тумачење обима примене забране *reformatio in peius*. Из формулације законске одредбе мора бити јасно видљиво да се забрана *reformatio in peius* не односи само на правну квалификацију и одлуку о казни.

3.3. Дејство забране *reformatio in peius*

Забраном *reformatio in peius* окривљени добија сигурност да неће трпети штетне последице због изјављивања правног лека само у његову корист. Око тога у теорији кривичног процесног права нема спора. Независно од гледишта о обиму примене ове установе, питање дејства забране *reformatio in peius* добија на значају. Наиме, питање је да ли забрана преиначења на горе представља трајну благодет окривљеног, или се она може накнадно анулирати. Већински је став доктрине да забрана *reformatio in peius* има апсолутно дејство. То значи да ова забрана важи до правноснажности пресуде, дакле до окончања кривичног поступка иницираног изјављивањем правног лека у корист окривљеног. Доследна примена забране *reformatio in peius* резултира њеним важењем и по изјављивању правног лека против пресуде донете на поновном претресу, по укидању првостепене пресуде.

Поборници изложеног гледишта да ова забрана важи до правноснажности пресуде, уједно и дају одговор на питање, до ког момента траје забрана преиначења на горе. Да је законодавац желео да предвиди трајање дејства забране *reformatio in peius* и у поступку по ванредним правним лековима, онемогућило би се преиспитивање чињеничног стања у поступку по захтеву за понављање кривичног поступка поднетог на штету окривљеног (осуђеног). Пошто у поступку по захтеву за понављање кривичног поступка чињенично стање подлеже преиспитивању, могућа је и одлука на штету окривљеног. Одлуком неповољни-

јом по окривљеног анулирала би се забрана *reformatio in peius* која је важила у поступку по жалби.¹⁶

Опстајање на позицијама конзистентности регулативе установе забране *reformatio in peius* укључује и проширење њеног дејства и на поступак инициран ванредним правним лековима. У том би случају ова забрана заиста представљала трајну гаранцију окривљеном да сопственом делатношћу не може погоршати свој положај у кривичном поступку. То значи да се подношењем захтева за понављање кривичног поступка нове чињенице и докази не би могли користити, ако би из њих могла проистећи одлука неповољнија по окривљеног. У противном би тужилац у поступку по жалби изјављеној само у корист окривљеног могао прећутати неке чињенице, које би касније искористио као "нове" ради тражења понављања кривичног поступка, чиме би се изиграла забрана *reformatio in peius*.

Слична је ситуација и у погледу захтева за заштиту законитости. Ако се повреда закона није могла отклонити у поступку по жалби (због деловања забране преиначења на горе), то се неће моћи постићи ни у поступку по захтеву за заштиту законитости поднетом на штету окривљеног (осуђеног), јер се у тој ситуацији може донети само декларативна пресуда (чл. 423. ст. 3. ЗКП).

Оживотворењем залагања за промену физиономије захтева за понављање кривичног поступка, забрана *reformatio in peius de facto* представља трајну гаранцију окривљеном. Наиме, према одредбама Законика о кривичном поступку, захтев за понављање кривичног поступка може бити поднет само у корист окривљеног (осуђеног). Тиме је отпала могућност да се одлуком у поступку поводом захтева за понављање кривичног поступка анулира дејство забране *reformatio in peius*, која је важила у поступку по жалби.

Забрана *reformatio in peius* се због декларативног карактера пресуде донете по захтеву за заштиту законитости поднетог на штету окривљеног не може анулирати ни у поступку иницираном овим правним леком.

Трајност гаранција произашлих из забране *reformatio in peius* не може бити доведена у питање ни подношењем захтева за испитивање

¹⁶ Др Мирко Перовић, оп. cit. стр. 266.

законитости правноснажне пресуде, јер се овај правни лек може поднети само у корист окривљеног (осуђеног). По природи ствари, забрана *reformatio in peius* се не може применити у поступку за ванредно ублажавање казне.

Закључна разматрања

Систем правних лекова предвиђен Законом о кривичном поступку пружа оптималне услове за оживотворење правила којима се остварује "предност одбране" у поступку преиспитивања чињеничне и правне утемељености пресуда. Преимућства окривљеног у поступку по жалби, предвиђена ЗКП, представљају основ за остварење прокламованог фаворизовања окривљеног.

У поступку поводом ванредних правних лекова створене су институционалне претпоставке за остваривање одређених процесних повластица окривљеног (осуђеног). Потпунијој афирмацији "предности одбране" у поступку иницираним ванредним правним лековима допринело би предвиђање јединственог правног лека за контролу законитости правноснажне пресуде, чиме би се анулирала одређена преимућства државног тужиоца у поступку преиспитивања законитости правноснажне пресуде.

Prof. Dr. Saša Knežević, LL.D
Assistant Professor

"DEFENCE PRIVILEGES" IN THE LEGAL REMEDY PROCEEDINGS

Summary

By lodging an appeal for a legal remedy, the defendant is given an opportunity to procure a more favourable judgement. The system of legal remedies encoded in the Criminal Proceedings Code provides the defendant with optimal declarative privilege in criminal proceedings.

Defendant privileges in proceedings on appeal are the provisions of the Criminal Proceedings Code. This code envisages a wider range of persons entitled to lodge an appeal on behalf of the defendant, as well as the treatment of incomplete appeals lodged on behalf of the defendant. It also envisages the liability of the competent court of appeal which is to officially inquire "if criminal law has been violated at the expense of the defendant".

The Criminal Proceedings Code has generated optimal institutional assumptions for procuring the defendant's privileged procedural standing, including the proceedings related to other legal remedies against irrevocable judgement.

Key words: legal remedies, defence privilege, appeal, privileges, procedural equitability, prohibition of reformatio in peius.

Мр Сузана Медар

**ТРАДИЦИОНАЛНО И САВРЕМЕНО
СХВАТАЊЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА
- Општи поглед на две опречне
методолошке оријентације -**

UDK 340.12

Апстракт

Између теоријских схватања о тумачењу права и поимања, како целине правне појаве, тако и низа парцијалних проблема правне теорије, постоји узајамни утицај. Задатак рада је, да уз осликавање основних методолошких оријентација у тумачењу права, покаже како су оне повезане са одговарајућим схватањима о изворима права, правним празнинама, закону, принципу поделе власти, природи судске активности и правним вредностима.

Кључне речи: *Конструктивна метода тумачења, социолошко-интересна метода тумачења, формални извори права, правне празнине, природа судског одлучивања, принцип поделе власти, правне вредности.*

*Мр Сузана Медар*¹

ТРАДИЦИОНАЛНО И САВРЕМЕНО СХВАТАЊЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

- Општи поглед на две опречне методолошке оријентације -

Деветнаести век означава победу легализма, правног позитивизма и формализма у филозофији права и правној науци.² Након двовековне владе природноправних гледишта, теоријско-правна полазишта бивају све више пребацивана на тло позитивног, од државе издатог, права. Етатистичко виђење права, етатистички позитивизам је, отуда, још једна битна карактеристика ових схватања. Она се јављају као последица стварања великих кодификација, прилагођених потребама стварног живота, услед чега нема потребе за признавањем и призивањем неких виших, надпозитивних норми и принципа. Општи теоријски ставови, који се тичу суштине правне појаве, бивају пројигирани и у домен теоријских гледишта о тумачењу права. Уколико је сво право садржано у постојећем, позитивном законодавству, то и задатак тумачења права јесте ограничен на њега. У постојећим законима налазе се решења за сва питања која се у конкретној примени права могу поставити. На тој претпоставци гради своје схватање владајућа теорија о тумачењу права у XIX веку, која се уобичајено дели на три правца, односно школе. То су школа егзегезе у Француској, историјско правна школа и школа појмовне јуриспруденције у Немачкој.

¹ Асистент на Правном факултету у Нишу.

² Види Хаим Перелман (Chaim Perelman), *Право, морал и филозофија*, Београд, 1983, стр. 147-148.

На владајући правни позитивизам и формализам јавља се, у другој половини XIX века и почетком XX века, снажна реакција правне социологије, односно социолошки оријентисаних схватања у правној филозофији и теорији. Ово је условљено насталим променама у социјалном животу, које се више нису дале ухватити у оквир постојећих, "свеобухватних" закона. Побуна чињеница против кодекса³ непобитно је показала да се право, једном отргнуто из реалних друштвених кретања и постављено на Прокрустов кревет формалних закона, мора друштву вратити и из њега објашњавати. Право се тражи у социјалној стварности као правом, материјалном извору кога формални извори само изражавају. У теорији тумачења долази до преокрета који се огледа у надирању социолошко-интересне оријентације, изражене кроз научну школу, интересну јуриспруденцију и покрет слободног права. Тако крај XIX и почетак XX века, на подручју тумачења права обележава давање предности, насупрот "... аналитичком и формалистичком тумачењу закона, повољнијем за правну сигурност ... телеолошком и прагматичном тумачењу закона, које би пре свега водило рачуна о последицама, о правичности и о општем добру".⁴

Две означене групе схватања тумачења права присутне су и у савременој правној литератури, која их обележава разлчитим називима. Говори се о супротности између традиционалног, класичног и модерног, савременог схватања, између рационализма и еволуционизма, конструктивне и интересне методе, логицистичког и социолошког тумачења. Овако поједностављена подела мора се, свакако, узети само као релативно исправна, с обзиром да између разних варијанти две опречне групе схватања долази до извесних преплитања и приближавања.

Одређени методолошки приступ у тумачењу права зависан је како од схватања суштине правне појаве у целини, тако и од решења низа фундаменталних проблема правне теорије. С друге стране, постоји и повратни утицај, утицај методе тумачења на одговарајуће схватање бројних правно-теоријских питања. Неопходно је, због тога, уз осликовање основних методолошких оријентација у тумачењу права, проговорити и о поимању извора права, правних празнина, закона, принципа поделе власти, природе судске активности, правних вредности.

³ Види G. Morin, *La révolte des faits contre le code*, Paris, 1920.

⁴ X. Перелман, *op. cit.*, стр. 218.

Традиционална, конструктивна метода тумачења неизбежна је последица легалистичког схватања права, његовог свођења на правно правило, односно норму. Релевантност се даје само формалним изворима права, а као такви се признају само закони, или бар формални извори признати од законодавца.⁵ Тако, историјско-правна школа, која се уобичајено означава као варијанта традиционалне методе тумачења, велику важност придаје обичају као извору права. Но, независно од тога, битна карактеристика ове методе је вера у потпуност правног поретка (садржаног искључиво у законима или у законима и обичају) и одатле изведено непризнавање постојања празнина. Вера у свезнање и свемоћ законодавца води негацији празнина које проистичу *ab initio*, од времена доношења закона. Сви случајеви које законодавац није специјално нормирао потпадају под опште норме, што се аргументује државном сувереношћу која је неограничена и потпуна.⁶ Поред овога, као најчешћи аргумент за тврдњу о немогућности постојања правних празнина истиче се учење о "правно празном простору", по коме је људско понашање које није ни позитивно ни негативно регулисано правним нормама, с правног гледишта потпуно ирелевантно.⁷

Друга врста празнина, празнине које настају доцније, по кодификацији, признају се на један особен начин, који показује да су оне више привидне него стварне. Ово објашњава начин њиховог попуњавања, који не тражи да се прекораче границе закона, односно правног поретка. Празнине могу постојати евентуално у законима, али не и у правном поретку као целини.⁸ Оне се попуњавају најпре аналогично, односно применом правног правила предвиђеног за случај сличан ономе који није регулисан законом (законска аналогија).⁹ Ако то није

⁵ Види Ђорђе Тасић, *Методи или школе тумачења, Избор расправа и чланака из теорије права*, Београд, 1984, стр. 325.

⁶ Види Миодраг Туцаковић, *Проблем законске и правне аналогије*, Бранич 1,2/1936, стр. 23. Види и потпуно валидну критику овог схватања које чини полазну грешку у поистовећивању појма државе и појма друштва. Са појмом државне суверености се, напиме, не коси постојање вандржавних односа, односа које законодавац не нормира правно, већ их оставља разним облицима друштвеног (моралног, обичајног, религијског) нормирања.

⁷ Види Будимир Кошутић, *Судска пресуда као извор права*, Београд, 1973, стр. 115. Ту се као најчешће присталице овог схватања наводе Бергбом (Bergbohm) и Бринц (Brinz) у XIX веку, а Санги Романо (Santi Romano) у XX веку.

⁸ Види *ibid*, стр. 10.

⁹ По Ђорђу Тасићу је аналогија, у свом уобичајеном значењу, неспојива са конструктивном методом. "Применити исти пропис на случај јер је он само сличан, значи ... у ствари мењати вољу законодавчеву и примењивати пропис један и тамо где га он сам можда не би применио." Као критеријум који оправдава употребу аналогије, Тасић захтева не сличност случаја, већ идентичност по унутрашњој вредности, исти интересни положај, исти значај и вредност по лица у питању. Види Ђорђе Тасић, *Интересна јуриспруденција, Избор расправа и чланака из теорије права*, Београд, 1984, стр. 363. Критику овог схватања види у М. Туцаковић, *op. cit.*, стр. 30, 72-75. По

могуће, прибегава се методи правне конструкције, односно извођењу решења из општих правних принципа, "... латентних правила која надахњују целокупан законски систем".¹⁰ Ти принципи, конструисани помоћу индукције из постојећих, регулисаних случајева, дају могућност да се њиховом применом унатраг, помоћу правила дедуктивне логике, добије одговор за све могуће случајеве.¹¹

Модерна, социолошко-интересна метода тумачења претпоставља схватање права као реалног, друштвеног односа. Друштво ствара закон, а не обрнуто.¹² Због тога се утврђивање смисла права мора да извучи "... директно из изучавања самог живота и његових координација, а не из формула, више или мање приближних, понекад нетачних, увек са празнинама".¹³ Поред закона, у коме увек треба претпоставити дух слову, као услов за еволуцију права, признају се и други формални правни извори, или само облици испољавања права. Ту су, пре свега, обичај и јуриспруденција, али такође и природа ствари, идеја правде и правичности. Уз уставне, законске и подзаконске норме, које Перелман пореди са војницима у униформи, све већи значај добијају и борци без униформе - обичај, првене одредбе, изреке и општи принципи.¹⁴ Плуралистичко схватање правних извора не дозвољава поистовећивање читавог права са законским правом.¹⁵ За Женија су формални извори права само несавршени, иако неопходни, симболи права које постоји изван њих и које произилази из природе ствари.¹⁶

При тумачењу формалних извора права мора се строго водити рачуна о њиховој везаности за материјалне изворе права, природу ствари

Живану Спасојевићу, који је своју докторску дисертацију посветио проблему аналогије (*L' analogie et l' interpretation - contribution à l' étude des méthodes en droit privé, Paris, 1911*), она је спојива са теоријом воље, с том карактеристиком да се њој не допушта да изађе из логике законодавчеве и њеног телеолошког елемента.

¹⁰ М. Туцаковић, *op. cit.*, стр. 28.

¹¹ Интересантно, а у правној литератури незнатно третирано, је питање односа између правне конструкције и правне аналогије. Наиме, и правна аналогија почива на принципима који доминирају целокупном организацијом права, на *ratio iuris*. Ово питање дотиче Миодраг Туцаковић, по коме је идентификација правне аналогије и дедукције нетачна. Наиме, док се код дедукције претпоставља заједнички појам у обе премисе (*terminus medius*), дотле се код аналогије захтева само сличност особина на основу којих се врши оцењивање. Види *ibid*, стр. 79.

¹² Види J. Cruet, *La vie du droit et l' impuissance des lois, Paris, 1918*. Слично се изјашњава и de Page када каже да "... закон, бар у домену нормативном, не ствара. Он није активан него пасиван". Henri de Page, *De l'interprétation de lois - Contribution à la recherche d' une méthode positive et théories en présence, Paris - Bruxelles, 1925, I, стр. 312*.

¹³ Ђорђо дел Векио, *Криза правне науке, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1933, стр. 185*.

¹⁴ Види X. Перлман, *op. cit.*, стр.121, 147-148.

¹⁵ О три главна начина формирања правних норми види у Иво Крбек, *Закон као израз законодавчеве воље, Зборник Правног факултета у Загребу, XV/ 1-2, стр. 68*.

¹⁶ Види, François Geny, *Science et technique en droit privé positif, Paris, 1913-1924, стр. 26-27*.

односно једно објективно право које чињенице носе у себи. То је посебно неопходно у случају постојања празнина у правним изворима.¹⁷ По Канторовичу (Kantorowicz), сваки закон садржи исто толико празнина колико и речи. Констатација да неки случај није предвиђен законом чини илузорним истраживање воље и намере законодавца. Од закона се не може тражити више него што он може дати. Аналогија, као средство попуњавања празнина, поставља се на сасвим другачију основу у односу на њено схватање у оквиру традиционалне методе. Она се сматра неопходном када се друштвене чињенице и владајуће идеје почну удаљавати од закона, будући да њоме треба омогућити продор нових друштвених чињеница у правни поредак. Резоновање по аналогији се не управља по формалној логици закона, већ по социјалној функцији права, тј. према задовољавању актуелних друштвених интереса.¹⁸ Судија-тумач има да реши непредвиђени случај онако како то захтевају потребе стварности и правичности, поступајући онако како поступа и сам законодавац при формулисању правних правила.¹⁹ Правне празнине се, зависно од варијанте савремене методе тумачења, попуњавају слободним научним истраживањем, вредновањем животних интереса и слободним правом, као специјалном врстом природног права.

Једна од основних премиса рационализма је вера у људски разум.²⁰ Традиционалне концепције тумачења схватају закон као писани разум, који садржи решења за све потребе друштвеног живота, ако не у свом слову, онда у свом духу, принципима израженим у кодексу. Преодољавање свеобухватности закона једна је од последица схватања да је у

¹⁷ По Перелману се проблем празнина у данашњем смислу речи јавља почев од француске револуције, када је, прихватањем учења о подели власти, афирмисана надмоћ законодавне власти над судском. Пре француске револуције, у недостатку теорије о подели власти, судије су могле да обављају посао законодавца. Види Х. Перелман, *op. cit.*, стр. 132.

¹⁸ Види Живан Спасојевић, *Нацрт једне опште теорије права*, Београд, 1989, Увод - Божидар Марковић, Живот и мисао Живана Спасојевића, стр. 8.

Према школи интересне јуриспруденције, проблем празнина се решава аналогним преношењем законске вредносне оцене у закону решеног интересног конфликта на нерешени, спорни случај. Употреба конструкција, које су имале да прошире у недоглед илузију искључиве владавине закона, сведена је на најмању меру. Уместо законских конструкција, које су проширивале закон, почело се говорити о конструкцијама јуриспруденције, као специјалној судској техници која је имала за циљ сужавање закона. Види Миодраг Туцаковић, *Појам позитивистичког правног позитивизма и његова критика*, Правосуђе 9-10, 11, 12/ 1940, стр. 338.

¹⁹ Види Михаило Константиновић, *Методе правних конструкција и методе слободног истраживања права* примењене на сукобе стрица и синовике, тетке и братанице, *Правна мисао*, 11-12/1937, стр. 573.

²⁰ О различитим схватањима те вере - апсолутној, релативној и формалној - у разним варијантама рационалистичке теорије види у Миодраг Туцаковић, *Школе о интерпретацији права*, Архив за правне и друштвене науке XXXIII, бр. 6/1936, стр. 548.

закону најесенцијалнија воља законодавца.²¹ Правно, односно законско правило је израз воље у психичком смислу, те је при тумачењу одлучујуће оно што је речено у закону, као изјављеној вољи, односно намери законодавца.²² По овом схватању, дакле, основа закона и полазна тачка при тумачењу је текст, као адекватан израз законодавчеве воље.²³ Ово, тзв. субјективно тумачење потпуно извлачи закон из његовог друштвеног и идеолошког контекста, претварајући се у чисто логицирање, "... извођење пеливанских скокова на трапезу параграфа".²⁴

Схватање закона у оквиру социолошке оријентације тумачења права постављено је на сасвим другачијим основама. Полази се од тезе о немоћи људског разума, а такође и разума законодавца да формулише унапред све могуће, будуће случајеве.²⁵ Као и свако људско дело и закон је несавршен, готово увек оптерећен нејасноћима и празнинама. Врло често он само поставља неодређена правила, која нису ништа друго него упућивање на судијско нахођење.²⁶ Закон је "... само апроксимација онога што у ствари постоји, али никада права слика реалности...".²⁷ Закони се цене као објективна факта, независна од њиховог доносиоца. Једном донети закон се одваја од личности доносиоца и живи властитим животом. У закону није важна, на чињеници заповедања заснована, воља законодавца, већ циљ коме заповедање тежи и пут којим оно хоће да оствари тај циљ.²⁸ Задатак тумачења је изналажење воље самог закона, а не презумпирани воље законодавца²⁹, проналажење објективног смисла који добија закон сам по себи у

²¹ Види И. Крбек, *op.cit.*, стр. 67.

²² Види Адам Лазаревић, Теорија тумачења закона и судска пракса, Архив за правне и друштвене науке XXVIII, бр. 4/1934, стр. 300.

²³ Види М. Туцаковић, *op.cit.*, стр. 547.

²⁴ Ђ. Тасић, *Интересна...*, стр. 369.

²⁵ Види Ђ. дел Векно, *op.cit.*, стр. 178. Види и Кошутећу аргументацију о неодрживости претераног наглашавања улоге закона а по основу, како предмета регулисања - сложених и врло динамичних друштвених односа, тако и начина регулисања - апстрактне правне регулативе у Б. Кошутећ, *op.cit.*, стр. 110.

²⁶ Види Драгољуб Аранђеловић, Engenweig-ова гледишта о тумачењу и попуњавању закона, Бранич, 1935, XXIII/1-12, стр. 3.

²⁷ Живан Спасојевић, О јуриспруденцији, Архив за правне и друштвене науке, јули 1912, стр. 407. У својој докторској дисертацији Живан Спасојевић је дошао до крајње тачке с којом се може доспети са социологизмом у праву - одбацивање појма закона као некорисног, јер закон је само небитан привремено оквир права. Оно што је битно јесте метод којим се долази до правила, а не логички појам у које право заодева законодавац, јер и законодавац, као и тумач и судија, долази до правила историјско-социолошким методом. Спасојевић ће касније ублажити овај свој радикалан став, инсистирајући на неопходности и еквивалентности нормативног и социолошког елемента у правном феномену. Види, Живан Спасојевић, *L' analogie...*, 1911, стр. 145-146.

²⁸ Види Харолд Ласки, Политичка граматика, Београд, 1934, књ.1, стр. 418-419.

²⁹ Види А. Лазаревић, *op.cit.*, стр. 300.

одређеном времену и простору. Закону се по овој, тзв. објективној теорији има дати онај смисао који захтева социјални интерес и правда у датом моменту. Ова теорија не искључује испитивање законодавчеве воље, али јој одриче карактер свеприсутности и свемогућности. Она указује на природну, логичку ограниченост субјективне теорије, будући да се врло често и не може наћи воља законодавца. Ауторитет законодавца треба разумети тако "... као да он увек разумно мисли и хоће да поступа најправичније, најпоштеније и најцелисходније".³⁰

Традиционална метода тумачења, која је усмерена на истраживање воље и намере законодавца, готово нераскидиво је повезана са принципом поделе власти. Строго раздвајање државне делатности на законодавство, управу и судство логична је последица победе буржоаских револуција у XIX веку. Апсолутизира се улога највиших, законодавних органа и њихова нормативна делатност. Демократски карактер власти се у систему поделе власти остварује кроз стварање унапред општих правних правила, од органа који најнепосредније изражавају вољу народа. Надмоћ закона и законодавне власти своди улогу тумача на просто оруђе за примену закона. У Француској је неко време након револуције постојала обавеза суда да се, у случају недоумица у погледу тумачења закона, обрати законодавној скупштини.³¹ Овај захтев за тумачењем прописа, против кога је у самом старту био један од главних редактора закона, Порталис, трајао је релативно кратко, јер се, стварајући збрку међу властима, показао као лоше решење.

Преокрет у методолошкој оријентацији тумачења права крајем XIX и почетком XX века није захтевао одрицање од начела поделе власти, као гаранције слободе појединаца, већ његово постављање на другачије теоријске основе. Оно се више не схвата као апсолутно, јер "... до краја изведено одводи немогућим консеквенцама".³² Ствара се ново теоријско објашњење принципа поделе власти, по коме се он не противи стваралачкој улози судије-тумача.³³ Основни аргумент у прилог тезе да је вредност принципа поделе власти само релативна је тај што

³⁰ Ђ. Тасић, *Методи...*, стр. 326.

³¹ Види Х. Перелман, *op. cit.*, стр. 132.

³² М. Туцаковић, *Проблем...*, стр. 28.

³³ Види нпр. François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1932, I, стр. 209. Henri de Page у својој другој књизи о тумачењу закона, *Dev l'interprétation des lois*, настоји да докаже да једно правилно схватање поделе власти не само што не спречава активну улогу судије, него је, напротив, нужно диктира.

би овај принцип могао важити апсолутно само под претпоставком да се друштво не мења и да је законодавац у стању да реши све проблеме на један рационалан начин.³⁴ Како је то несумњиво немогуће, то примењивач права добија деликатан задатак прилагођавања правила промененим друштвеним приликама. Законодавна власт задржава првенство утолико што је претпоставка судије да је његово тумачење сагласно вољи законодавца увек оборива - *iuris tantum*. Законодавац је може оборити било доношењем интерпретативног закона³⁵, било потпуно новим законодавством у тој области. Судија одлучује и у случају ћутања закона, али му се, установљењем обавезе образложења, и овде онемогућава да присваја законодавну власт.

Једна од најзначајнијих карактерних црта разликовања двеју методолошких оријентација тумачења чини положај судије и природа судског расуђивања. Традиционална, конструктивна метода тумачења повезује се са тзв. механичком јуриспруденцијом (*mechanical jurisprudence*)³⁶. Судија се третира као "... уста која изговарају речи закона"³⁷. Апсолутна послушност према закону своди судску активност на утврђивање воље законодавчеве искључиво логичком операцијом - силогизмом, у којој је пресуда закључак на основу ниже и више премисе (конкретног случаја и опште, законске норме).³⁸ Уколико силогистички закључак није могућ (нпр. у случају празнина када недостаје општа норма, односно виша премиса), законодавчева воља се конструише из општих принципа правног система. У сваком случају, судија је логички аутомат који помоћу дедукције и конструкције решава све односе у друштву. Као лични идеал судије истиче се "... безосећајно мртво биће строго ограђено и изолирано од стварног друштвеног живота".³⁹ Судска пресуда је акт механичке примене права, без икаквог стваралачког утицаја. *Ius dicere et non ius dare* - судија не ствара право већ га само примењује. Тако се, у ствари, судија заклања иза законодавчеве воље.⁴⁰

³⁴ Види Ж. Спасојевић, О јуриспруденцији, стр. 399.

³⁵ Види Ђорђе Тасић, О природи интерпретативних закона, Архив за правне и друштвене науке XIII, 5/1920, стр. 364.

³⁶ Види R. Pound, *Mechanical jurisprudence, Landmarks of Law*, N.York, 1960, стр. 101.

³⁷ Ch. Montesquieu, *De l' esprit des lois*, XI, стр. 6.

³⁸ О теорији силогизма види Julius Moór, *Das Logische im Recht*, *Revue internationale de la théorie du droit*, 1927/28, стр. 189-191. По њему је исправно оно схватање које у примени права види увек силогизам, али никада само силогизам.

³⁹ И. Крбек, *op. cit.*, стр. 67.

⁴⁰ Види Ђ. Тасић, *Методи...*, стр. 370.

Два су основна аргумента која се истичу против ауторитета судске одлуке. Први, теоријске природе, указује на опасност да се признавањем стваралачког дејства судској делатности, отвори простор за самовољу судије и његово стављање изнад законодавца. Практичан разлог против ауторитета судских одлука види се у опасности од шаблонског одлучивања и некритичког примања тумачења датих од стране виших судова.⁴¹

Крај XIX и почетак XX века доводи до еволуције у положају судије у односу на закон, са захтевом активне улоге судије. Судија и даље остаје везан за закон, али се природа те везаности мења. То "... није више послушност без размишљања".⁴² Стваралачка, креативна делатност се не може порицати ни при самом избору норме за конкретан случај, а камоли при њеној примени.⁴³ Закони су мање или више јасни и дају онима који их примењују мање или више широко овлашћење за тумачење. Постоји, при томе, обрнуто пропорционални однос између јасности и прецизности закона и овлашћења за тумачење.⁴⁴ Улогу ствараоца судији-тумачу посебно намеће обавеза суђења, "... јер ма какве биле привидне недовољности система, судија их мора одстранити, прецизирајући оно што је нејасно, решавајући антиномије, ублажавајући празнине".⁴⁵ Тек после судске одлуке, а захваљујући овлашћењу за тумачење, правни систем бива ослобођен антиномија и празнина. Тако се остварује стална дијалектика, непрекидан дијалог између судске и законодавне власти.⁴⁶ Судија поступа као пуномоћник законодавчев⁴⁷, чак као законодавац за појединачни случај.⁴⁸ У недостатку прецизног и јасног закона, он је министар правичности.⁴⁹

⁴¹ О овоме, као и о противаргументима види Ж. Спасојевић, *op. cit.*, стр. 395-396.

⁴² J. Guet, *op. cit.*, стр. 214.

⁴³ Оцена да ли конкретан случај обухвата чињенице описане у хипотези правне норме захтева креативност, јер се опис чињеница врши употребом неодређених појмова, чија се садржина утврђује у сваком конкретном случају. Види Б. Коштући, *op. cit.*, стр. 111.

⁴⁴ Види Х. Перелман, *op. cit.*, стр. 22, 23, 92.

⁴⁵ *Ibid.*, стр. 118.

⁴⁶ *Ibid.*, стр. 118, 153.

⁴⁷ Види М. Туцаковић, *Проблем...*, стр. 27.

⁴⁸ Види Ж. Спасојевић, *op. cit.*, стр. 407. О неваљидности аргумената који се уобичајено истичу против стваралачке улоге судије у случају попуњавања правних празнина - преношење законодавне функције на судију и неједнако схватање правичности од стране судије - види у М. Константиновић, *op. cit.*, стр. 573.

⁴⁹ Види F. Geny, *Méthode...*, II, стр.214-215. У ствари, када се законодавац позива на правичност судије као једини критеријум за одлуку, ту више и није реч о тумачењу, већ о ковању норме која није дата законом. Види Ђ. дел Векио, *op. cit.*, стр. 180.

У погледу природе судског расуђивања истиче се неприхватљивост његовог свођења на чисто логицирање, силогистичку операцију, из које је одстрањен сваки момент креативног одлучивања. Поред аналитичког расуђивања математичара, које иде увек од премисе ка нужним закључцима, судско расуђивање је и дијалектичко. Ово, уколико се правни систем схвати ка скуп "... образложења која, као у већању или дијалектичком расуђивању, оправдавају једну одлуку, улазећи у сми-сао мотива који су најјачи".⁵⁰ Судске одлуке се цене с обзиром на сврховитост првих институција. Тако се правно расуђивање показује као неразводно од свог друштвеног, политичког и идеолошког контекста. "Социолошка формација судије"⁵¹ постаје неопходна. Забрани-ти правнику интелектуално вежбање у способности супрапозитивној, било би тиранија, практично и људски немогуће.⁵² Ширина овлашћења за тумачење, односно простор слободног деловања судије се у правној теорији и пракси различито одређује.⁵³ У својој активности прилагођа-вања права потребама стварности и правичности, судији се обично дозвољава област спонтаног стварања, како *sekundum legem*, тако и *praeter legem*. Граница прилагођавања система новим облицима живота и људских односа, представља директно вређање закона који је судија позван да разуме – поступање *contra legem*.⁵⁴ Овакво поступање дозво-љава једино крајње екстремно схватање јуриспруденције Мањо (Magnaud), засновано на покрету слободног права.⁵⁵

⁵⁰ Х. Перелман, *op. cit.*, стр. 154.

⁵¹ Н. de Page, *op. cit.*, II, стр. 315.

⁵² Под правником не смемо подразумевати само тумача важећег права, већ и "... биће које, у интегралности своје свести и универзалности свог разума, може и треба да храни у себи тежње правне, које у својој идеалности иду преко, и покатакада против позитивних правних одредаба". Ђ. дел Векио, *op. cit.*, стр. 187.

"Судац или управник не треба само да има очи за сам законски текст, већ и срце за социјалне, економске итд. односе, као и душу и осећај за правду и правичност." Иво Крбек, *Дискрециона оцијена*, Загреб, 1973, стр. 9.

⁵³ Постоје схватања по којима опсег судске слободе зависи од карактера закона који се тумачи. Тако се за тзв. "мрске" законе, оне који повлаче границу између слободе појединаца и државних овлашћења, захтева строго, дословно тумачење, дакле, поступање у духу традиционалне методе. У осталим случајевима прихвата се становиште модерне, социолошке школе и дозвољава судији слобода да, с обзиром на сврховитост одређене правне установе, оправда једну одлуку супротну слову закона, али која одговара његовом духу. Види Х. Перелман, *op. cit.*, стр. 119, Д. Аранђеловић, *op. cit.*, стр. 2. Интересантан начин омеђавања простора слободне интервенције налазимо код Henri de Page-а. По њему је, наиме, домен реалне технике, по правилу, потпуно забрањен интервенцији судије и резервисан акцији законодавца, док је домен нормативних правила и правила формалне технике широко отворен слободној активности јуриспруденције. Види М. Туцаковић, Појам..., стр. 405.

⁵⁴ "У име правичности јуриспруденција попуњава законе, прилагођава их времену и исправља, прецизира, чини савршенијим. Њен циљ није да противуречи законодавцу, ни да онемогућује његово дело." Henri de Page, *A propos du gouvernement des juges*, Bruxelles-Paris, 1931, стр. 179. У свом приказу овог дела Божидар Марковић запажа да оно чини један "... напор да се појму правичности да значај правне "константе" ... кроз коју се током историје остварује извесна "влада судије". Архив за правне и друштвене науке, XXVII, 1-6/1933, стр. 344.

⁵⁵ Види М. Туцаковић, *Школе...*, стр. 551.

Пораст улоге судије и промена карактера његовог расуђивања довели су до тога да јуриспруденција добије јако на значају, како у теорији, тако и у пракси.⁵⁶ Једна од основних карактеристика социолошког позитивизма јесте да јуриспруденција постаје фетишом.⁵⁷ Међутим, она тиме не добија аутоматски карактер извора права. У том погледу се могу разликовати три групе схватања: она која признају стваралачки карактер судске пресуде, али јој одричу карактер секундарног, формалног извора права - француска научна школа, школа интересне јуриспруденције и покрет слободног права, она која признају судској пресуди карактер извора права - Келзен (Kelsen) и еголошка концепција Косиа (Cossio) и она по којима је судска пресуда једини акт стварања права - Франков (Frank) реализам и Конов (Cohn) егзистенцијализам.⁵⁸

Две опречне методолошке оријентације у тумачењу разликују се по свом приклањању одговарајућим правним вредностима. Класична метода тумачења, којој је циљ утврђивање воље законодавца (праве или презумпиране) има на својој страни правну сигурност, једнакост и једнообразност у примени правних норми. Строга привезаност за законски текст и одрицање слободе судији-тумачу гаранција су једнаког поступања у свим "истим" случајевима и одатле предвидљивости права и обавеза појединаца. Критичари овог схватања истичу да се ту заправо не ради ни о каквој гаранцији, већ о неиспуњеној жељи, јер чињенице показују да тумачење путем истраживања воље и намере законодавца не отклања арбитерност судије и не обезбеђује извесност и сигурност у правном саобраћају.⁵⁹

Еволуционистички карактер социолошко-интересне методе тумачења захтева прилагођавање права промењивим друштвеним односима. Неопходно је, због тога, оставити одређено поље слободе судији-тумачу и омогућити му да одлучује по правичности и целисходности, као и сам законодавац. Под правичним суђењем се подразумева прилагођавање правних правила особеним околностима сваког случаја и убла-

⁵⁶ По дел Векиу "... би законодавство без јуриспруденције било празно, као што би јуриспруденција без законодавства била слепа". Ђ. дел Векио, оп. цит, стр.182. "...Треба потражити јуриспруденцију а не закон ако се жели да сазна право", изричит је Henri de Page у A propos... , стр. 148.

⁵⁷ "Исто као што је школа егзегезе претеривала са значајем писаног закона, исто тако позитивисти су претеривали са значајем јуриспруденције." М. Туцаковић, Појам..., стр. 410.

⁵⁸ Види Б. Кошуткић, *op. cit.*, стр. 18-19.

⁵⁹ "Најбољи доказ за то је чињеница да су у истраживању воље законодавчеве врло угледни правници, у чије се способности и објективност не може сумњати, долазили до потпуно супротних резултата." М. Константиновић, *op. cit.*, стр. 572.

жавање ригорозности појединих законских одредби, чија би дословна примена често могла одвести неправди.⁶⁰ "Сврха права није само правна сигурност, ... није само правда, схваћена као једнак поступак у ситуацијама суштински сличним, већ је и правично деловање, пошто се правичност сада схвата као подударност са тежњама средине."⁶¹ Да би право остварило добро функционисање политичких и друштвених институција, неопходно је одлуку судије-тумача схватити као "... обликовање вредности којима је дато првенство међу онима које долазе у обзир (сигурност, регуларност и предвидљивост, правичност, заједничко добро и многе друге посебне вредности)".⁶²

Социолошкој методи се обично замера да, проширујући слободу судије, губи у сигурности.⁶³ Интересантна је, међутим, критика са гледишта развоја друштвених односа, на коме се у социолошкој школи посебно инсистира. Истиче се, наиме, да неизвесност у решавању спорова доводи не до развоја правних односа, већ, напротив, до њихове стагнације. Овим се даље доказује унутрашња противуречност еволуционистичке доктрине.⁶⁴

Недостаци које обе теорије тумачења показују у погледу заштићених вредности, упућују на опортуност њиховог комбиновања. То примењивачу права поставља деликатан задатак успостављања равнотеже између два противуречна захтева у правном поретку - правне сигурности и неопходне динамичности.⁶⁵ Указује се и на релативност разлике између ова два принципа. "У ствари, ... сигурност тражи прилагођавање, а у прилагођавању не може да се иде дотле да нестане сваког правила, и према томе, сигурности."⁶⁶ Тако се на крају разлика своди само на степен поштовања различитих вредности.

⁶⁰ Види А. Лазаревић, *op. cit.*, стр. 301.

⁶¹ Х. Перелман, *op. cit.*, стр. 120.

⁶² *Ibid.*, стр. 154.

⁶³ По Тасићу би валидност овог аргумента била потпуна само ако би у закону било све садржано. Међутим, како постоје празнине и неодређености, то овај аргумент губи много у свом значају. Види Ђ. Тасић, *Методи...*, стр. 328.

⁶⁴ Види М. Туцаковић, *Проблем...*, стр. 26-27.

⁶⁵ Види Б. Кошутић, *op. cit.*, стр. 111.

⁶⁶ Ђ. Тасић, *Методи...*, стр. 326.

Suzana Medar, LL.M
Teaching Assistant

THE TRADITIONAL AND CONTEMPORARY CONCEPTION OF THE INTERPRETATION OF LAW

- An overview of the two divergent methodological approaches -

Summary

There is a mutual impact and correlation between the theoretical conceptions related to the interpretation of law, including the understanding not only of the totality of the legal phenomenon but also of a series of partial problems in legal theory. This paper aims at presenting the two basic methodological approaches in the interpretation of law, and indicating how they are related to the corresponding conceptions in the sources of law, legal gaps, legislature, the principle of the separation of power, the nature of judicial activity and legal values.

Key words: *constructive method of interpretation, socially beneficial method of interpretation, formal sources of law, legal gaps, nature of judicial decision, principle of the separation of power, legal values*



Мр Видоје Спасић

**УПОТРЕБА ДИГИТАЛНИХ СЛИКА
У АМЕРИЧКОМ ПРАВУ**

UDK 347.77/.78:681.32(73)

Апстракт

Динамичан развој информационе технологије крајем 20-ог века извршио је снажан утицај на ауторскоправне односе. Тај утицај се нарочито одразио на сферу искоришћавања ауторских дела у телесној форми, а посебно на његов најзначајнији вид – умножавање. Све ово је неминовно имало после-

дице и на материју ограничавања ауторскоправних овлашћења.

У раду су обрађени најважнији аспекти употребе дигиталних слика (једне нове врсте форме ауторских дела – дигиталних дела) у америчком праву, са акцентом на могућности стварања и границе коришћења дигиталних слика.

Кључне речи: *ограничења права, дигитализација, дигитална слика, fair use (фер употреба).*

Мр Видоје Спасић¹

УПОТРЕБА ДИГИТАЛНИХ СЛИКА У АМЕРИЧКОМ ПРАВУ

1. Уводне напомене

Ствараоцима ауторских дела на основу закона припада субјективно ауторско право које се састоји из моралноправне (личноправне) и материјалноправне (имовинскоправне) компоненте, од којих свака садржи одређену групу овлашћења. Међутим, упркос чињеници да се ради о једном ексклузивном праву сви национални закони о ауторском праву, а такође и међународне конвенције садрже одређена ограничења субјективног ауторског права која се врше у јавном или приватном интересу. С обзиром на начин уређивања материје ограничења ауторских овлашћења данас у свету постоје два система: европски (континентални) систем и англосаксонски. У европском систему, који је знатно конкретнији и ригиднији, углавном се врши казуистичко набрајање појединих врста ограничења систематизованих у облику принудних лиценци и суспензија права.² С друге стране, англосаксонски систем, чији је најзначајнији представник САД, садржи један знатно флекси-

¹ Асистент на Правном факултету у Нишу.

² Код принудних лиценци ограничење ауторског права огледа се у могућности трећих лица да искоришћавају ауторско дело без сагласности носиоца права, али уз обавезно плаћање одговарајуће накнаде за то искоришћавање, док се код суспензије права ради о искоришћавању дела без сагласности и без плаћања накнаде. Међутим, треба истаћи да је у новије време све присутнија пракса увођења законске обавезе плаћања накнаде и код тзв. суспензије права, тако да класична суспензија права полако нестаје и прелази у принудну лиценцу.

билнији начин регулисања ограничења ауторских овлашћења конципиран у облику неколико начелних критеријума чијој анализи подлеже свако конкретно коришћење ауторског дела и на основу чијих резултата се закључује да ли се ради и ограничењу права или о недопуштеној употреби. У САД-у се најзначајнији систем ограничења ауторских овлашћења назива доктрином fair use (фер употреба) чији су конститутивни елементи: сврха употребе (purpose), природа коришћеног дела (nature), обим коришћења (amount) и тржишни учинак (effect).³ Један од значајнијих сегмената у контексту ограничења ауторских овлашћења у америчком праву представљају дигиталне слике.

2. Дигиталне слике и дигитална дела

Имајући у виду фантастичан развој дигиталних технологија крајем 20-ог века, који је имао изузетан утицај на ауторско право, Конференција о fair use⁴ и нови амерички Закон о ауторском праву дигиталног доба (Digital Millennium Copyright Act)⁵ знатан део пажње посветили су дигиталним творевинама. Једна од основних сврха директива које је утврдила Конференција била је давање упутстава за примену принципа фер употребе од стране образовних установа, наставника, ученика и студената који радије желе да под фер употребом дигитализује визуелне слике заштићене ауторским правом за некомерцијалне образовне сврхе него да траже сагласност од носилаца, односно власника ауторског права.

Ове директиве не укључују никакву привилеговану фер употребу у било ком контексту изван образовних и научних сврха употребе дигиталних слика. Дакле, оне не обухватају не-образовну или комерцијалну дигитализацију, као ни неограничену употребу, чак ни од стране непрофитабилних образовних институција. Такође, ове директиве нису донешене с намером да обухвате фер употребу дела заштићених аутор-

³ Детаљније о овој доктрини видети у раду истог аутора: Основи доктрине fair use о ограничавању имовинско-правних овлашћења аутора, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 40-41 2000/2001, стр. 215-234.

⁴ Завршна сесија КОНФУ-а одржана је маја 1998. године. Рад на конференцији трајао је више година а обухватао је дискусије свих релевантних субјеката око 21 различите теме. Са ауторскоправног аспекта најзначајније су биле дискусије око следећих тема: учење на дистанци, мултимедијске употребе, електронске резерве, употреба дела од стране видно или слушно оштећених лица, привремено копирање, употреба софтвера у библиотекама, чување ауторског материјала, архиве визуелних дела-слика, међубиблиотечка позајмица, "скидање" ("download-ing") материјала, умножавање за привату употребу и прелиставање.

⁵ Закон је донет 28.10.1998. године.

ским правом у осталим образовним контекстима, као што су: образовни мултимедијални пројекти, образовање са дистанце или електронске резерве, који су обухваћени другим принципима.

2.1. Појам дигиталне слике

Пред крај 20-ог века фотографска и електронска технологија су се изузетно развиле тако да је добијање висококвалитетних копија визуелних слика постало много лакше, јефтиније и доступније. Међутим, ова чињеница никоме не даје аутоматски овлашћење да се овакве слике могу слободно умножавати и поново користити без сагласности носиоца права. Треба истаћи да су нејасноће око питања јасних својинских права код визуелних слика резултат постојања многобројних начина за добијање слика и вишеструких извора који се могу довести у везу са сваком појединачном сликом. Одређивање свих носилаца права захтева разумевање извора слике, приказаног садржаја и начина стварања слике, и то како у случају стварања оригиналних визуелних слика, тако и њихових копија.

Визуелне слике могу бити оригинална дела или копије оригиналних дела. Такође, у неким случајевима оригинална дела могу сјединити копије других дела. Тако, нпр. дигитални облик уметничке слике је можда био скениран са слајда копираног из објављене књиге у којој је била штампана копија уметничког дела. Ова копија је можда начињена са колор транспарента фотографисаног директно са оригиналне слике. Из овако конструисаног хипотетичког примера који може бити сасвим реалан, оправдано се може поставити питање носилаца својинских права сваког од учесника у наведеном ланцу.

С обзиром на начин свог настанка, дигитална слика може бити оригинална визуелна слика, копија оригинала, објављена копија или копија објављене копије. Оригинална визуелна слика је уметничко дело или оригинално ауторско дело (или фрагмент дела), фиксирано у дигиталној или аналогној форми и приказано у визуелном медију. Примери за овакве слике укључују графичка, скулптурна и архитектонска дела као и исечак из покретних слика или других аудиовизуелних дела. Умножени примерак је копија оригиналне визуелне слике у дигиталној или аналогној форми. Најчешћи облици умножавања су фотографије,

укључујући штампане 35 мм слајдове и колор транспаренте. О оригиналној визуелној слици приказаној на умноженом примерку често се говори као о основном делу (*underlying work*).

Дигиталне слике могу бити копије било оригиналних визуелних слика или других копија. Издата копија представља копију оригиналне визуелне слике која се појављује у делу дистрибуираном путем копија и доступном јавности путем продаје или пак изнајмљивања или давања на послугу. Пример за то може бити пано у изложбеном каталогу који копира уметничко дело и дигиталну слику која се појављује на CD-ROM-у или on-line. Исто тако, копија објављене копије је још једна копија оригиналне визуелне слике (нпр. 35 мм слајд који представља копију слике узете из неке књиге).

Права поводом слика у сваком од наведених случајева из низа могу имати различити носиоци права. При том, право на коришћење слика ће се мењати не само у односу на идентитет носиоца права, већ зависно и од других фактора, као што су нпр. услови из завештања или лиценци.

Директиве се примењују на стварање дигиталних слика и њихову употребу у образовне сврхе у образовним институцијама. При том, образовне институције се дефинишу као непрофитабилне организације чија је примарна улога подржавање непрофитабилних истраживачких наставних и школских активности наставника, ученика и студената. Образовне сврхе се дефинишу као некомерцијална настава или настава базирана на наставним плановима које наставници реализују у непрофитабилним образовним институцијама, а истраживачке школске активности као планирана некомерцијална проучавања или истраживања усмерена ка давању доприноса знању и некомерцијалној презентацији резултата истраживања на конференцијама, симпозијумима или семинарима.

Директиве обухватају: (1) претече колекција аналогних слика и (2) новодобијене аналогне визуелне слике. Али, с друге стране, оне се не примењују на слике добијене у дигиталној форми, на слике из јавног домена, нити на дела за чију је употребу уживалац добио релевантна права. Уз то, треба истаћи, да само законским путем добијене аналогне слике заштићене ауторским правом, укључујући оригиналне визуелне слике, копије, објављене копије и копије објављених копија могу бити дигитализоване, сходно овим директивама.

Дигитална слика је визуелно дело које се чува у бинарном коду (биту и бајту). Примери дигиталних слика, између осталог, укључују битом уцртане слике (кодиране као серија битова и бајтова од којих сваки за себе представља посебну слику или део слике) и векторску графику (кодирану као једначина и/или алгоритми који представљају праве и криве).

2.1.1. Колекција аналогних слика

Ова колекција представља скуп аналогних визуелних слика систематски сакупљених од стране образовне институције у образовне сврхе у облику слајдова, фотографија или других актуелних визуелних медија. Претеча колекције аналогних слика је колекција која је постојала до 31.12.1996. године. Новодобијена аналогна визуелна слика је слика придодата институцијској колекцији после наведеног датума.

2.1.2. Визуелни on-line каталог

Визуелни on-line каталог представља базу података која се састоји од малих слика из институцијске законски добијене колекције слика, праћена одговарајућим дескриптивним текстом, који, нпр. обухвата порекло и податке о правима или извору слике. Кратка слика (a thumbnail image) се користи у визуелном on-line каталогу или видео приказу прегледа слика (image broesing display) да би се омогућила идентификација снимака у образовној институцијској колекцији слика. Она је мале сразмере, значајно или типично мале резолуције, дигитална копија без икакве истински комерцијалне вредности и значаја за умножавање.

3. Дигитализација слика и њихова употреба од стране образовних институција

У складу са директивама, образовне институције представљају субјекте овлашћене за дигитализацију слика и њихову употребу. Што се тиче дигитализације, она се може вршити кроз два основна облика: (1) у виду дигитализације новодобијених аналогних визуелних слика и (2) путем дигитализације претече колекција аналогних слика.

Образовна институција може да дигитализује нове, законским путем добијене аналогне визуелне слике да би подржала њихове образовне употребе, уколико овакве слике у употребној дигиталној форми није лако купити или за њих добити дозволу по приступачној цени. У супротном, ове слике се не би могле дигитализовати за институцијску колекцију слика без сагласности власника.

Образовна институција може, такође, стварати тзв. мале сличице (а thumbnail image) законски добијених слика, које ће уврстити у визуелни каталог за сопствену употребу. Овакве умањене слике могу се комбиновати са кратким текстом у визуелном каталогу, који је сређен по одређеним областима, односно критеријумима.

У складу са временским ограничењима предвиђеним у овим директивама, образовна институција може да прикаже и обезбеди приступ дигитализованим сликама, и то путем своје сопствене сигурносне мреже. Образовна институција има обавезу да приликом приказивања дигиталних слика, на својим мрежама, примењује методе технолошке контроле да би се заштитила ауторска права власника, као и да учини све да уживаоце дигиталних слика упозна са овим правима. Такође, образовна установа мора поштовати правило да се дигиталне слике са њене сигурносне електронске мреже не смеју "скидати", копирати, задржавати, штампати, дистрибуирати, модификовати или употребити на било који други начин, осим допуштеног.

Образовна институција може на својој сигурносној електронској мрежи приказивати визуелни on-line каталог састављен од кратких сличица насталих поступком дигитализације са могућношћу приступа таквом каталогу, од стране наставника, ученика и студената који су чланови те институције.

Осим наведеног, образовна институција може на својој сигурносној мрежи да приказује наставничке компилације за потребе наставе, консултација и сл., уколико постоје технолошка ограничења (као што је PIN или лозинка) која омогућавају приступ само ученицима који су легално уписани на курс или разред. При том, овакво приказивање је временски лимитирано само на текући семестар или полугодиште у коме се држи настава.

4. Коришћење слика изван институцијске сигурносне мреже

Електронски приступ дигитализованим сликама, укључујући кратке слике и институцијски визуелни on-line каталог, као и њихово приказивање или дистрибуција изван институцијске сигурносне мреже, у принципу, нису дозвољени, чак ни у образовне сврхе. Међутим, ипак је дозвољен приступ, приказивање и дистрибуција оних делова визуелног on-line каталога, који не садрже слике дигитализоване по овим директивама, као што су слике и текстови из јавног домена.

5. Ограничења у употреби слика

Постоје две врсте ограничења у употреби дигиталних слика: временско и персонално ограничење.

5.1. Временско ограничење

Образовна институција може да користи и задржи у колекцијама новодобијене аналогне визуелне слике, све док њихово задржавање и коришћење испуњава одређене услове. Сlike дигитализоване из познатих извора, које у употребној дигиталној форми није лако купити или за њих добити лиценцу за употребу по приступачној цени, могу се користити за једно академско полугође (семестар) и могу се задржати у дигиталној форми у току тражења и добијања сагласности. При том, сагласност је потребна за оне употребе које превазилазе иницијалну употребу. У случају да се сагласност не добије, свака употреба која излази из оквира дозвољене употребе предвиђене овим директивама, постаје предмет анализе четири фактора доктрине fair use.

5.2. Персонална ограничења

Осим временског, постоје ограничења у погледу субјеката овлашћених на употребу дигиталних слика. Овакве слике могу користити наставници, ученици и студенти.

Наставник може да приказује дигиталне слике у образовне сврхе, дакле, у настави, укључујући држање курсева "лицем у лице" ("face to face") као и за истраживачке научне активности у непрофитној образовној институцији.

Наставници, као и ученици и студенти, могу да користе односно приказују дигиталне слике на предавањима и презентацијама, као и на некомерцијалним семинарима, на симпозијумима, конференцијама и слично у циљу професионалног усавршавања.

Директиве не "покривају" умножавање и издавање слика у публикацијама, укључујући научне публикације у штампаној или дигиталној форми, за које се, у принципу, тражи сагласност. У сваком случају, пре издавања било које слике у складу са fair use доктрином, чак и у научне и критичке сврхе, требало би такву употребу подвргнути анализи fair use фактора.

Студенти, такође, спадају у категорију повлашћених субјеката, који могу користити дигиталне слике. У том смислу, они могу да користе такве слике у испуњавању задатака академског курса, као што су семинарски радови, дипломски радови, тезе и сл. Они могу јавно да приказују своја академска дела у која су инкорпорисане дигиталне слике, на курсевима на којима су уписани, као и у току уобичајених критика у непрофитним образовним установама. Студенти могу задржати своје академско дело у свом личном портфељу за каснију употребу, за постдипломске студије или за употребу на послу - у служби.

Све друге употребе од стране студената нису обухваћене овим директивама и предмет су анализе фактора доктрине fair use.

Осим наведеног, наставници, ученици и студенти могу да дигитализују законски добијене слике за тзв. спонтану употребу. Ради се о ситуацијама када су подстицај о употреби дела и њеној реализацији и тренутак њене ефективне употребе тако близу да би било нелогично и нерационално очекивати благовремени одговор на захтев за добијање сагласности за такву употребу. Међутим, треба истаћи да овакве слике намењене за спонтану употребу не постају аутоматски део институцијске колекције слика. За сваку нову употребу оваквих дигитализованих слика или за њихово придодавање институцијској колекцији слика, мора се тражити сагласност.

Важно је истаћи да приликом дигитализовања слика заштићених ауторским правом, у складу са директивама, образовна институција је дужна да, паралелно са тим, спроводи редовни поступак тражења сагласности за задржавање и коришћење слика. У случају да је носилац ауторског права непознат, образовна институција је дужна да спроведе разумну истрагу, односно покуша да ступи у контакт са носиоцем права и о предузетим радњама води евиденцију.

5.3. Разумна истрага

Образовна институција која спроводи разумну истрагу ради утврђивања права на дигитализацију и коришћење дигиталне слике, укључује предузимање следећих мера:

- (1) контролисање сваке информације унутар система управљања образовном институцијом, укључујући каталоге слајдова и бележака, у погледу извора слике;
- (2) захтевање одговарајуће способности наставног особља и библиотека, укључујући администраторе колекција визуелних извора, за сваку информацију у погледу извора слике;
- (3) консултовање стандардних приручних публикација и база података за информације о извору слике;
- (4) узимање у обзир права организација за умножавање и/или значајних професионалних асоцијација, које представљају ствараоце слика у одговарајућем медију.

Да би овлашћени субјекти могли да користе погодности у погледу дигиталних слика наведених у овим директивама, дужни су да назначе тачан извор слике и прикажу све податке о ауторском праву са свим информацијама везаним за власништво над тим правом и другим релевантним питањима.⁶ Наставници, ученици и студенти треба да задрже све напомене о ауторском праву или о другим својинским правима постављене од стране власника ауторског права или архиве слика или колекције дигиталних слика, осим уколико им није познато да је дело пало у јавни домен или да је дошло до промене власништва ауторског права. У случају да се означавање извора информација о власништву

⁶ Означавање извора значи адекватно идентификовање извора дела давањем пуног библиографског описа, ако се ради о штампаном делу, или навођење електронске - Internet адресе, уколико дело потиче са мреже.

ауторског права не може приказати на платну, односно слајду истовремено са сликом (нпр. у поступку испитивања), треба све учинити да се та информација прикаже чим то буде било могуће.

Приликом дигитализације и употребе одређених слика у форми објављене компилације (укључујући књиге-учбенике, сетове слајдова, колекције дигиталних слика или појединих оквира (фрејмова) из покретних слика или других аудиовизуелних дела), уживаоци таквих творевина (било појединци или институције), треба да имају у виду чињеницу да фер употреба (fair use) ограничава број и садржајност слика које се могу користити из истог извора. Пошто је један од значајнијих елемената доктрине fair use ефекат употребе дела заштићених ауторским правом на тржиште, што је већи број и значај дигитализованих слика узетих из истог извора утолико је и већи ризик да њихова употреба можда неће бити фер.

6. Неке напомене у вези са коришћењем дигиталних слика

Упркос чињеници да употреба читавог ауторског дела, у начелу, није дозвољена по основу фер употребе, углавном је могуће користити целе слике из разлога да би се сачувао интегритет оригиналне визуелне слике. Наравно, све то уз поштовање ограничења употребе установљених овим директивама. Међутим, у сврхе електронског приказивања могу се, ипак, користити делови слике да би се истакли неки детаљи дела употребљеног у образовне сврхе, све дотле док се цела слика приказује или доводи у везу са њеним делом.

Да би се сачувао интегритет дела заштићених ауторским правом, овлашћеним уживаоцима се саветује да са нарочитом пажњом врше било какве измене на делу, које се под фер употребом користи у образовне сврхе попут критика, коментара, предавања, научних дела и истраживања. Такође, наставници, ученици и студенти треба да обрате посебну пажњу на природу сваке измене коју врше над оригиналном визуелном сликом приликом стварања сопствене визуелне слике.

Осим наведеног, уживаоци дела морају бити опрезни приликом коришћења слика "скинутих" са других извора, какав је нпр. Internet. Овакве дигиталне технике могу да садрже комбинацију дела заштићених

ауторским правом и дела из јавног домена. Исто тако, постоје и различите могућности злоупотребе на Internetu, а једна од значајнијих је да извесна дела заштићена ауторским правом могу бити стављена на мрежу без одобрења власника ауторског права.

6.1. Прелазни период за претече колекција аналогних слика

Претече колекција визуелних слика, по правилу, се састоје од десетина хиљада слика које су добијене из широког спектра извора у дужем временском периоду. Уз то, многим претечама колекција недостају објективне информације о старијим сликама, а стандарди за приступ се још увек развијају. Проблем, такође, представља недостатак расположивих информација о одређеним сликама. Многе слике могу имати неколико слојева носилаца права. Тако, нпр. права над оригиналним визуелним сликама су одвојена од права над копијама тих слика и могу их имати различити носиоци права.

Уколико се претече колекција визуелних слика могу дигитализовати униформно и систематски, могу се стећи значајне образовне погодности. Дигитализација ће омогућити примену нове технологије коришћењем обиља потребних слика. Такође, носиоци права и образовне институције морају да воде рачуна о околности да постоји могућност да су одређене слике у неким колекцијама можда добијене без сагласности носиоца права или да евентуално чине предмет ограничене употребе. У свим таквим случајевима постоји реална могућност да се појаве носиоци права са својим захтевима, јер је дигитализација имала утицаја на њихова права и интересе.

6.2. Остале напомене везане за дигитализацију

Образовне институције могу да дигитализују слике из претеча колекција аналогних слика у току разумног и прихватљивог прелазног периода од седам година. Овлашћени уживаоци могу да почну са коришћењем тих дигитализованих слика у току прелазног периода, како би обезбедили њихово коришћење у образовне сврхе у складу са овим директивама. Такође, у току прелазног периода институције треба да спроведу прелазни поступак за добијање сагласности за диги-

тализовање, задржавање и поново коришћење дигитализованих слика. Треба истаћи, да се дигитализација из претеча колекција аналогних слика ограничава на делове из истих извора као што су компилације или покретне слике. Међутим, уколико образовна институција није у стању да идентификује потребне информације за тражење одговарајуће сагласности током прелазног периода, континуирано задржавање и коришћење излази из оквира ових директива и, разуме се, постаје предмет анализе четири фактора доктрине fair use. Слично претходном, дигитализација и коришћење ових колекција по истеку прелазног периода, такође излази из оквира ових директива и постаје предмет анализе fair use фактора.

7. Закључна анализа

Директиве представљају консензус правно заинтересованих субјеката⁷ о условима под којима би фер употребу требало, начелно, примењивати. При том, употребе које излазе из оквира ових директива могу бити фер или нефер. Ипак, у сваком случају, употреба дела која излази из оквира ових директива, у принципу, повећава ризик да до фер употребе уопште и не дође.

Већ је истакнуто да се ограничења и услови предвиђени директивама не примењују на дела из јавног домена, на дела којима је истекао законски рок заштите, нити на дела за чију употребу су појединац или установа добили сагласност. Такође, споразуми о давању сагласности могу да утичу на употребе одређених дела и уживаоци би требало да "консултују" одговарајуће законске одредбе. Ове директиве не "покривају" не-образовну или комерцијалну дигитализацију, као ни неограничену употребу, чак ни од стране непрофитабилних образовних институција.

Предложене директиве за фер употребу дигиталних слика, углавном су од стране професионалаца за визуелне слике сматране сувише рестриктивним и у суштини нефункционалним. Главни разлог за оваква становишта везан је за фотографске копије ("копирне фотографије"). Директиве одобравају дигитализацију "законски добијених слајдова". Прављење фотографске копије је поступак прављења слајдова са слика из књига, излож-

⁷ Заседању КОНФУ-а присуствовали су представници око 60-ак различитих интересних група, комерцијалних, јавних и образовних.

бених каталога, часописа и сл.⁸ Употреба фотографских копија настала је из неколико разлога. Иако се слајдови могу купити на тржишту, њихов квалитет се може битно разликовати, а њихова селекција је базирана на захтевима тржишта. И док, теоријски сваком лицу може затребати нпр. слајд Мона Лизе, за неким другим слајдовима потребу може исказати само неколицина људи на свету. Једноставно, број слајдова који се може купити представља само мали проценат уметничких дела и дела архитектуре у свету. Стицање знања из ове дисциплине захтева употребу мноштва слика. Процењује се да за један семестар курса из Историје уметности, може да се употреби око 2000 слајдова. На установи просечне величине професори ће годишње користити 40.000 слајдова. Други разлог због чега се наводе куратори/библиотекари да користе фотографске копије је новац. Уопштено, јефтиније је направити слајд код куће него га купити од продавца. Трећи разлог је време. Могуће је направити слајд код куће за мање од 24 часа, а наручивање од продавца трајаће најмање неколико недеља.

Чини се да постојећи закон не покрива на адекватан начин питања везана за материјал који би се могао стручно означити као "визуелне уметности". Оно што важи за материјал базиран на тексту, једноставно не важи за слику, скулптуру или неке друге уметничке медије. Ако погледамо, нпр. процес регистрације ауторског дела, он захтева да се приложи два примерка новоствореног дела. Постоје и изузеци, јер ако уметник направи уникатну слику, скулптуру или неко друго слично дело, очигледно је да га не може приложити. Стога је неки облик умножавања нужан и мора бити прихватљив. Тако, овде од самог почетка немамо посла са самим делом, односно оригиналним примерком већ са његовим сурогатом. Постоје и друга отворена питања. Аутор, нпр. пише једну књигу неколико година, док визуелни уметник за тај период направи на десетине дела. Регистравање свих ових дела постаје компликован процес. Упркос чињеници да су дела заштићена од самог свог настанка, дело мора да буде регистровано, како би могло да буде заштићено од нарушавања ауторског права.

Након доношења Закона о ауторском праву од 1976. године, заинтересованост за нове технологије, у првом реду фотокопирање, одједном је дала ново светло пракси прављења копирних фотографија. Национална Комисија за нове технолошке употребе дела заштићених ауторским

⁸ Оваква пракса постоји на Хопкинс универзитету од 40-их година 20-ог века.

правом – КОНТУ формулисала је директиве о фотокопирању за потребе међубиблиотечког позајмљивања, а "Ad hoc" Комитет за ревизију Закона о ауторском праву, израдио је споразум о директивама за копирање за потребе наставе у непрофитабилним образовним институцијама. Тако су куратори слајдова и библиотекари "открили" да се директиве намењене фотокопирању текстуалних материјала сматрају применљивим на њихове колекције визуелних извора.

Директиве КОНТУ-а, као и оне које се односе на рад у учионици, тумачиле су фактор фер употребе "обим и садржина" у виду процената, а фактор "сврха и карактер употребе" у виду инсистирања на спонтаности. "Ефекат по тржиште" замишљен је да значи да се након прве употребе мора тражити сагласност носиоца права. Следе примери ситуација са којима се куратори слајдова/библиотекари свакодневно суочавају. Професор држи курс који је примарно базиран на радовима једног уметника. Само се неколико слајдова тог уметника могу купити и постоји само пар издатих књига које документују његов рад. Уколико би се ограничио број слика које користи из тих књига како би се повиновао "фактору процента", то ће спречити професора да адекватно води курс. Заправо, и није неуобичајено да једна публикација буде једини расположиви извор потребних слика.

Такође, постоје и случајеви вишеструке употребе када професор мора да покаже слајд више пута у току предавања, када је слајд оштећен, када је двојици професора потребан исти слајд у исто време и сл.

Спонтаност ствара проблем имајући у виду време потребно за припремање на стотина слајдова потребних за држање курса. Илузорно је и штетно бацање слајдова на крају семестра. Слајдови нису, уистину, замена за купљени производ. При том, слике се користе независно, без икакве директне везе са извором из ког су узете. И овде се може поставити питање: "зашто не тражити сагласност за континуирану употребу?" Док механизми за заштиту ауторског права постоје за употребу путем медија дела у облику прозе или музике, таква могућност не постоји за слике из области лепе уметности. Када се ради о сликама, могу се вршити вишеструка умножавања, а права се "кумулирају" са сваким новим умножавањем. Узмимо, нпр. случај недавно преминулог уметника чије се уметничко дело налази у страном музеју уметности, чији је фотограф направио слајд који ће неки аутор користити у својој публикацији, а неко трећи је користећи копирну фотографију направио

нови слајд из те публикације, који ће један професор користити на предавањима курса из историје уметности. Поставља се питање од кога све треба тражити сагласност за употребу.⁹

Поред проблема спонтаности и тражења сагласности, може се поставити и питање какав ефекат копирна фотографија има по тржиште. Као што смо рекли, само један мали проценат слајдова који су потребни за наставу се може купити. Издавачи би требало да схвате да је књига из које се праве слајдови продати примерак. Када професори траже слајдове, колеге им често препоручују књиге у којима би се те слике могле пронаћи, што доводи до већег броја продатих примерака. Поставља се питање, шта ако се слика може купити, али је слабог квалитета, да ли уживалац мора да је купи када може да направи много бољу слику путем копирне фотографије. Исто тако, слајдови које продавци продају доступни су само у сетовима. Да ли је оправдано очекивати од уживаоца да купује читав сет када му је потребан само један слајд.

Курсеви из области уметности, у суштини се ослањају на умножене примерке или сурогате оригиналних уметничких дела, а не на сама дела, а та чињеница у огромној мери компликује питање фер употребе. Такође, неко може и да постави питање да ли фотографско умножавање уметничког дела у јавном домену може бити предмет заштите ауторским правом.

Поставља се питање шта се дешава ако уметник ангажује фотографа да направи слајдове његовог уметничког дела у циљу регистровања ауторског права, а фотограф задржи права на фотографије и тражи њихово регистровање за заштиту сопственог ауторског права. Може ли се ауторско право дати двома особама за два различита захтева базирана на истом регистрованом материјалу? Сасвим је сигурно да је за професионалне сврхе визуелних извора најбољи онај слајд који најпрецизније презентује уметничко дело а не најкреативнија фотографска интерпретација тог дела.

Закључак је да уметност и историја уметности једноставно не би могли да се изучавају без велике колекције слајдова. Али, док се питање

⁹ Пре неколико година за пројекат једног професора са John Hopkins Универзитета, о Едуарду Манеу, захтевао је употребу око триста илустрација. Да би се обезбедила права за умножавање свих илустрација било је потребно преко две године. Том брзином, чак и ако додајемо само 600 нових слајдова годишње, просечном куратору слајдова/библиотекару ће требати 40 година за тражење одобрења за само једногодишње набавке.

легалности у аналогном свету слајдова направљених од копијних фотографија не реши, не може се почети са решавањем питања дигитализације ових слајдова под окриљем фер употребе.

Примарна сврха законодавства из ауторског права је заштита и унапређивање интелектуалног стваралаштва за опште добро. И као што је Кенетх Кревс рекао "доктрина фер употребе настала је из признања да јавности треба дозволити ограничену употребу материјала заштићеног ауторским правом на друштвено прихватљив начин", без сагласности носилаца ауторских права.¹⁰ И даље, да је "фер употреба суштински регулисана запажањем да образовање заслужује повлашћен третман и не би га требало прекомерно кочити".¹¹ Искуство показује да се будућност историје уметности одређује на основу будућих тржишта издавачких предузећа.

Предложене директиве КОНФУ-а за фер употребу дигиталних слика више служе заштити будућих тржишта трговинских предузећа, него што користе образовним институцијама којима су намењене. Дакле, поставља се питање да ли треба да будемо парализовани ћорсокакком над проблемом копијне фотографије. Реалан одговор је не. Визуелна привлачност коју пружа Web распрострањен по читавом свету, ствара савршену ситуацију наставницима за експериментисање из области лепих уметности. Једноставно не може се чекати док правне одлуке не сустигну технологију. Негде између неискоришћавања могућности из страха од правног гоњења и одбацивања свих мера опреза за дистрибуцију материјала заштићеног ауторским правом свим клијентима Interneta лежи прихватљиво средње решење. Чини се корисним да све корисничке групе развију своје сопствене сетове директива или принципа за дигиталне слике, користећи нацрт КОНФУ-а, као узор, прилагођавајући га својим потребама. Основна идеја је да се поштују права власника ауторског права, али подједнако третирају и права уживалаца ауторских дела. Треба довести у равнотежу куповину слика и споразуме о давању сагласности за употребу копијних фотографија тамо где слике нису доступне на други начин.

¹⁰ Crews K. D.: Copyright, Fair Use, and the Challenge for Universities: Promoting the Progress of Higher Education, Chicago Press, 1993, стр. 22-23.

¹¹ Op. cit., стр. 23.

На крају, у склопу принципа Националне хуманистичке алијансе треба споменути Ashcroftov¹² предлог, који нуди начин за довођење у равнотежу права власника интелектуалне својине са правима уживалаца. Он појашњава обим одговорности који библиотеке и остале непрофитабилне институције имају за поступке својих претплатника. Предлог обезбеђује брзо реаговање на нарушавање ауторског права у циљу смањења пиратства и употребу дигиталне технологије у образовању, научном истраживању и библиотечким архивама, укључујући осавремењивање доктрине фер употребе за електронске медије, као и стандард за одговорност која се базира на индивидуалном поступку, а не на ограничавање употребе нове технологије.

¹² Предлог сачињен 1997. године од америчког сенатора John-a Ashcroft-a.

Vidoje Spasić, LLM
Teaching Assistant

THE USE OF DIGITAL IMAGES IN THE USA LAW

Summary

In this paper the author analyses the most important aspects of using digital images, with special reference to their legal regulation in American legislature pertaining to their creation and limitations in their use.

A digital image is a new form of copyrighted works. As photographic and digital technology has advanced, the making of high-quality reproductions of visual images has become easier, cheaper, and more widely accessible, yet performed without permission. Clearing permission requires identifying the holder of the applicable rights.

The Conference on the fair use of copyrighted works established new guidelines for the fair use of digital images, as the guidelines were drafted with input from the copyright owner and user communities. The purpose of the guidelines is to clarify the application of the fair use doctrine in the area of the digital images, including their use for educational and non-commercial purposes.

Key words: *limitation of rights, digit-alization, digital image, fair use.*

Мр Небојша Ранђеловић

**ПРИСТУПАЊЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ ТРОЈНОМ
ПАКТУ**

- Политичка заблуда или историјска

нужност -

UDK 949.71+323(497.1)

Апстракт

Потписивање тројног пакта од стране владе Краљевине Југославије, што због дугогодишњег бремена идеолошких осуда овог акта, што због недовољне расветљености свих чинилаца који су утицали на такав развој догађаја, представљало је, може се рећи, историјску дилему, а често и забрањену зону за објективна истраживања и закључивања. Кроз излагање историјских околности које су утицале на овакав развој догађаја, понашања државног врха Краљевине Југославије, дилема челних људи државе и њихових нужних

или жељених опредељења, овај чланак треба да укаже на неопходност сагледавања свих чинилаца који су условили овакав чин краљевске владе. Излагање садржине овог акта и пропратних аката краљевске владе и влада сила Осовине и њихове правне природе, треба да укаже на чињеницу да поступци југословенског државног врха нису били поступци неодговорних људи, већ изнуђени потези, са ондашњег становишта, можда једино могући, и могло би се рећи, не тако штетни по интересе Краљевине Југославије.

Кључне речи: *Пакт, Цветковић, Цинцар-Марковић, кнез Павле, Хитлер, Черчил, неутралност, Немачка, Италија, Британија.*

*Мр Небојша Ранђеловић*¹

ПРИСТУПАЊЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ ТРОЈНОМ ПАКТУ

- Политичка заблуда или историјска нужност -

Пристапање Краљевине Југославије Тројном пакту, од дана потписивања 25. марта 1941. године, па све до данашњих дана, својим контроверзама, изазивало је историјске, политичке и расправе сваке друге врсте. Званичан став о овом питању у време трајања социјалистичке Југославије, и са политичког и са идеолошког, па и са научног становишта, казивао је да је поступак државног врха Краљевине Југославије био непатриотски, издајнички, штетан и погубан и по државу и по народ. Овакво гледиште поклапало се и са ставовима сила победница и са једне и са друге стране настајуће "гвоздене завесе", а стиче се устисак, уз уважавање опречних мишљења, да је доминантно и данас. Но, тежња за утврђивањем потпуне историјске истине указује да је било који историјски догађај немогуће посматрати само са једне стране и да је црно-бела слика догађаја најчешће искривљена и нетачна. Такав приступ упућује на заборављене писце, недовољно анализирани извори, одбачена мемоарска казивања, а све заједно на потребу посматрања ових догађаја у новом светлу.

Без претензија да се утврђују нове историјске истине, или одбацују старе, ово казивање требало би да представља сажетак историјских и политичких околности у којима је дошло до приступања Југославије Тројном пакту, његове садржине и правне природе, и прилог решавању дилеме да ли је овај акт био историјска нужност, или политичка заблуда.

¹ Асистент на Правном факултету у Нишу.

И спољашњи и унутрашњи чиниоци који су утицали на развој догађаја у Краљевини Југославији и око ње, казивали су да свако решење, сваки политички потез и избор било ког правца вођења државе, значи опасност и корак у неизвесност. Европа овог времена налазила се на коленима пред моћном осовином Рим-Берлин-Токио. Трећи Рајх је, уз мале изузетке, био господар већег дела европског копна. Неутралне државе, а било их је јако мало, или нису улазиле у тренутне стратешке аспирације Берлина (нпр. Шведска), или су њихови режими гајили извесну наклоност према силама осовине (нпр. Шпанија), или је силама осовине било у интересу да их оставе на миру (нпр. Швајцарска). Остале државе биле су окупирани, имале су марионетске режиме, или једноставно нису постојале. Силној Француској, пораженој и пониженој, северни део био је под немачком окупацијом, док је колаборационистички режим у Вишију покушавао да одржи нешто од самосталности и контроле над колонијалним поседима. На другој страни, Совјетски Савез је још увек стајао ван ратних збивања са уговором о ненападању чије је поштовање очекивао од вођа Трећег Рајха. Једино је британско краљевство још увек одолевало налетима осовине, уз велике жртве и са неизвесним изгледима за успех.

Окружење Краљевине Југославије било је такво, да је сваки гест противљења вољи настајућег новог поретка у Европи могао са собом да повуче непријатељства, која би се окончала ратом. Италија, једна од чланица Осовине, имала је нескривене територијалне претензије према Југославији, које је јавно испољавала од доласка Мусолинија на власт. Ове тежње су се уклапале у неиспуњена очекивања Италије, која је из Првог светског рата изашла као једна од сила победница. Уклапале су се и у настојање Италије да оствари хегемонију над Јадраном и јужним Балканом, што је уз кампању у Африци требало да представља италијански део колача у новом светском поретку. Режији Мађарске и Румуније отворено су исказивали наклоност ка фашистичкој опцији. Мађарска је уз то имала и територијалне претензије према Југославији и претензије сваке друге врсте, узроковане поразом Мађара у претходном рату и државним понижењима која су пратила тај пораз. Усташка емиграција, остварујући свој програм рушења Краљевине Југославије, налазила је гостопримство у Мађарској, које је ишло до отвореног толерисања постојања усташких војних логора и центара за обуку на њеној територији. Бугарска је такође гајила наду да ће територијалне губитке узроковане ратним поразом надокнадити налажењем места у новом европском поретку. Англофилство кнеза Павла и блиске ро-

ђачке везе са грчким двором казивали су да са југа Југославији могу само долазити знаци пријатељства и разумевања. Рат Грчке са Италијом, британске базе на грчким острвима и отворене намере Немачке да се умеша у овај сукоб, међутим, казивали су да Југославија на било какву помоћ са југа не може да рачуна. Казивали су и то да знаци пријатељства према Грчкој значе и знаке пријатељства према Британији, односно непријатељство према политици Осовине. Са југа је још вребала и албанска опасност, која је као протекторат Италије јасно испољавала циљеве Призренске лиге у новом руху.

Унутрашње стање у Краљевини Југославији такође није давало чврсте наде у спокојну будућност. Држава се налазила на раскрсници, са системом за чије је битисање био неопходан јак владар. Но, након атентата у Марсеју уместо јаког владара државом је почело да управља намесништво са кнезом Павлом на челу, који је по многим атрибутима фактички вршио улогу шефа државе, и нестабилним владама, које су чешће биле репрезент дворских погодби но стварних политичких и међунационалних односа снага у земљи. Атентат у Марсеју, који је однео животе југословенског краља Александра и француског министра спољних послова Луја Бартуа, представљао је и тачку преламања европских политичких збивања, када је политика колективне безбедности уступила место политици попуштања Хитлеру. Вођен усташком руком и управљан невидљивим концима европских моћника из сенке, овај атентат је одшкринуо врата, кроз која је за кратко време покуљала европска катастрофа у историји незапамћеног рата. Чињеница је да до данашњих дана није у потпуности разјашњена тајна овог атентата. Отворено питање је и да ли је убиство Бартуа, иначе великог заговорника политике колективне безбедности, такође било намера атентатора, или, да се послужимо вокабуларом твораца савременог светског поретка, само колатерална штета. Ове чињенице, међутим, нису доводиле у питање природу политичких тежњи његових извршилаца. Оне су се јасно одразиле на догађаје у Европи и на процес растакања Краљевине Југославије. У држави у којој су национална и партијска трвења кулминирала крвавим пиром у парламенту и диктатуром окончаном октроисаним уставом, личност краља Александра била је гарант кавог-таквог државног јединства вођеног чврстом руком. Његова смрт и немоћ политичких снага у земљи да наставе такву политку очувања државног јединства, отворили су врата политици компромиса и погађања око виталних државних интереса. Таква политика нужно је водила тражењу ослонца код страних сила, што је неминовно узроковало

приближавање једним и удаљавање од других, зависно од тога кавом врстом погодбе је била вођена владина политика. То је омогућило и директан уплив тајних дипломатија сила и њихов утицај на политичка збивања у земљи. Пример за то је долазак на власт и нагли одлазак са власти др Милана Стојадиновића. Такво стање у држави оптеретило је и поновно отварање хрватског питања и притисак да се оно хитно реши. Рањивост Краљевине и међународне околности, Хрвати су искористили, знајући да многи њихови захтеви у таквом историјском тренутку не могу бити одбијени. Споразум Цветковић-Мачек, стварање хрватске бановине и заједничке владе, нису представљали задовољавајућа решења ни за једну ни за другу страну, али су бар одложили ово горуће питање и наговестили могућност за један мирнији период државног битисања. Но, све то се догађало у предворју ратом захваћене и прегажене Европе, када су међународне околности од владе, жељне предаха и скупљања снаге, захтевале одређивање за једну или другу зараћену страну и акцију.

Влади која је пропагирала и желела неутралност, остајало је све мање могућности за избор и све мање маневарског простора. Семе расула, посејано политичким трвењима, притискало је са свих страна и захтевало акцију од државног врха Југославије, коме су нужност, здрав разум и непознанице политичке далековидости, на другој страни, спутавали нормалан политички резон. Многе политичке снаге у земљи разумеваале су актуелни историјски тренутак и такво разумевање су тражиле и од владе. Пример за то је пророчански апел влади Димитрија Љотића, који је у то време писао: "Нема више пролонгације. Досадило се нашем једином повериоцу – природи ствари. Оној трпеливој природи, коју смо ми годинама газили и вређали и која је све то трпела, на изглед пасивно. Њој се досадило. Менице се морају плаћати... Догађаји као разбеснели коњи, а кочијаши унапред изабрани, и то не с обзиром на мерило: да знају пут, да умеју да владају коњима и колима, већ да ли пристају да оставе недирнуту опрему на коњима (рђаво постављену и давно дотрајалу да не држе чврсто дизгине које они и иначе не би могли ни умели, јер и сами коњи осећају њихову слабост), да ослабљене тачкове не притежу... Спољне прилике ће бити изазване и оправдане нашим силама расула. Оне су она низбрдица, кривина и провалија у коју треба да сруше наша народна кола."²

² "Билтен" ЈНП Збор од 21.9.1940, бр. 55.

Са оваквим бременом унутрашњег стања у држави и спољашњим односима, који су представљали мешавину претњи и трговачких понуда, југословенска влада се налазила на прекретници. Неутралност је представљала жеље, а нужност одређивања за британску опцију или опцију сила Осовине била је реалност. У том смислу били су притисци и уцене које су и једна и друга страна упућивале Југославији.

Великој Британији је савезништво Југославије било од виталног значаја, како због општег стања у Европи, тако и због конкретних напора у Грчкој да се спречи интервенција Немачке и да се Турска приволи на савезништво. То би представљало какав-такав бедем продирању осовине ка Средоземљу и могућност да велике операције на овом потенцијалном ратишту буду одложене за извесно време. У разговору са председником краљевске владе Југославије Драгишом Цветковићем британски премијер Черчил наводио је аргументе који су ишли у прилог сигурне ратне победе и јасно исказао очекивање да Југославија недвосмислено покаже знаке савезништва према Британији. Апел на традиционално пријатељство и рођачке везе са југословенским двором носио је са собом и елементе претње и указивање на последице са којима ће се Југославија суочити приступањем Тројном пакту. "Ако Југославија – говорио је Черчил Цветковићу – у овоме тренутку спадне на судбину Румуније или почини злочин Бугарске и постане саучесник у покушају убиства Грчке, њена пропаст ће бити сигурна и неповратна. Она неће избећи ратно искушење него ће га само одложити, и њена јуначка армија ће се тада борити сама, пошто буде опкољена и одсечена од наде и помоћи. С друге стране, ратна историја је ретко када пружила лепшу прилику но што се сада пружа југословенским армијама, ако је уграбе док још има времена. Ако Југославија и Турска стану заједно уз Грчку, и уз помоћ коју Британска империја може дати, немачка напаст ће се зауставити и коначна победа ће се извојевати исто онако сигурно и одлучно као и прошли пут. Уздам се да ће се Ваша Екселенција уздићи на висину светских збивања."³ Још конкретније претње и притисци дошли су од представника америчког председника Рузвелта за Балкан, пуковника Донована. Он је представницима југословенског државног врха "јасно ставио до знања да у овом рату нема кућа у средини. Морају бирати између британско-америчке комбинације и Осовине. Буде ли било ма какве сарадње са Немцима, Америка ће Југославију третирати као свог непријатеља, и у рату и после рата... Одбије ли кооперацију са Немачком, амерички народ ће настојати да из

³ Черчил, Винстон, Други светски рат, том III, Београд 1964, стр. 55.

рата исплови уз победиоца.⁴ Чињеница да је Американац имао разумевање за бугарске поступке и отворену сарадњу са Осовином ("Бугари одишта ништа не могу, али ви не смете то допустити"⁵), а да је за Југославију имао само речи претње и упозорења, казује да он на Балкан није дошао да се информише и разуме тежак положај Југославије, већ да изврши задатак не марећи за цену коју ће платити народ и држава. Осврт на аналогију са данашњицом непотребан је јер је сувише идентичан.

Како то бива, уз упозорења ишла су и обећања. Но Черчилова обећања нису нудила ништа опипљиво и одмах применљиво. Савез са Турском и Грчком, имагинарних "седамдесет савезничких дивизија из четири заинтересоване државе" и америчка помоћ која ће бити повећана, све то је деловало охрабрујуће. Но, догађаји у Југославији након мартовског пуча показали су да Британија у актуелном тренутку ништа од тога не може да пружи.

Хитлерове и претње и понуде деловале су много конкретније и много стварније. Шта је Југославији претило у случају акта непријатељства према Осовини било је више него јасно. Након "аншлуса" Југославија је постала сусед Трећег Рајха, што је значило да би сила евентуалног војног удара била непосредна и тешко одбрањива. Југославија би у евентуалном рату била, поред тога изложена нападу из директног суседства са свих страна, на копну, мору и у ваздуху. Ратни пораз донео би њено распарчавање и задовољење територијалних аспирација њених суседа, који су били у савезништву са силама осовине.

У случају приступања Тројном пакту Хитлерове понуде и гаранције биле су такође јасне и конкретне. Приликом састанка са југословенским министром спољних послова Александром Цинцар-Марковићем Хитлер је нагласио да је "опстанак Југославије важан за Немачку. Између Рајха и Југославије нема политичких несугласица... Због равнотеже снага на Балкану, Немачка жели јаку Југославију. Од посебно важног интереса су... економски односи између Немачке и Југославије, која је постала један од највећих трговачких партнера Рајха." Хитлер је тада поново нагласио да "Немачка не тражи ништа од Југославије, чак ни право за пролаз трупа. Она само сматра да је дошао тренутак да се Југославија укључи у европску консолидацију".⁶ Но оно што је за Хит-

⁴ Слијепчевић, Ђоко, Југославија уочи и за време Другог светског рата, Минхен 1978, стр. 183.

⁵ Ibid, 183.

⁶ Априлски рат 1941, Зборник докумената, књига прва, Београд 1969, стр. 937.

лера било укључивање у "европску консолидацију", за југословенску владу је представљало опасност од сврставања уз једну од зараћених страна. Хитлер је, наиме, као гаранцију југословенске неутралности прихватио само чин потписивања Тројног пакта. "Тројни пакт – говорио је Цветковић приликом сусрета са Хитлером – повлачи извесне последице, које наш народ не може да прими. Једна суверена земља не може дозволити прелаз страних трупа кроз своју територију, или мешање у њене унутрашње послове. Тројни пакт предвиђа војну сарадњу између чланица Пакта, а то се коси са нашом неутралношћу. Најзад, Тројни пакт значи опредељење за једну ратујућу страну."⁷ Хитлер је, међутим, објаснио југословенском министру – председнику да је приступање пакту форма, а да је неутралност Југославије и њен суверенитет и интегритет суштина речима: "Све ја то од Југославије не тражим. Ја се обавезујем, да за време трајања рата, нећу тражити пролаз за моје трупе преко југословенске територије. Ја идем преко Бугарске. Ја не тражим никакве војне базе на вашој територији, ни употребу жељезница, ниједну локомотиву, ниједан вагон. Ја вам гарантујем ваш територијални и државни интегритет. Дакле, у свему овоме нема ничега што би вређало ваш национални понос. Ваши суседи су примили Тројни пакт без икакве резерве. Ово што вама предлажем, то у ствари није Тројни пакт, али с обзиром на остале, ми морамо у тој форми регулисати своје односе."⁸

Са таквим стањем и политичким положајем између чекића и наковња Југославија је морала да донесе коначну одлуку. За споразумевање на међудржавном нивоу балканских држава, које би подразумевало одрицање од британских гаранција, али и дистанцирање од сила Осовине, односно алијансу колективне безбедности у малом, што је заговарао Димитрије Љотић, било је касно. Такав приступ неутралности не би прихватила ни једна од зараћених страна. Било је касно и за промену одбрамбене концепције државе и припрему за рат, какву су заговарали поједини опозициони политичари. Чини се да је тешко остварљив био и опширан план српског патријарха Гаврила Дожиха, који је патријарх саопштио кнезу намеснику. Сажето, тај план је предвиђао: 1) Образовање владе народне слоге и јединства од представника политичког и јавног живота а који су до сада били у опозицији према досадашњем режиму; 2) Да кнез намесник хитно сиђе у народ да објасни народу

⁷ Цветковић, Драгиша, Разговори у Берхтесгадену (Документи о Југославији), Париз 1955, стр. 15; Слијепчевић, Ђоко, Југославија уочи и за време Другог светског рата, Минхен 1978, стр. 194.

⁸ Ibid, 16.

право стање и политичку кризу у којој се држава налази; 3) Да се одмах прошири Крунски савет од највиђенијих народних представника, те би такав Крунски савет заменио скупштину (која није функционисала). Одлуке таквог Крунског савета биле би мериторне и он би постао десна рука нове концентрационе владе; 4) Треба одмах све магацине (хране и оружја) пребацити у планинске масиве Босне и Херцеговине и Црне Горе, променити одбрамбену концепцију државе и припремити се за дуготрајан одбрамбени рат. Кнез Павле, како у сећањима наводи српски патријарх, није био спреман да се упусти у прихватање и остваривање овог плана, а по свему судећи за тако нешто није било ни времена. Одговор кнеза Павла за патријарха није био задовољавајући, али је свакако представљао непријатну реалност Краљевине. Кнез је патријарху одговорио: да би образовање нове владе било супротно договору са Хрватима, јер су опозиционе снаге биле против овог споразума; да се обавештавање народа врши и да је то у надлежности владе и да намесништво сматра да је рад владе на свом месту; да је проширење крунског савета непотребно јер би такав савет био прегломазан; и да мењање ратног плана нити може да буде брзо, нити лако изводљиво, а времена више није било.⁹

Може се закључити да су овакви планови били више скуп жеља и жаљења за пропуштеним, него сагледавање реалних могућности државе. Оно што је изнето на седници Крунског савета 19. марта 1941, међутим, представљало је реалност стања у коме се држава налази. Министар војни, генерал Петар Пешић изнео је поражавајуће стање одбрамбене моћи Југославије у односу на силе Осовине. У случају напада Љубљана, Загреб, Београд и северни део Југославије брзо би пали у непријатељске руке. Постојала је могућност повлачења у планинске масиве Босне, Херцеговине и Црне Горе и пружања отпора највише четири до шест недеља, након чега би уследила капитулација, јер би снабдевање било брзо исцрпљено, чак и у случају да се од Британије добије помоћ. Постојао је и предлог другог намесника Раденка Станковића који је предвиђао могућност симболичног вођења рата, тако што би се 200.000 војника са краљем и владом пребацило у Грчку и тамо прикључило Британцима. Те би снаге делиле судбину британских снага и у случају повлачења са Балкана и у случају победоносног повратка.

⁹ Мемоари патријарха српског Гаврила, Београд 1990, стр. 173-178.

На другој страни стајале су чињенице које је изнео министар спољних послова Цинцар-Марковић: Немачка не тражи никакву помоћ од Југославије ни у будућности ни у садашњем рату. Неће тражити ни пролаз трупа нити превоз ратног материјала. Спремна је потврдити сва обећања у најсвечанијој форми, ако би Југославија приступила Тројном пакту. Неприсућањем пакту Југославија не би могла да остане поштеђена од рата, јер би тиме изазвала неповерење у Немачкој и отворила врата интригама италијанско-бугарско-мађарским. Немачка уз то, у случају приступања пакту нуди суверенитет над луком Солун у будућем територијалном преуређењу Балкана.¹⁰

Изнете чињенице казивале су да на једној страни стоји извесан пораз и неизвесност ратних калкулација са Великом Британијом, а на другој стварне претње и стварне понуде са гаранцијама које је давала Немачка. Након анализе чињеница сви присутни седници, осим кнеза Павла, гласали су у начелу за приступање пакту. Кнез намесник је само примио на знање то гласање. Но чини се да је и кнез Павле, упркос свом англофилству и личним опредељењима (притиснут фактима које је спознао за време своје посете Хитлеру), био преломљен за приступање Тројном пакту. Исте вечери заказана је и седница владе. Влада је такође гласала за приступање пакту. Против су били само Михаило Константиновић, Бранко Чубриновић и Срђан Будисављевић. Након седнице владе кнез Павле изнео је министрима и своја лична осећања: "Хвала Вам, господо, мени је јасно колико је Вама тешко учинити ово, ништа мање није ни за мене. Ви знате врло добро да сам ја некада био британски студент и да су већина данашњих британских државника били моји школски другови. Моја је свастика удата у британску краљевску породицу, а моја жена је грчка принцеза. Само ово неколико чињеница олакшавају да се схвати где припада моје срце. Али ја, такође, имам савест и је не могу повести мој народ у један рат када ја знам унапред да би нам то донело сигуран пораз."¹¹

II

На основу става круноског савета и одлуке краљевске владе, дана 25. марта 1941. године у Бечу, у дворцу Белведере, потписан је од стране пуномоћника влада Немачке, Италије и Јапана, с једне и владе Краље-

¹⁰ Слијепчевић, Ђоко, *op. cit.*, стр. 205.

¹¹ *Ibid.*, 205.

вине Југославије с друге стране, Протокол о приступању Краљевине Југославије Тројном пакту. У име влада сила Осовине Протокол су потписали министри гроф Ђано, Јоаким фон Рибентроп и Хироши Ошима, а у име владе Краљевине Југославије председник владе Драгиша Цветковић и министар спољних послова Александар Цинцар-Марковић.

Сама садржина Тројног пакта и Протокола о приступању који су потписали југословенски пуномоћници казивала је да обавезе предвиђене овим документима подразумевају активно учешће држава потписница и јасно сврставање придружених држава под окриље осовине. У преамбули Пакта стоји: "Владе Немачке, Италије и Јапана сматрају као претпоставку за трајни мир да свака нација света добија простор који јој припада. Оне су стога закључиле да у својим настојањима у велико-источно-азијском простору и у европским областима стоје раме уз раме и међусобно сарађују, при чему је њихов најглавнији циљ да створе нови поредак ствари, који је подобан да потпомогне напредак и добробит поменутих народа..." "Јапан признаје – стоји даље у тексту Пакта – и респектује вођство Немачке и Италије у стварању новог поретка у Европи (чл. 1)." Такав статус Немачка и Италија признају Јапану у "велеазијском простору" (чл. 2). Члан 3. предвиђа међусобна права и обавезе у случају напада на неку од сила потписница и узајамну солидарност. "Немачка, Италија и Јапан – стоји у овом члану – сагласили су се у томе, да сарађују у својим настојањима на напред наведеним основама. Оне се даље обавезују да се међусобно потпомажу свим политичким, економским и војним средствима за случај да која страна уговорница буде нападнута од неке друге силе која у то време није умешана у европски рат или у кинеско-јапански сукоб."¹² Протокол о приступању Краљевине Југославије Тројном пакту састојао се од свега три члана, где је само први члан био суштинске природе у коме недвосмислено стоји: "Југославија приступа Тројном пакту, потписаном 27. септембра 1940. у Берлину између Италије, Јапана и Немачке."¹³ Дакле безусловно и безрезервно.

Судећи по садржини ових докумената Југославија је прихватила све обавезе предвиђене тројним пактом, укључујући и обавезе војне природе, што је значило сврставање под окриље Осовине и знак директног непријатељства према супротстављеним силама. На то су Југославију

¹² Балкански уговорни односи 1876-1996, приредио М. Стојковић, Београд 1998, стр. 470.

¹³ Ibid, 470.

недвосмислено обавезивале одредбе члана 3. Тројног пакта. Но, сходно гаранцијама које је у дипломатским контактима са званичницима Југославије дао сам Хитлер, одмах након потписивања Протокола о приступању Краљевине Југославије Тројном пакту, југословенској влади су упућене три званичне ноте. У њима се владе сила Осовине обавезују да неће за време рата упућивати позив Југославији о дозволи пролаза или превоза трупа преко југословенске територије, да ће увек поштовати суверенитет и територијални интегритет Југославије и да ће "приликом новог утврђивања граница на Балкану узети у обзир интересе Југославије за територијалном везом са Егејским морем проширењем њеног суверенитета на град и луку Солун". Силе Осовине су овим актима у потпуности испуниле обећања и гаранције које је Хитлер дао председнику југословенске владе Цветковићу, министру Цинцар-Марковићу и кнезу Павлу. Може се рећи да је овим нотама загарантована фактичка неутралност Југославије у европском сукобу. У служби оваковог опредељења било је и инсистирање на тајности ноте о интересима Југославије везаним за излазак на Егејско море. У последњем ставу ове ноте стоји: "С молбом да убудуће ово саопштење задржите у строгој тајности и да се оно може објавити само по споразуму са владама Осовине, користим ову прилику господине министре председниче, да Вам изразим моје најдубље поштовање. – Рибентроп."¹⁴

Слово овако сročених и потписаних докумената пружало је Краљевини Југославији гаранције које су имале сва обележја фактичке неутралности. Потпис стављен на Протокол о приступању Тројном пакту био је гаранција да је са силама Осовине извршен акт пријатељства који гарантује Југославији да са те стране неће имати непријатељске претензије, нити ће јој са те стране претити ратна опасност. Ноте које су истог дана, након потписивања Протокола одаслате југословенској влади, гарантовале су да Југославија неће морати да поступа сходно члану 3. Пакта, односно да неће морати да предузима акте непријатељства према силама које су у рату са Осовином. Тако гарантован статус Југославије имао је све атрибуте фактичке неутралности.

Но и поред свих чињеница које су ишле у прилог политичке логике приступања Пакту, овај државнички потез краљевске владе завршио је неславно. Дејство страних обавештајних служби, незадовољство неких високих војних кругова и опште незадовољство српског народа, довели

¹⁴ Ibid, 471.

су до великих демонстрација и војног пуча 27. марта, што је државу повело у суноврат и катастрофу војног пораза и грађанског рата.

Може се поставити питање да ли је морало доћи до потписивања пакта и да ли се дипломатским деловањем оно могло избећи? Чињенице кажу да Хитлеру није била довољна гаранција једнострана изјава о неутралности, или чак билатерални уговор о неутралности са Југославијом. Он је инсистирао на приступању Тројном пакту, уз све гаранције које је давао, а које су значиле неутралност. Пут до неутралности једино се могао остварити преко приступања Тројном пакту. Двонедељни рат и слом Југославије казивали су да су процене војног врха Краљевине биле апсолутно тачне и да је свако противљење Хитлеру водило директно у пропаст државе. Још пре потписивања Пакта било је јасно да Хрвати не желе да бране државу, а да је Срби, ни сами, ни заједно са осталима, не могу одбранити. Може се поставити и питање колико се могло веровати Хитлеру? Његова вероломност и кршење многих уговора упућивали су на то. Али се може поставити и питање због чега је онда утрошио толико времена да Југославију приволи приступању Тројном пакту? Ако није имао искрене намере, са Југославијом је могао завршити посао много раније и много ефикасније. И сами високи званичници Трећег Рајха, на суђењу у Нирнбергу након рата, истицали су да је Хитлер Југославију третирао "као једну примадону".

Шта је на другој страни Југославија могла да добије од Черчила, далеког савезника који је властитом народу могао да обећа само "крв, зној и сузе"? Његове спекулације о помоћи и колективном балканском отпору Осовини звучале су лепо, али су деловале нестварно. Време је показало да је то тачно. Југославија је срушила Пакт и ушла у рат са Осовином, али је од Британије добила само вербалну подршку. Колико је било искрено опредељење Черчилово да се Југославији, уласком у рат на страни Британије, осигура светла будућност? Народ који је "нашао своју душу", био је предмет трговине са Стаљином. Младог краља Петра, чију је државу гурнуо у рат, Британија је оставила на цедилу, а његов народ гурнула у чељусту комунизма. Уз то је Черчил, свом министру Идну, препоручио да не брине превише бриге Југославије, речима да они неће живети у том комунизму.

Чињеница да су се убрзо у рат против Осовине укључили Совјетски Савез и Сједињене Америчке Државе, те да је Осовина доживела слом,

може да наметне закључак да се вредело жртвовати и поднети патње одбијањем приступања Тројном пакту. Али такође стоји да те чињенице у тренутку потписивања Пакта и апсолутне надмоћи сила Осовине, Југословенској влади нису биле познате. Може ли се једној влади замерити поступање по политичкој логици у жељи да се избегне сигуран ратни пораз и држави обезбеди какав-такав мир? Краљевска влада је у том тренутку пред собом имала британску поруку "ко није са нама, тај је против нас" и понуду Хитлера, који уз приступање Пакту нуди фактичку неутралност, а заузврат једино тражи да Југославија не ступи у непријатељство са Осовином.

Можда би могао да се изведе и закључак да је Пакт потписан у право време, али да је пуч дошао прерано. Сигурно би Југославија била у далеко бољем положају да је до војног пуча и приступања савезницима дошло, на пример, након Стаљинградске битке. Логика оваквог размишљања је исправна, али је питање колико је допустива, јер спада у домен историјских нагађања и накнадних конструкција, са већ познатим чињеницама и предвидивим током догађаја. Уместо тога, историјски факти су поступци владе, вођени политичком логиком актуелног тренутка, авантуристички корак високих официра подржаних од страних обавештајних служби и излив колективних емоција српског народа, који је подржавши пуч, кренуо у унапред изгубљену битку, чије је продужено дејство био грађански рат и колективна народна несрећа.

Може се на крају закључити да светло нових чињеница упућује на недопустивост паушалних осуда поступака намесништва и краљевске владе, али и да не даје јасан одговор на питање да ли је приступање пакту било историјска нужност, или политичка заблуда.

Nebojša Randelović, LL.M
Teaching Assistant

THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA AS AN ASSOCIATED MEMBER OF THE TRIPARTITE PACT

- A political delusion or a historical necessity -

Summary

The Tripartite Non-aggression Pact, signed by the government of the Kingdom of Yugoslavia, has often been regarded as a great historical dilemma, and a taboo issue for objective research and inferring consequent conclusions. It is primarily the result of the long-standing burden of ideological criticism and disapproval with this pact, but also the consequence of insufficient disclosure of all the factors that influenced such progress of events. Disclosing the historical circumstances that led to such developments, the conduct of the leading government officials, the dilemmas of the state leaders pertaining to the necessity of their choice or willing commitments, this article aims at emphasizing the need to reconsider all the factors that led to such an act. Elaborating on the contents of this pact and the legal character of the accompanying government acts (as well as the documents of the "Axis" governments), the author's intention is to highlight the fact that the undertakings of the leading government officials at the time were not the result of irresponsibility but of ultimate necessity. Moreover, considering the circumstances from the yonder point of view, this extorted act may have been the only possible arrangement which, I daresay, was not so detrimental to the interests of the Kingdom of Yugoslav.

Key words: *the Tripartite Pact, Cvetkovic, Cincar-Markovic, Prince Pavle, Hitler, Churchill, neutral, Germany, Italy, Great Britain.*

Mr Горан Обрадовић

**ЗАБРАНА КОНКУРЕНЦИЈЕ ПРЕМА
ЗАКОНУ О РАДУ**

UDK 349.22:347.776

Апстракт

У раду се анализира институт забране конкуренције у радном праву, а на основу решења садржаних у Закону о раду Републике Србије. Забрана конкуренције се сагледава, пре свега, у светлу на- чела слободe рада, с обзиром да представља једно од њених најзначајнијих ограничења. Разрада са позитивно-правног становишта следи у наставку рада.

Кључне речи: слобода рада, радни однос, забрана конкуренције.

*Мр Горан Обрадовић*¹

ЗАБРАНА КОНКУРЕНЦИЈЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О РАДУ

1.

Слобода рада спада у групу економско-социјалних права, која су настала после епохе либерализма, с обзиром да је савремена држава променила своју функцију и постала не само политичка установа, већ и социјална и културна заједница, чије је задатак и интервенција у привредни живот са одређеним социјалним циљевима. Ова права спадају у тзв. другу генерацију људских права (прву чине грађанска и политичка права, а трећу колективна права чији је титулар народ, друштво или заједница). Појава слободе рада била је формално-правна претпоставка појаве и постојања радног односа. Она је иманентна радном односу, за разлику од права на рад, с обзиром да су радни односи постојали много пре него што је право на рад било предвиђено уставима. У том смислу слободу рада можемо посматрати као посебно и најстарије начело радног права.²

¹ Асистент на Правном факултету у Нишу.

² Др П. Јовановић, Радно право, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 117-118.

Начело слободe рада има три основна облика:

а) слободу сваког грађанина да ради "самостално" (тј. за себе и на властитим средствима производње или рада) или да ступи у радноправни однос код друге (физичке или правне) особе, односно да свој рад слободно удружи с радом других особа;

б) слободу индивидуалног избора (односно слободног прихватања): звања и занимања (друштвено допуштених) којима ће се бавити, односно слободу да сам одлучи код кога ће послодавца радити; слободу избора места запослења, времена заснивања, трајања и раскидања радног односа;

в) уздржавање од делатности којом би се ограничавала или поништила једнака слобода рада свих других особа.³

Као тековина човечанства, слобода рада нашла је своје место у бројним документима међународног карактера, као и у уставима савремених држава. Међутим, слобода појединца у друштву није могућа у свом апсолутном облику. Да јесте, то би значило поништавање исте такве слободe другог и негирање било каквог система норми и вредности у друштву. Осим случајева који се не сматрају принудним радом, а који то у суштини јесу, предвиђених Конвенцијом бр. 29 о принудном или обавезном раду коју је усвојила Међународна организација рада 1930. године, и коју је Југославија ратификовала, слобода рада трпи још нека ограничења која се уводе из одређених, друштвено оправданих, разлога. То су, на пример, различити режими ограничавања кретања и настањивања радне снаге, забрана заснивања радног односа уживаоцима пензија (или обустава исплате пензије за време трајања радног односа), посебан режим запошљавања странаца, забрана кумулација радних односа у истој особи, и тд.

Међу институтима којима се ограничава слобода рада значајно место припада клаузули забране конкуренције. Овај институт, који у упоредном праву има значајну традицију, први пут је у наше законодавство о раду уведен Законом о раду Републике Србије из 2001. године.⁴ Закон, у чл. 93, клаузулу забране конкуренције регулише на следећи начин:

³ Детаљније: Др Н. Тинтић, Радно и социјално право I, Народне новине, Загреб, 1969, стр. 62 и даље.

⁴ Службени гласник РС, бр. 70/2001.

"Уговором о раду могу да се утврде послови које запослени не може да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, без сагласности послодавца код кога је у радном односу (у даљем тексту: забрана конкуренције).

Забрана конкуренције може да се утврди само ако постоје услови да запослени радом код послодавца стекне нова, посебно важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или да дође до сазнања важних пословних информација и тајни."

Територијално важење забране конкуренције, по Закону, утврђује се општим актом или уговором о раду, што зависи од врсте посла на коју се забрана односи. Санкција која је предвиђена за кршење ове забране је накнада штете послодавцу.

Временско важење забране конкуренције може се, сходно члану 94 Закона, продужити и до две године након престанка радног односа, изузев ако је послодавац запосленом отказао радни однос без оправданог разлога.

2.

Основ постојања забране конкуренције у радном праву налази се природи радног односа, као двостраног и теретног правног посла, у коме су права и обавезе његових субјеката међусобно условљена. Код овог односа обавезе једног субјекта истовремено и самим тим јесу права другог и *vice versa*, а све под условима и у границама уређеним општим радноправним актима, и у њима допуштеној мери појединачним уговором о раду, односно другим формално правним основом за заснивање радноправног односа. Дакле, у радном односу се испољавају и морају испољавати легитимни, тј. од законодавца признати и заштићени интереси без чијег респектовања би изостали разлози постојања и самог радног односа, његов *raison d'être*.⁵

⁵ Др Д. Паравина, Међусобна условљеност обавеза и права из радног односа, Радно и социјално право, бр. 3-6/98, стр. 19.

Легитимни интерес послодавца јесте лојалност запосленог. Поред своје обавезе да ради, радник је обавезан да се придржава обавезе лојалности према послодавцу; он је обавезан да верно штити послодавчеве законске интересе. Та обавеза произилази из природе и карактера радног односа као личне, радноправне и функционалне везе између запосленог и послодавца.⁶ Верност запосленог претпоставља да "међу субјектима радног односа постоји однос "intuitu personae", посебна врста интимног односа који је у суштини приснији и интензивнији него обични уговорни однос."⁷ Основ легитимности забране конкуренције се настоји наћи и у етичкој категорији – радном и пословном моралу ("добрим пословним обичајима"). Забрана конкуренције почива на забрани непоштеног поступања радника према послодавцу. Није поштено радити за једног послодавца, а истовремено му конкурисати радећи за другог послодавца или за сопствени рачун.⁸ Принцип моралности - очувања етичких постулата у односима између субјеката индивидуалног и колективног радног права (радних односа), прожима институте радног права, индивидуална и колективна права запослених и послодаваца.⁹

3.

С обзиром да представља ограничење слободе рада, забрана конкуренције се допушта веома рестриктивно. Рестриктивност се огледа у погледу професионалне активности, рока и места важења забране.

Закон о раду не садржи детаљнија правила везана за круг лица која могу бити обухваћена овом забраном, што значи да сва лица у радном односу могу да дођу под њен удар. Формулација члана 93 је довољно широка да то омогућује иако би, по природи ствари, то најчешће требало бити лица која раде на нарочито сложеним пословима. И сама одредба да се забрана конкуренције предвиђа општим актом или уговором о раду довољно говори о томе да не само што сви запослени могу доћи под удар забране конкуренције, већ и да они (с обзиром на

⁶ Dr A. Berenstein, *Labour Law in Switzerland*, Kluwer, Deventer-Boston, 1994, str. 85. Такође и: Dr M. Rehbinder, *Droit Suisse du travail*, Staempfli, Berne, 1979, str. 114.

⁷ Др М. Илешкић, *Забрана конкуренције у радном праву*, Привреда и право, Бр. 5-6/1990, стр. 382-383.

⁸ Др Б. Лубарда, *Забрана конкуренције у радном праву*, Правни живот, бр. 5-6/92, стр. 889.

⁹ Др Б. Лубарда, *Ars boni et aequi у радном праву*, Правни живот, бр. 11/2000, стр. 550.

алтернативу: општи акт или уговор о раду) не могу утицати на то. У случају инсистирања послодавца на клаузули забране конкуренције запослени има могућност избора само утолико што ће такав уговор о раду закључити или не. Ово, наравно, не значи да је овако широко постављен круг лица која могу бити обухваћена клаузулом забране конкуренције погрешан, с обзиром да и запослени који раде на једноставнијим, "нижим", радним местима често могу доћи у прилику да сазнају чињенице или стекну познанства са којима би могли недозвољено да конкуришу послодавцу. Проблем је у томе што послодавци могу овај институт веома лако да злоупотребе, обухватајући њиме и лица која, објективно, не могу да на овај начин нашкоде послодавцу. На тај начин послодавац је у могућности да запослене додатно "веже" за себе, чак и ако се у међувремену измене услови под којима је радни однос заснован, на штету запосленог, с обзиром да ова забрана може трајати и до две године након престанка радног односа. Ситуација би била знатно повољнија за запослене ако би колективним уговором била предвиђена радна места за која може да се установи клаузула забране конкуренције, како послодавац не би неоправдано проширивао њихов круг.¹⁰ Законом о раду остало је нерешено питање које се односи на ситуацију у којој је запослени већ обављао неку конкурентску делатност у моменту заснивања радног односа. То је од нарочитог значаја ако је послодавац знао за то а није га упозорио. У том случају сматрамо да не постоји повреда забране, те да запослени не може сносити због тога штетне последице.

Просторно важење клаузуле забране конкуренције је питање које, такође, мора бити регулисано општим актом или уговором о раду. Суштински, не постоје сметње да се ова забрана простире и на све земље света, с обзиром да је садашњи ниво технологије такав да омогућава врло брз пренос информација а миграција радне снаге је много већа него раније. Широко важење ове забране у погледу територије има оправдање и код неких професија које су, по својој природи, такве да се обављају у различитим земљама.¹¹

¹⁰ Др Б. Лубарда, *Забрана конкуренције у радном праву*, стр. 890.

¹¹ Тако, познат пример простирања клаузуле забране конкуренције на целу земљину куглу је британска глумица Бет Дејвис. Прихвативши да снима филмове за само једну филмску компанију за извесан временски период изгубила је право да се ангажује код друге компаније, било где у свету. Наведено према: др Б. Лубарда, *op. cit.*, стр. 891.

Нарочито спорно питање јесте временско важење клаузуле забране конкуренције. Иако се то може продужити и после престанка радног односа, чини се да је општеприхваћено мишљење да се такво решење тешко може оправдати. И Закон о раду предвиђа могућност да ова клаузула важи и две године након престанка радног односа, што значи да запослени у том периоду не могу обављати исте или сличне послове за себе или другог. Ту се, у суштини, најјасније огледа нарушавање слободе рада преко овог института. Лице коме је престао радни однос принуђено је, због ове забране, да и две године након тога обавља неке друге послове, а не оне за које је квалификовано.

Интереси послодавца могу се, после престанка радног односа, заштитити и на други начин. Пре свега, уговором се може ова забрана сузити тако да, нпр., запослени не може само да почне самостално да обавља исту делатност као и његов послодавац. Такође, и без ове забране послодавцу у многим случајевима стоје на располагању довољно јаки инструменти којима се може заштитити од недозвољене конкуренције, као што су прописи о нелојалној утакмици и сл. Такође, запослени може бити обавезан само на чување тајне до коју је дошао радећи код послодавца, и тд.¹²

4.

Последице повреде клаузуле забране конкуренције су накнада штете и престанак радног односа. Накнада штете се, по природи ствари, може тражити у висини стварне штете коју је послодавац претрпео повредом забране, али и у висини изгубљене добити, осим ако је послодавац отказао запосленом уговор о раду из неоправданих разлога. Није, међутим, предвиђена могућност да се уместо накнаде штете тражи уступање послова које запослени, кршећи забрану, закључи, као ни евентуална одговорност за штету и послодавца који запошљава лице обухваћено овом забраном.

За разлику од накнаде штете, која је изричито предвиђена, Закон о раду то не чини по питању престанка радног односа. Ипак, сматрамо

¹² У том смислу види: др И. Јанковец, Закон о предузећима и клаузула конкуренције, Радно и социјално право, 1-3/97, стр. 341-342; др Ч. Богићевић, Недозвољена конкуренција у радном праву, Право и привреда, бр. 3-6/95, стр. 658.

да то недвосмислено произилази из одредаба чл. 101, које разрађују престанак радног односа по вољи послодавца. Тако, радни однос запосленом може престати ако овај својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене уговором о раду (ст. 1, тач. 3) или ако не поштује радну дисциплину, односно ако је његово понашање такво да не може наставити рад код послодавца (ст. 1, тач. 4). Сматрамо да су ови разлози (нарочито онај из тач. 4) довољно широко постављени да дају основ за престанак радног односа услед повреде клаузуле забране конкуренције.

Одредбе Закона о раду о забрани конкуренције нису до краја изведене и, као такве, дају могућност за злоупотребу од стране послодавца. Оне су јако неодређене и у погледу разлога постојања забране и у погледу круга лица која њоме могу бити обухваћена, а изостале су и одредбе којима се штите интереси запослених.¹³ Стога би, у неким изменама Закона о раду, требало цитирани правила дорадити, што ће, свакако, допринети потпунијој реализацији овог института и, истовремено, ублажити последице које он доноси.

¹³ У том смислу чини нам се да су решења садржана у Закону о раду Хрватске (1995) много целовитије. Тако, предвиђен је рок у коме право послодавца на накнаду штете застарева (три месеца од дана сазнања, односно 5 година од дана повреде забране); сматра се да је послодавац дао сагласност за обављање делатности која је обухваћена клаузулом забране конкуренције ако се запослени том делатношћу бавио у моменту заснивања радног односа, а послодавац је то знао а није се противио; забрана конкуренције не обавезује запосленог ако њен циљ није заштита оправданих пословних интереса послодавца или ако се њоме несразмерно ограничава рад и напредовање запосленог; постоји обавеза за послодавца да запосленом исплаћује накнаду зараде у висини од 1/2 у случају уговорне забране недозвољене конкуренције, и тд. Слична решења садржи и Закон о радним односима Словеније (2002).

Goran Obradović, LL.M
Teaching Assistant

THE PROHIBITION OF COMPETITION IN THE LABOUR LAW ACT

Summary

On the grounds of the legal provisions comprised in the Labour Law Act of the Republic of Serbia, in this paper the author analyses the legal institute of competition prohibition in Labour Law. The prohibition of competition is viewed primarily in the light of the freedom of labour principle, as the prohibition of competition represents one of the most significant restrictions of this freedom. Further on in the paper, the author elaborates on the standpoints of positive law pertaining to this issue.

Key words: *freedom of labour, labour relations, competition prohibition.*

Мр Небојша Раичевић

**ОСНИВАЊЕ, ОРГАНИЗАЦИЈА И
НАДЛЕЖНОСТ МЕЂУНАРОДНИХ АДНОС
КРИВИЧНИХ ТРИБУНАЛА**

UDK 341.645.5

Апстракт

Током ратова на просторима бивше СФРЈ и Руанде одлучено је да се установе *ad hoc* кривични трибунали који треба да отклоне пасивност домаћих кривичних судова. Резолуцијама Савета безбедности УН устављени су Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права на територији претходне Југославије од 1991. године (Хашки трибунал) и Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за геноцид и друге озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији Руанде и руандских становника одговорних за геноцид и друге повреде извршене на територији суседних држава изме-

ђу 1. јануара и 31. децембра 1994. године (Међународни трибунал за Руанду). Хашки трибунал је комплексан орган и састоји се из: већа (три истражна и жалбено веће), тужилаштва и секретаријата. Статутом Хашког трибунала утврђена је његова надлежност, осим временске надлежности чију крајњу границу треба да одреди Савет безбедности. Међународни трибунал за Руанду је основан касније од Хашког трибунала и умногоме је сличан свом предходнику. Ова два трибунал имају и заједничког тужилоца и жалбено веће. Међутим, поред сличности између њих постоје и значајне разлике.

Кључне речи: Хашки трибунал, Међународни кривични трибунал за Руанду, *ad hoc* трибунал, оснивање, организациона структура, надлежност.

Мр Небојша Раичевић¹

ОСНИВАЊЕ, ОРГАНИЗАЦИЈА И НАДЛЕЖНОСТ МЕЂУНАРОДНИХ АД ХОС КРИВИЧНИХ ТРИБУНАЛА

Савет безбедности, на основу овлашћења из главе VII Повеље УН, деведесетих година XX века основао је два ад хос трибунала, и то један за бившу СФРЈ а други за Руанду. Хашки трибунал је комплексан орган састављен из судећих већа, тужилаштва и секретаријата са задатком да суди само за одређена кривична дела која су у Статуту одређена. Међународни кривични трибунал за Руанду је настао касније од Хашког трибунала, и његова организациона структура, надлежност и поступак слични су са његовим претходником. Међутим, поред сличности између ова два трибунала постоје и одређене разлике.

I Увод

Пре много година јавила се идеја да извршиоцима одређених кривичних дела требају судити, не само судови појединих држава, већ и међународни кривични судови.² Међутим, та идеја реализована је тек након Другог светског рата, када је суђено немачким и јапанским ратним зло-

¹ Асистент на Правном факултету у Нишу.

² О првим идејама о установљењу међународног кривичног судства више видети: М. Милојевић: Оснивање међународног кривичног суда, Међународно кривичноправна питања и Хашки трибунал (зборник радова), Београд, 1997, стр. 91-92.

чинцима. Том приликом установљења су два међународна кривична суда³ и по окончању започетих кривичних поступака престали су да постоје. Дакле, то су били *ad hoc* кривични судови. Након тога Генерална скупштина УН, у неколико својих резолуција, наглашавала је потребу оснивања сталног међународног кривичног суда. Међутим, протекло је пола века пре него што је коначно усвојен Статут Међународног кривичног суда 1998. године у Риму.⁴ После Другог светског рата вођено је доста локалних оружаних сукоба (међународних и немеђународних) и у некима од њих кршена су правила међународног хуманитарног права. Починиоци многих недела никада нису кажњени од националних кривичних судова. Тек током ратова на простору бивше СФРЈ и у Руанди одлучено је да се установе *ad hoc* кривични трибунали који треба да надоместе и отклоне пасивност домаћих кривичних судова. Резолуцијама Савета безбедности УН установљени су Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права на територији предходне Југославије од 1991. године (Хашки трибунал) и Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за геноцид и друге озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији Руанде и од руандских становника (Међународни кривични трибунал за Руанду). У овом раду главна пажња биће усмерена на ова два последња *ad hoc* трибунала, и то тако што ће првенствено бити разматрана регулатива Хашког трибунала, док ће регулатива Међународног трибунала за Руанду бити предмет анализе само у делу који се разликује од Хашког трибунала.

II Оснивање Хашког трибунала

2.1. Разлози оснивања Хашког трибунала

Током постојања заједничке југословенске државе (како оне између два светска рата, тако и оне након Другог светског рата) постојали су многи

³ Лондонским споразумом од 8. августа 1945. године установљен је Међународни војни суд чије је седиште било у Нирнбергу и он је судио немачким злочинцима чија кривична дела нису имала посебну географску одређеност. Поред њега одлуком Врховног команданта савезничких снага на Далеком истоку 19. јануара 1946. године основан је Токијски суд за суђење јапанским ратним злочинцима.

⁴ Статут Међународног кривичног суда ступио је на снагу 1. јула 2002. године, и до сада га је ратификовала 81 држава. СР Југославија ратификовала је Римски статут 2001. године (Службени лист СР Југославије, Међународни уговори, бр. 2001/5).

проблеми везани за међуетничке односе. Неки од тих проблема имају дубоке историјске корене, а неки су створени погрешном политиком током постојања заједничке државе. Ти проблеми нарочито су дошли до изражаја након распада једнопартијског система и јачањем тежњи неких република ка осамостаљењу. Републике нису успеле да постигну договор и те бројне проблеме реше мирним путем, и како то обично бива, бројни крупни нерешени проблеми довели су до оружаних сукоба. Ти сукоби на простору бивше СФРЈ обилovali су повредама међународног хуманитарног права. Правила међународног хуманитарног права кршиле су све стране у сукобу. Међународна заједница је пратила понашање страна у сукобу и упорно покушавала да их уразуми и доведе до мира, имајући у виду да сукоб на Балкану може представљати опасност за сукобе много ширих размера и да се кршења правила којима се обезбеђује минимум хуманости у току рата, не може толерисати од стране било које савремене државе на крају двадесетог века. Кршење наведених конвенција је представљало ратне злочине, злочине против човечности, геноцид и друга међународна кривична дела одређена међународним конвенцијама. Најзад, када је међународна заједница схватила да зарађене стране неће извести пред своје надлежне судове учиниоце међународних кривичних дела, основала је *ad hoc* трибунал за суђење за мађународне злочине учињене на простору бивше СФРЈ.⁵

Међу разлозима којима се оправдава оснивање међународног кривичног трибунала за бившу СФРЈ, најчешће се наводе:⁶

1) На данашњем степену развоја међународне заједница и достигнутих међународних стандарда у области људских права, не може се толерисати геноцид, ратни злочини и друге тешке повреде међународног хуманитарног права, ма где се оне дешавале. Пошто пракса показује да државе најчешће избегавају да саме казне учиниоце таквих злодела из редова својих држављана, а нарочито сопствених званичника (официра, политичара) међународна заједница је позвана да обезбеди гоњење и кажњавање ако не свих, а оно бар најтежих злочинаца.

2) Злочини и њихова масовност који су се догађали у грађанском рату на тлу бивше СФРЈ представљала су поред осталог претњу миру, јер је

⁵ М. Цетинић: Стоцетрдесетиједна година ка међународном кривичном закону, Међународно кривичноправна питања и Хашки трибунал (зборник радова), Београд, 1997, стр.63.

⁶ Б. Кривокапић: Међународни кривични трибунали за бившу Југославију и Руанду – *pro et contra*, Страни правни живот, бр. 1-3/1996, стр. 45-46.

постојла опасност преношења ратног пожара на друге земље, те је Савет безбедности имао право да предузме одговарајуће кораке како би пресекао њихово даље вршење и обезбедио кажњавања криваца.

3) поред задовољења правде (тима што ће кривци бити кажњени), постојање трибунала има и далекосежан превентивни значај, јер свим потенцијалним злочинцима се поручује да ће бити кажњени за своја недела. Другим речима стварање *ad hoc* трибунала и његов рад треба, између осталог, да обесхрабре будуће злочинце.

4) и поред свих догађаја, по престанку рата, припадници сукобљених страна биће принуђени да наставе живот једни крај других. Све то неће бити могуће уколико се кривци не изведу пред суд, пошто би се у супротном са пуно основа могло очекивати да ће преживеле жртве злодела, односно родбина пострадалих предузети извршење правде у своје руке, светећи се, сасвим могуће, и потпуно невиним лицима. тиме би се упало у зачаран круг узајамних освета и нови сукоб би био неминован. Другим речима, без откривања и кажњавања злочинаца нема ни толико потребног помирења и мира.

5) кажњавање извршилаца најтежих злочина је у интересу, не само жртава и њихових најближих, већ и у интересу народа којем извршиоци тих дела припадају. Идентификовањем лица која су вршила кривична дела и њиховим кажњавањем скида се љага са читавог народа

Међутим, и поред постојања свих напред наведених разлога до установљења Хашког трибунала не би дошло да није постојла одговарајућа констелација односа у међународној заједници. Слом биполарног света након 1989. године омогућио је великим силама да нађу заједнички интерес у кажњавању повреда међународног права.⁷

2.2. Поступак оснивања Хашког трибунала

У вези са установљењем Хашког трибунала треба се позабавити дилемама око начина оснивања и самом процедуром његовог оснивања.

⁷ J. C. O'Brien: The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia, American Journal of International Law, Vol. 87, No. 4, 1993, p. 639.

2.2.1. Дилеме око начина оснивања Трибунала

Када се јавила идеја о оснивању *ad hoc* трибунала за кажњавање извршилаца тешких повреда међународног хуманитарног права на простору бивше СФРЈ постојала је дилема на који начин то учинити. Трибунал је могао бити установљен на један од следећих начина: међународним уговором, резолуцијом Генералне скупштине ОУН-а или резолуцијом Савета безбедности ОУН-а.

Свакако да би најпожељнији начин оснивања овог трибунала био закључењем међународног уговора. Све што би уговором било договорено било би неспорна правна обавеза за све стране уговорнице, и оне би те обавезе морале извршавати. Међутим, закључење једног међународног уговора захтева сложену процедуру и изискује доста времена.⁸ Поред тога, постојала је велика бојазан (највероватније би се показала и оправданом) да неке државе, нарочито актери сукоба на простору бивше СФРЈ, неће хтети да ратификују међународни уговор о оснивању трибунала, што би потпуно онемогућило његово функционисање. Из напред наведених разлога одустало се од идеја да међународни уговор буде основ установљења трибунала.

Друга могућност била је да се трибунал установи резолуцијом Генералне скупштине ОУН-а. То би био демократскији начин образовања овог трибунала, него што је његово образовање резолуцијом Савета безбедности ОУН-а. Разлог томе је чињеница да су у Генералној скупштини заступљене све државе чланице ОУН-а, за разлику од Савета безбедности кога чине само 15 држава. Међутим, установљење трибунала резолуцијом овог органа стварало је проблем на који начин ту одлуку учинити обавезном. Наиме, одлуке које доноси Генерална скупштина немају обавезну снагу за државе чланице.⁹ Одлуке овог

⁸ Да би један међународни уговор настао неопходно је вођење преговора путем којих се мора постићи сагласност о предмету тог уговора. Када до те сагласности дође врши се усвајање текста уговора од стране држава, али тај чин још увек не ствара обавезе за државе. Након усвајања текста уговора врши се аутентификација текста уговора (утврђивање коначног текста уговора који се више не може мењати). Уколико држава жели да буде обавезана међународним уговором она треба дати свој коначни пристајанак на обавезивање тим уговором, што се најчешће чини путем ратификације.

⁹ Једино мали број одлука Генералне скупштине имају правни карактер, па су самим тим обавезне за државе чланице. То су одлуке које се тичу унутрашњег функционисања ОУН-а (нпр. одлуке о пријему у чланство, о искључењу из чланства, утврђивање буџета, избори у све органе ОУН-а и сл); о томе више видети: Б. Јанковић - З. Радиојевић: Међународно јавно право, Ниш, 1998. стр. 27-28.

органа којима се од држава чланица тражи одређено понашање имају само политички (морални), а не правни карактер. Али, велике замерке могу се упутити што приликом установљења трибунала од стране Савета безбедности Генерална скупштина, као најрепрезентативнији орган ОУН, потпуно је искључена из тог поступка. Постоје нека схватања да Генерална скупштина није потпуно лишена утицаја на Хашки трибунал, јер је она та која одобрава његов буџет.¹⁰

Приликом дискусија о оснивању трибунала прихваћено је треће решење да се он установи резолуцијом Савета безбедности. Легитимитет за такав поступак нађен је у тврђењу да су злочини почињени у оружаном сукобима у бившој СФРЈ представљали претњу међународном миру и безбедности.¹¹ Као још једна потврда легитимитета тог начина установљења наводи се исцрпљење свих алтернативних средстава за решавање спора.¹² У прилог том начину оснивања навођено је да је то најбржи начин установљења трибунала а ради што потпунијег и ефикаснијег остваривања својих задата неопходно је да трибунал буде што је могуће пре установљен и да што пре отпочне са остварењем своје функције. Што се тиче правног основа установљења трибунала од стране Савета безбедности он је нађен у глави VII Повеље УН. На основу те главе Савет безбедности има овлашћења да у случају угрожавања мира, нарушавања мира или агресије предузме одређене мере како би се очували или успоставили међународни мир и безбедност.¹³ За установљење трибунала од стране Савета безбедности значајно је истаћи и одредбе из члана 29 Повеље УН у којем се даје овлашћење Савету безбедности да може да установљава помоћне органе које сматра потребним за обављање својих задатака.

Ради бољег разумевања главе VII Повеље УН потребно је истаћи да резолуције које Савет безбедности доноси на основу ове главе

¹⁰ J. C. O'Brien: *op. cit.*, p. 643.

¹¹ *Ibid.*, p. 644.

¹² Од момента настанка кризе Савет безбедности је покушавао да олакша преговоре страна у сукобу и смањи људски данак. И друге организације, као што су Комисија УН за људска права, ОБЕС, Европска заједница и Међународна конференција о бившој Југославији, покушавали су, али без успеха, да окончају конфликт или барем борбе сведу на мању меру; *Ibid.*, p. 640.

¹³ У том циљу Савет безбедности може предузети привремене и принудне мере (потпун или делимичан прекид привредних односа, прекид железничких, поморских, ваздушних, поштанских, телеграфских и других саобраћајних веза, прекид дипломатских односа). Ако се ове мере не покажу довољним Савет безбедности може да предузме сваку меру ваздухопловним, поморским или сувоземним снагама која је нужна ради одржања или успостављања међународног мира и безбедности. Таква мера може садржавати демонстрације, блокаду и друге операције ваздухопловним, поморским и сувоземним снагама Уједињених нација.

обавезне су за све државе и оне их морају извршавати. Та околност иде у прилог устанвољењу трибунала од стране Савета безбедности, јер из тога произилази обавеза држава да у потпуности сарађују са трибуналом.

2.2.2. *Реализација идеје о оснивању Хашког трибунала*

Као што је већ речено Хашки трибунал је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН-а. У питању је Резолуција бр. 827 од 25. маја 1993. године. Међутим, то је био последњи корак у настанку Трибунала којем је предходио већи број других правних аката.

Прву степену у низу одлука представља Резолуција Савета безбедности бр. 771 од 12. августа 1992. године. Том резолуцијом се изражава забринутост због кршења међународног хуманитарног права бројним кривичним делима на простору бивше СФРЈ, а посебно у Босни и Херцеговини. Између осталог, у резолуцији се истиче: (а) све стране у сукобу су дужне да се придржавају одредаба Женевских конвенција из 1949. године¹⁴ а лица која те повреде чине или их наређују појединачно су одговорна; (б) оштро се осуђује свака повреда међународног хуманитарног права, укључујући и оне из праксе "етничког чишћења"; (ц) захтева се од свих страна у бившој Југославији да одмах престану и уздрже се од повреда међународног хуманитарног права; (д) позивају се државе и међународне хуманитарне организације да прикупљају и обрађују аргументоване податке којима располажу у вези са кршењем међународног хуманитарног права, и (е) тражи се од Генералног секретара УН да прикупи и обради податке о повредама међународног хуманитарног права и да их достави Савету безбедности.

Затим, 6. октобра 1992. године Савет безбедности усвојио је Резолуцију бр. 780 којом подсећа на своје раније захтеве из Резолуције бр. 771 и још тражи да Генерални секретар УН именује комисију струч-

¹⁴ 12. августа 1949. године усвојене су четири конвенције које штите поједине категорије лица у рату и то: Женевска конвенција за побољшање положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у сувоземном рату, Женевска конвенција за побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору, Женевска конвенција о поступању са ратним заробљеницима и Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата. Ове конвенције су допуњене 8. јуна 1977. године усвајањем два допунска протокола: Допунски протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол И) и : Допунски протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (Протокол ИИ).

њака са задатком да испита и анализира информације достављене сходно Резолуцији бр. 771, као и остале податке које сама комисија може да прибави сопственом истрагом. Резултати до којих комисија дође треба да послуже за достављање закључака Генералном секретару о тешким кршењима Женевских конвенција и другим кршењима међународног хуманитарног права на простору бивше Југославије. У складу с тим Генерални секретар је образовао Комисију коју је чинило пет стручњака на чијем челу је био холандски експерт за хуманитарно право Калсховен.¹⁵

Настављајући континуитет раније наведених резолуција 22. фебруара 1993. године Савет безбедности донео је Резолуцију бр. 808 која даље доприноси установљењу Хашког трибунала. Ова резолуција заснива се на извештају који је поднела напред поменути Комисија експерата, исвештају КЕБС-а, извештају истражне комисије Европске заједнице о поступању са муслиманским женама у бившој Југославији и препоруци копредседника Међународне конференције о бившој Југославији. У овој Резолуцији се понављају ставови из ранијих резолуција, али она представља одлучујући корак у оснивању међународног трибунала. Наиме, у параграфу 1 Резолуције Савет безбедности је одлучио да оснује међународни суд за гоњене лица одговорних за озбиљна кршења међународног хуманитарног права извршених на територије бивше Југославије од 1991. године. У параграфу 2 од Генералног секретара се захтева да у року од највише 60 дана поднесе извештај Савету безбедности о свим аспектима везаним за оснивање овог суда. Дакле, Резолуција Савета безбедности бр. 808 од садржи начелну одредбу о образовању Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.

На крају, Савет безбедности 25. маја 1993. године донео је већ поменути Резолуцију бр. 827 којом је основао Хашки трибунал.¹⁶ Том резолуцијом Савет безбедности усвојио је и Статут Трибунала. Савет безбедности потврдио је ранија становишта о повредама међународног хуманитарног права и изразио уверење да ће установљење Трибунала

¹⁵ О раду ове Комисије више видети: В. Василијевић: Кривична одговорност за кршење правила међународног права у оружаним сукобима у некадашњој Југославији, Међународно право и југословенска криза (зборник радова), Београд, 1996, стр. 400-405.

¹⁶ Треба истаћи да је Резолуција 827 (1994) у Савету безбедности усвојена једногласно тј. за њу је позитивно гласало свих 15 чланова овог органа. У том моменту председавајући Савета безбедности био је представник Руске федерације Воронцов, а још су били заступљени представници Бразила, Зеленоортских острва, Кине, Цибутија, Француске, Мађарске, Јапана, Марока, Новог Зеланда, Пакистана, Шпаније, Велике Британије, САД и Венецуеле.

допринети поновном успостављању и очувању мира. У члану 2 Резолуције бр. 827 се каже: "Савет безбедности одлучује да се оснује Међународни трибунал искључиво ради кривичног гоњења лица одговорних за озбиљна кршења међународног хуманитарног права на територије бивше Југославије у периоду од 1. јануара 1991. до датума који одреди Савет безбедности после поновног успостављања мира". Поред тога Савет безбедности позвао је државе да сарађују са Трибуналом и његовим органима, сагласно Резолуцији и Статуту Трибунала.

У страниј и домаћој научној јавности упућене су бројне критике и замерке Хашком трибуналу, нарочито у погледу његовог оснивања.¹⁷

У Резолуцији бр. 827 речено је да ће седиште Трибунала бити одређено споразумом између Уједињених нација и државе Холандије. Међународни трибунал¹⁸ за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права почињене на територији бивше Југославије од 1991. године отпочео је са радом 18. новембра 1993. године када је одржана конститутивна седница у његовом сталном седишту у Хагу.¹⁹

III Организација Хашког трибунала

Хашки трибунал је комплексан орган и њега чине:

1. Судска већа - претресна (првостепена) већа и жалбено (другостепено) веће
2. Тужилаштво
3. Секретаријат.

¹⁷ О томе више видети: М. Митић: Међународно право у југословенској кризи, Београд, 1996, стр. 67-124.

¹⁸ И у француском и у енглеском изворнику реч је о "трибуналу". За разлику од суда у француском правном систему трибунал је правосудна установа која обухвата и пресуђујућу и тужилачку функцију. Код Енглеца реч је о суду успостављеном да се бави посебном врстом проблема. За то је добро и у српском језику употребљавати израз "трибунал" а не израз "суд"; наведено према: А. Васиљевић: Међународни трибунал за некадашњу Југославију: између потребе и оспоравања, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију: карактеристике и процедуре (зборник докумената), Београд, 1996, стр. 52.

¹⁹ С обзиром да је седиште Међународног кривичног суда за бившу Југославију у Хагу овај орган не треба мешати са Међународним судом правде чије је седиште исто у Хагу. Међународни суд правде је један од шест главних органа Организације уједињених нација. Овај Суд је надлежан са решавање правних спорова између држава, што значи да једино државе могу бити парничне стране пред Међународним судом правде.

► Судска већа

После измена Статута Хашког трибунала које су извршене од стране Савета безбедности Резолуцијом бр. 1166 од 13.5.1998. г. и Резолуцијом бр. 1329 од 30.11.2000. г., судска већа се састоје од шеснаест сталних судија и највише, у било ком датом моменту, девет судија *ad litem*.²⁰ Судије су распоређене у три претресна већа и једно жалбено веће.

Избор четрнаест сталних судија Хашког трибунала врши се према Статутом утврђеној процедури на период од четири године. Ове судије могу бити поново изабране. Да би неко лице могло бити изабрано за судију овог трибунала оно мора бити високог моралног карактера, непристрасности и интегритета и да поседује квалификације у својој земљи за именовање у највише судске органе. Поред тога мора се водити и рачуна о искуству у кривичним стварима, међународном праву, укључујући међународно хуманитарно право и прописе о људским правима. Процедура избора судија је следећа:

а) На тражење Генералног секретара УН државе чланице УН као и нечланице које имају сталну посматрачку мисију у седишту УН предложити по два кандидата за судије;

б) Примљене предлоге Генерални секретар прослеђује Савету безбедности који ће од свих предложених кандидата установити листу од не мање од 28 и не више од 42 кандидата, водећи рачуна о адекватној заступљености главних правних система света;

в) са те листе коју је предложио Савет безбедности Генерална скупштина ће апсолутном већином изабрати 14 судија од којих ни двојица не могу бити из исте земље тј. све судије морају бити из различитих земаља.²¹

²⁰ Према првобитном тексту Статута Хашког трибунала, какав је усвојен Резолуцијом Савета безбедности 827 (1993) којом је Трибунал установљен, судећа већа је чинило само 11 сталних судија. Од тих 11 сталних судија 6 је било је распоређено у два првостепена већа (по тројица) док је осталих 5 судија било у жалбеном већу (које је истовремено било и жалбено веће Међународног трибунала за Руанду). Због потребе за повећањем броја судија, како би се омогућило да се без одлагања покрене судски поступак против великог броја оптужених који чекају суђење, Савет безбедности је Резолуцијом бр. 1166 од 13. маја 1998. г. одлучио да формира и треће претресно веће, тако је је укупан број судија Хашког трибунала тада био четрнаест. Из истих разлога Резолуцијом бр. 1329 од 30.11.2000. године Савет безбедности је повећао број судија жалбеног већа са пет на седам и увео *ad litem* судије. Резолуцијом Савета безбедности 1411 од 17. маја 2002. године усвојене су одређене измене везане за избор судија са два или више држављанстава.

²¹ Данас функцију сталних судија у Хашком трибуналу у судећим већима обављају: Florence Nderеле Mwachande Mumba (Замбија), Richard George May (Велика Британија), Almiro Simoes Rodrigues (Португалија),

Судије Хашког трибунала између себе бирају Председника Трибунала. Председник се бира већином гласова судија, а мандат му траје две године. По истој процедури бира се и потпредседник Трибунала. Председник трибунала је по својој функцији члан жалбеног већа.

Због великог броја оптужених пред Хашким трибуналом и због потребе да се скрати време вођења поступка уведена је и установа *ad litem* судија. Групу од 27 *ad litem* судија на препоруку Савета безбедности бира Генерална скупштина УН на период од четири године, с тим што они не могу бити поново бирани. Судија *ad litem* може обављати функцију у Међународном кривичном суду за бившу Југославију само након што га на ту функцију постави Генерални секретар УН на предлог председника Трибунала²², и то како би учествовао у вођењу једног или неколико одређених процеса у периоду од највише три године. Судије *ad litem* могу бити само чланови претресних, а не и жалбеног већа. У било ком датом моменту у свим већима може бити заступљено највише девет судија *ad litem*. Да би се додатно убрзао рад, претресно веће у којем су заступљене *ad litem* судује може се поделити у мешовите секције од по три судије, (један стални и два *ad litem*, или два сталних и један *ad litem*). Свако претресно веће може имати највише три секције. Секције претресног већа имају исте надлежности и одговорности које по Статуту припадају претресном већу и оне доносе пресуде у складу са истим правилима.

Жалбено веће се састоји од седам сталних судија: пет (од четрнаест) сталних судија Међународног кривичног суда за бившу Југославију и двоје (од једанаест) сталних судија Међународног кривичног суда за Руанду. Ових седам судија, као што је већ раније речено, чине и жалбено веће Трибунала за Руанду. Када расправља по жалбама против пресуда претресних већа жалбено веће броји пет судија.

Lal Chand Vohrah (Малезија), Fouad Abdel-Moneim Riad (Египат), Rafael Nieto-Navia (Колумбија), Mohamed El Habib Fassi Fihri (Мароко), Patrick Lipton Robinson (Јамајка) и Liu Daqun (Кина), а у жалбеном већу: Claude Jorda (Француска), David Anthonx Hunt (Аустралија), Mohamed Shahabuddeen (Гвајана), Fausto Posar (Италија), Asoka de Zoxxa Gunawardana (Шри Ланка), Mehmet Güney (Турска) и Theodor Meron (САД).

²² Тренутно функцију *ad litem* судија обављају: Maureen Harding Clark (Ирска), Ivana Janu (Чешка), Chikako Taya (Јапан), Fatoumata Diarra (Мали), Sharon A. Williams (Канада), Rafael Nieto-Navia (Колумбија), Mohamed Fassi Fihri (Мароко), Volodimir Vassilenko (Украјина), Per-Johan Viktor Lindholm (Финска).

► Тужилаштво

Тужилаштво чине тужилац Хашког трибунала и потребан број квалификованог особља. У Тужилаштву су заступљени искусни полицајци, криминалистички и криминолошки стручњаци, аналитичари и правници. Предлог за избор Тужиоца даје Генерални секретар УН, а одлуку о његовом избору доноси Савет безбедности УН. Тужилац се бира за период од седам година и може бити поново биран на ту функцију. Да би неко лице било изабрано на ову функцију оно мора бити високог моралног карактера и поседовати највећи ниво способности и искуства у вођењу истрага и суђења у кривичним стварима. Постоји и функција заменика тужиоца кога бира Генерални секретар на предлог тужиоца. Заменик тужиоца врши функцију тужиоца у одсуству или у случају спречености тужиоца, као и на основу формалних упутстава тужиоца. Остало особље тужилаштва именује Генерални секретар УН на предлог тужиоца Трибунала. У досадашњој историји Хашког трибунала функцију тужиоца обављали су: Richard Goldstone (Јужна Африка), Louise Arbour (Канада) и Carla Del Ponte (Швајцарска).²³

Тужилаштво је одговорно за вођење истраге и оптужење лица одговорних за извршење кривичних дела за која је надлежан Трибунал. Тужилац је при вршењу своје функције независан и не сме тражити или примати инструкције од неке владе, Савета безбедности или неког другог органа или организације.

► Секретаријат

Секретаријат се састоји из Секретара и потребног броја особља. Секретара Трибунала именује Генерални секретар УН после консултација са председником Трибунала. Лице се на ову функцију бира за период од четири године и може бити поново именовано. Остало особље Секретаријата именује Генерални секретар УН на препоруку секретара.

²³ Пре избора Richard Goldstone на функцију тужиоца Хашког трибунала ту функцију врло кратко су обављали Ramon Escovar Salom (Венецуела) и Graham Thomas Blewitt (Аустралија). С обзиром на краткоћу периода у којем су ту функцију вршили као и на незнатне активности које су предузели ова два тужиоца се готово и не помињу.

Секретаријат опслужује судска већа и тужилаштво. Овај орган је одговоран за административне послове и подршку у раду Трибунала, укључујући и превођење докумената и симултано превођење током суђења. У надлежност Секретаријата спада и организовање расправе у судницама, завођење поднесака, вођење архиве правних докумената, организовање правне помоћи за лица слабог имовинског стања, пружање помоћи и заштите сведоцима, као и управљање притворском јединицом. Заједно са председником Трибунала, Секретаријат обавља дипломатске функције. Секретар је такође задужен за целокупну комуникацију Трибунала са државама, међународним организацијама и појединцима.

IV Надлежност Хашког трибунала

Приликом установљења сваког органа, а нарочито међународног, врло је важно прецизно одредити његову надлежност. Надлежност Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију одређена је у највећој мери реалним збивањима на бившем југословенском простору, а у оквирима који су већ постојали у међународном кривичном праву и унутрашњем законодавству свих зараћених страна.²⁴ Статутом Трибунала уређена је његова надлежност *ratione materiae*, надлежност *ratione personae*, надлежност *ratione loci* и надлежност *ratione temporis*.

Надлежност *ratione materiae* одређује се за која кривична дела Хашки трибунал може судити. У Статуту Трибунала (члан 2-5) казуистичким методом утврђено је за која све кривична дела лица могу одговорати пред овим органом. То су следеће групе кривичних дела:

- тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године,
- повреде закона или обичаја рата,
- геноцид, и
- злочини против човечности.

Може се видети да су различита кривична дела квалификована као повреде међународног хуманитарног права. Постоје два основна концепта међународног хуманитарног права, традиционални, по којем оно обухвата само правила о заштити жртава рата, и шири концепт по

²⁴ В. Василијевић: Међународни трибунал за некадашњу Југославију: између потребе и оспоравања, Међународни трибунал за некадашњу Југославију: карактеристике и процедуре (зборник докумената), Београд, 1996, стр. 59.

којем међународно хуманитарно право обухвата и друга правила хуманитарног карактера. Савет безбедности је увео потпуно нови концепт међународног хуманитарног права, по којем оно обухвата поред традиционалних правила тог права, такође и геноцид.²⁵

За разлику од Нирнбершког и Токијског трибунала Хашки трибунал није надлежан да суди за злочине против мира. Њихово укључивање у надлежност захтевало би да Трибунал истражује узроке конфликта што би га увукло у политичка питања која окружују конфликт.²⁶

► *Тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године*

Као што је већ раније истакнуто Женевским конвенцијама од 12. августа 1949. године штите се поједине категорије лица у рату (рањеници, болесници, бродоломници, ратни заробљеници и цивилна лица). Ове конвенције предвиђају велик број забрана које имају за циљ да заштићеним лицима пруже што бољу заштиту у рату. Међутим, кршење свих тих забрана не спада у надлежност Трибунала, већ само најтеже повреде ових конвенција. У Статуту Хашког трибунала изричито је наведено које су то повреде:

- а) намерно убијање;
- б) тортура и нехумани поступак, укључујући биолошке експерименте;
- в) намерно проузроковање великих патњи и озбиљне повреде тела и здравља;
- г) широко уништавање и присвајање имовине, неоправдано војном потребом и извршено незаконито и обесно;
- д) присиљавање ратних заробљеника или цивила да служе у снагама непријатељске стране;
- ђ) намерно лишавање ратних заробљеника или цивила права на правично и законито суђење;
- е) незаконита депортација или трансфер или незаконито затварање цивила;
- ж) узимање талаца.

²⁵ Б. Јаковљевић: Ad hoc Tribunal for the Former Yugoslavia: Validity of Indictments Brought under Articles 2-5 of the Statute, Југословенска ревија за међународно право, 1994, бр. 1-2, стр. 75-76 и 81.

²⁶ J. C. O'Brien: op. cit., p. 645.

За наведене тешке повреде Женевских конвенција одговараће како лица које су их вршила, тако и лица која су те повреде наређивала.

► *Повреде закона и обичаја рата*

Још од почетка ратовања стварана су и правила која су регулисала вођење рата. Та правила су најпре стварана путем обичајног права да би од XIX века почело регулисање ратовања путем међународних уговора. Тако данас постоје бројна правила ратовања која су створена путем међународних уговора (закони рата), али у оним областима за које још увек нису донета уговорна правила важе ратни обичаји који су створени дуготрајном праксом. У Статуту је наведено да ће Хашки трибунал бити надлежан за следеће повреде закона и обичаја рата:

- а) употреба отровних средстава или других оружја срачуната на узроковање непотребних патњи;
- б) безобзирно рушење места, градова или села, или уништавање неоправдано војним потребама;
- в) напад, бомбардовање било којим средствима небрањених градова, села, насеља или зграда;
- г) освајање, разарање или намерно оштећење учињено институцијама посвећеним религији, добротворним активностима и образовању, уметности и науци, историјским споменицима и уметничким и научним творевинама;
- д) пљачка јавне и приватне имовине.

Међутим, у Статуту Трибунала је речено да су то само неке од повреда закона и обичаја рата за које Трибунал може судити, из чега следи да у његову надлежност спадају и друге повреде закона и обичаја рата које у Статуту изричито нису наведене. Требало је избећи остављење отворене листе кривичних дела за које Трибунал може судити, јер се то коси са једним од основних начела кривичног права *nullum crimen sine lege*.

► *Геноцид*

Још 1948. године донета је Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида и у њој је речено да је геноцид без обзира где је учињен у време мира или у ратно време злочин против међународног права. У поменутој Конвенцији из 1948. године злочин геноцида је дефиниса на врло прецизан начин. Та дефиниција је преузета Статутом Трибунала и она гласи: Геноцид представља неки од следећих аката извршених у намери потпуног или делимичног уништења националне, етничке, расне или верске групе:

- а) убијање чланова групе;
- б) проузроковање озбиљних физичких и менталних повреда чланова групе;
- в) намерно подвргавање групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења;
- г) спровођење мера уперених на спречавање рађања у оквиру групе;
- д) принудно премештање деце из једне групе у другу.

У вези са овим кривичним делом кажњиве су следеће радње:

- геноцид,
- завера за извршење геноцида,
- непосредно и јавно подстицање на вршење геноцида,
- покушај вршења геноцида, и
- саучесништво у геноциду.

► *Злочини против човечности*

Злочини против човечности представљају нечовечне радње врло озбиљне природе које могу бити извршене против било које цивилне популације и забрањени су без обзира да ли су учињени у оружаним сукобима међународног или унутрашњег карактера. У чл. 5 Статута је речено да ће Међународни кривични трибунал за бившу Југославију имати овлашћење да гони лица одговорна за следеће злочине када су учињени у оружаним сукобима, било међународног било унутрашњег карактера, а уперени су против цивилног становништва:

- убиство;
- истребљење;
- заробљавање;
- депортација;
- затварање;
- мучење;
- силовање;
- прогон на политичкој, расној и религиозној основи;
- друге нечовечне радње.

Надлежност *ratione personae* је она надлежност којом се прецизира који појединци на основу личне кривичне одговорности могу бити оптужени и којима се може судити пред Хашким трибуналом. У међународном праву данас постоји јасан став да кривично могу одговарати само појединци, а не и државе. На тај начин се онемогућава да читав један народ буде проглашен кривим због дела која су извршили поједини припадници тог народа, већ ће за извршена дела бити суђено лицима која су за њих одговорна. У низу резолуција Савета безбедности које предходе установљењу Хашког трибунала изнет је став да су учиниоци повреда међународног хуманитарног права индивидуално одговорни. Такав став је потврђен у Статуту где је речено да ће Трибунал судити физичким лицима.

У чл. 7 Статута Хашког трибунала дају се одређена појашњења у вези са личном кривичном одговорнишћу и она умногоме представљају репродукцију нирнбершких начела. То су следећа правила:

1. Лица која су планирала, подстицала, наређивала или на други начин помагала и учествовала у планирању, припреми или извршењу злочина за које је Трибунал надлежан биће индивидуално одговорна за злочин.
2. Службени положај било ког оптуженог лица, било да је шеф државе или владе или одговорни владин службеник, неће ослободити такво лице кривичне одговорности нити ће утицати на ублажавање кажњавања.
3. Чињеница да су неки од злочина за које је Трибунал надлежан извршени од стране потчињених лица не ослобађа његовог претпостављеног од кривичне одговорности ако је он знао или је имао

могућност да зна да је тај подређени имао везе са извршењем те радње или ју је извршио а претпостављени је пропустио да предузме потребне и разумне мере да спречи такве радње или да казни извршиоце.

4. Чињеница да је оптужено лице деловало према наређењу владе или претпостављеног неће га ослободити кривичне одговорности, али може бити узето у обзир код ублажавања казне.

Може се видети да је Статут у ставу 3 овог члана предвидео командну одговорност тј. одговорност надређеног (енг. *command responsibility, responsibility of superior*). Уколико наредбе или други вид директне умешаности не могу бити пронађене, гоњење политичких и војних лидера, темељиће се на доктрини командне одговорности, која захтева од команданата да спрече или казне повреду међународног хуманитарног права извршене од стране њихових подређених.²⁷

Надлежност *ratione loci* Хашког трибунала одређује на којој територији неко кривично дело мора бити извршено да би овај Трибунал за њега могао судити. Сходно Резолуцији бр. 808 и 827 Савета безбедности којима је Хашки трибунал основан у његовом Статуту је утврђено да ће се надлежност Трибунала односити на дела која су учињена на територији бивше Југословије. Територија бивше Југославије подразумева територију Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, укључујући њену копнену територију, ваздушни простор и територијалне воде.

Надлежност *ratione temporis* Трибунала одређује у ком временском периоду неко кривично дело мора бити извршено да би за њега овај орган могао судити. Резолуција Савета безбедности бр. 827 одређује почетак временске надлежности од 1991. године, а Статут Хашког трибунала прецизира да је то 1. јануара 1991. године. Можемо видети да временска надлежност Трибунала почиње готово седам месеци пре него што је Словенија прогласила независност. Крајња граница временске надлежности Хашког трибунала Статутом није одређена, већ је то утврђено у Резолуцији бр. 827, где се каже да ће то бити датум који одреди Савета безбедности после поновног успостављања мира. Другим речима, Хашки трибунал може судити за свако оно дело које спада

²⁷ Више о командној одговорности видети: B.B. Jia: The Doctrine of Command Responsibility in International Law With Emphasis on Liability for Failure to Punish, *Netherlands International Law Review*, Vol. XLV, 1998, pp. 325-347.

у његову стварну надлежност, а које је извршено на простору бивше Југославије од 1. јануара 1991. године па до дана данашњег, пошто Савет безбедности још увек није одредио датум до којег ће се протирати надлежност Трибунала.

V Међународни кривични трибунал за Руанду

Током сукоба у афричкој држави Руанди у периоду од априла до јуна 1994. године настрадало је између 500.000 и милион становника из редова Тутсија и умерених Хутуа. Поред тога, процење се да је око 2 милиона људи избегло у суседне земље, а око 1,8 милиона је било расељено унутар саме Руанде. С обзиром да је Руанда пре рата имала око 8 милиона становника може се приметити да је око 50% предратног становништва тешко погођено ратним збивањима.²⁸

У међународној заједници је сматрано да извршиоци тих страшних злочина у Руанди морају бити кажњени пред одговарајућима међународним судом. Том приликом у Савету безбедности УН постојала је дилема да ли треба стварати нови међународни кривични суд или је могуће само проширити надлежност Међународног трибунала за бившу Југославију. На крају се стало на становиште да је неопходно основати посебан кривични трибунал за Руанду.

Процедура оснивања *ad hoc* трибунала за Руанду била је, донекле, слична процедури за оснивање Хашког трибунала. Најпре је донето неколико резолуција Савета безбедности у којима је указивано на кршење хуманитарног права у рату у Руанди. Поред тога, тим резолуцијама је одређено да Генерални секретар УН образује комисију експерата која ће испитати постојање повреда хуманитарног права, а такође је наложено Генералном секретару да о томе поднесе извештај Савету безбедности и да обави припреме за оснивање кривичног трибунала.

Важно је нагласити да је и Влада Руанде од Савета безбедности затражила установљење међународног кривичног трибунала за злочина почињена у Руанди. Исто као и у случају Хашког трибунала и у случају Руанде *ad hoc* кривични трибунал је основан резолуцијом Савета безбедности УН. Конкретно, то је учињено Резолуцијом бр. 955 од 8.

²⁸ Подаци наведени према: Б. Кривокапић: Међународни кривични трибунал за Руанду, Југословенска ревија за међународно право, бр. 1, 1997, стр. 74.

новембра 1994. године. Оснивање Међународног трибунала за Руанду било је једнофазно, тј. резолуцији којом је он установљен није предходила ниједна резолуција која је садржавала начелну одредбу о његовом оснивању као што је то био случај код Хашког трибунала. Савет безбедности је истакао да је приликом основања Међународног трибунала за Руанду поступао на основу главе VII Повеље УН, јер је сматрао да ситуација у Руанди представља претњу међународном миру и безбедности. Основани Трибунал треба да допринесе националном помирењу и установљењу и одржавању мира.

Резолуцијом којом је основан Међународни трибунал за Руанду усвојен је његов Статут. Треба истаћи да ова Резолуција Савета безбедности није усвојена једногласно, као она приликом образовања Хашког трибунала, већ је усвојена већином гласова. Приликом гласања у Савету безбедности 13 чланова је гласало "за", Руанда је гласала "против"²⁹, а Кина се уздржала од гласања.³⁰

Интересантно је истаћи да Резолуција бр. 955 којом је овај Трибунал установљен потврђује потребу за међународном сарадњом на јачању судова и правног система Руанде, посебно у погледу потребе ових судова да се баве великим бројем осумњичених. Оваква одредба је присутна у Резолуцији јер је било евидентно да Међународни трибунала за Руанду неће бити у стању да организује суђење за тако велик број злочина, већ ће судити само за најтеже злочине, па је зато неопходно ојачати национално правосуђе које ће судити највећем броју одговорних лица. Резолуција којој је основан Хашки трибунал такву одредба не садржи.

Статут не садржи одредбу о седишту Међународног трибунала за Руанду. У Резолуцији којом је Трибунал основан истакнуто је да ће седиште бити одређено од стране Савета безбедности а уважавајући

²⁹ Руанда, иако је од Савета безбедности затражила установљење Трибунала, гласала је против јер није била задовољна свим решењима која су Резолуцијом и Статутом предвиђени. Главни разлози незадовољства били су: непостојање смртне казне у Статуту, одређивање временске надлежности Трибунала на неадекватан начин, постојање заједничког тужиоца и жалбеног већа са Хашким трибуналом, неодређивање седишта Трибунала у Руанди и проширење стварне надлежности Трибунала и "на повреду заједничког члана 3 Женевских конвенција и Додатног протокола ИИ. Више о овим разлозима видети: С. Cissé: The International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda: Some Elements of Comparison, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. VII, 1997, No. 1, pp.107-108.

³⁰ Кина је као разлог своје уздржаности истакла чињеницу да руандска Влада гласа против установљења Трибунала; Б. Кривокапић: Међународни кривични трибунал за Руанду, *Југословенска ревија за међународно право*, 1997, бр. 1, стр. 80.

разлоге правде, правичности, ефикасности и економичности, укључујући и приступ сведоцима. Каснијом резолуцијом Савет безбедности је одлучио да седиште Међународног трибунала за Руанду буде у граду Аруши у суседној Танзанији.³¹ Седиште заменика главног тужиоца је у Кигалију, главном граду Руанде.

Овај трибунал се састоји из судских већа, тужиоца и Секретаријата. Судска већа чине три првостепена (претресна) и једно жалбено веће.³² Претресна већа суде у првостепеном поступку и састоје се од по тројице судија. Жалбено веће је заједничко са жалбеним већем Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, тј. постоји само једно жалбено веће за оба трибунала. Такође, Међународни трибунал за Руанду и Хашки трибунал имају заједничког тужиоца, с тим што он има додатно особље, укључујући и заменика тужиоца, у циљу помагања процедуре пред Међународним трибуналом за Руанду. Секретаријат се састоји од Секретара и одређеног броја особља и он је одговоран за административне послове и опслуживање овог Трибунала. Што се тиче осталих одредаба око организације Међународног трибунала за Руанду оне су сличне одредама Статута Хашког трибунала о чему је већ било речи.

У погледу надлежности Међународног трибунала за Руанду треба указати на његову надлежност *ratione materiae*, надлежност *ratione personae*, надлежност *ratione loci* и надлежност *ratione temporis*.

Што се тиче надлежности *ratione materiae* у Статуту је предвиђено да је Међународни трибунал за Руанду овлашћен да гони лица одговорна за следећа кривична дела:

1. Геноцид
2. Злочине против човечности
3. Повреде члана 3 за једничког за Женевске конвенције из 1949. г. и Додатни протокол II из 1977. године (овим прописима државе у међународним оружаним сукобима се обавезане да поштују поштују правила међународног хуманитарног права у тим сукобима).

³¹ Резолуција Савета безбедности 977 (1995).

³² Овакав састав судских већа је последица измена Статута Међународног трибунала за Руанду (Резолуција Савета безбедности 1165 (1998) и Резолуција 1329 (2000). Раније је Трибунал имао два првостепена већа и жалбено веће.

У погледу прве две групе кривичних дела, одредбе су готово идентичне као и у Статуту Хашког трибунала. Трећа група кривичних дела карактеристична је само за Међународни трибунал за Руанду. Може се приметити он да није надлежан за повреде закона и обичаја рата, као и да је надлежан само за поједине повреде Женевских конвенција из 1949. године. Разлог томе је чињеница да је сукоб у Руанди био унутрашњи сукоб, тј. није био међународни сукоб.

Што се тиче надлежности *ratione personae* одредбе Статута Међународног трибунала за Руанду су идентичне са одредбама Статута Хашког трибунала, па их стога нећемо посебно разматрати.

Надлежност *ratione loci* је такође утврђена Статутом Трибунала. Овом надлежношћу се одређује на којој територији кривична дела морају бити извршена да би Међународни трибунал за Руанду за њих могао судити. У Статуту је предвиђено да Трибунал може судити за дела извршена на територији Руанде укључујући њену земљишну површину и ваздушни простор као и за дела извршена на на територији суседних земаља ако су она извршена од стране руандских становника. За разлику од Хашког трибунала чија се месна надлежност простире само на простор бивше СФРЈ, надлежност Међународног трибунала за Руанду простире за и на територију суседних држава пошто је припремање и помагање многих кривичних дела вршено у тим државама.

Надлежност *ratione temporis* Међународног трибунала за Руанду одређена је другачије него код Хашког трибунала. У Статуту је стриктно одређена ова надлежност тако што је речено да ће Међународни трибунал за Руанду судити за кривична дела извршена у времену од 1.1.1994. до 31.12.1994. године. Можемо видети да је унапред тачно одређено (у резолуцији којом је овај трибунал основан) која је крајња граница временске надлежности.

Из излагања о Међународном трибуналу за Руанду можемо видети да је он умногоме сличан са Хашким трибуналом, односно да представља његову копију. Зато га неки и описују као "слабог рођака Хашког трибунала".³³

³³ С. Cissé: op. cit., p. 117.

VI Закључак

Хашки трибунал и Међународни кривични трибунал за Руанду су први, а вероватно и последњи, међународни кривични судови које је установио Савет безбедности УН. Оба ова трибунала основана су на основу главе VII Повеље УН чиме је створена обавеза за све државе да са њима сарађују. Свакако да је било боље да је уместо ових *ad hoc* трибунала постојао стални међународни кривични суд чији би легитимитет и легалитет био мање оспораван. Међутим, у одсуству таквог сталног суда требало је предузети одређене мере да се починиоци тешких кривичних дела у ратовима у бившој СФРЈ и Руанди казне, пошто национални судови то углавном нису чинили. У намери да се трибунали што пре установе, прихваћено је становиште да се то учини резолуцијом Савета безбедности, а не међународним уговором или резолуцијом Генералне скупштине.

Организациона структура оба трибунала је мењана, а у циљу повећања њихове ефикасности. Та чињеница говори да у моменту оснивања трибунала њихови творци нису баш у потпуности успели да сагледају све проблеме везане за њихов будући рад. Када се упореде Хашки трибунал и Међународни трибунал за Руанду може се видети да, уз одређене разлике, овај други представља копију првог. Ова два трибунала се чак преклапају и у организационој структури јер имају зајдничког тужиоца и жалбено веће.

На крају се може рећи да два трибунала, уз све слабости које су показали, представљају значајан корак у спречавању најтежих кривичних дела. Поред тога показало се да су ови *ad hoc* трибунали убрзали и формирање сталног међународног кривичног суда. Искуства (негативна и позитивна) Хашког трибунала и Међународног трибунала за Руанду биће од велике користи за рад будућег сталног кривичног суда.

Nebojša Raičević, LL.M
Teaching Assistant

ESTABLISHMENT, ORGANIZATION AND JURISDICTION OF INTERNATIONAL AD HOC CRIMINAL TRIBUNALS

Summary

During the wars in the former SFRY and Rwanda, it was decided to establish ad hoc international criminal tribunals which should compensate for the passivity of the national criminal courts. The Security Council established the Hague Tribunal (the International tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed on the territory of the former Yugoslavia since 1991), and the International Criminal Tribunal for Rwanda (the International criminal tribunal for the prosecution of persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed on the territory of Rwanda, and Rwandan Citizens responsible for genocide and other similar violations committed on the territory of the neighbouring states, between 1st January 1994 and 31st December 1994). The Hague Tribunal is a complex body and it consists of the Chambers (three trial chambers and the Appeals Chamber), the Prosecutor and the Registry. The Statute provides the jurisdiction of the Hague Tribunal, apart from the temporal jurisdiction whose extent should be determined by the Security Council. The International Criminal Tribunal for Rwanda was established later than the Hague Tribunal and it is highly similar to its forerunner. These two tribunals have the common Prosecutor and the Appeals Chamber. However, beside many similarities between these two tribunals, there are quite a few considerable differences.

Key words: *the Hague Tribunal, the International Criminal Tribunal for Rwanda, ad hoc Tribunal, establishment, organizational structure, jurisdiction.*

Марина Димитријевић

**ПОРЕСКИ СИСТЕМИ ЗЕМАЉА У
ТРАНЗИЦИЈИ**

UDK 336.2:338.246.025.88

Апстракт

У раду су приказани резултати спроведених пореских реформи у неким земљама у транзицији. Дат је посебан осврт на порески систем Републике Србије, анализиране су специфичности овог система и указано је на даље правце његовог развоја у будућности.

Кључне речи: земље у транзицији, пореске реформе, порески систем Србије.

Марина Димитријевић¹

ПОРЕСКИ СИСТЕМИ ЗЕМАЉА У ТРАНЗИЦИЈИ

Увод

Државе које припадају категорији земаља у транзицији (ЗУТ) су бивше социјалистичке државе у којима је доминирала планска економија са свим атрибутима карактеристичним за тај систем (одсуство слободне конкуренције, планска (диригована) економија, неуважавање економских закона, планске цене и сл). У овим земљама у последњих дванаест година заправо да није било ниједне важније области привредног, политичког или друштвеног живота која се није нашла пред тешким и хазардним изазовима транзиције. На гломазним, широко расутим и тешко уклоњивим рушевинама старог поретка ваљало је градити нове институције које су му у најважнијим одредницама дијаметрално супротстављене. Уклањање старог показало се као посао који није много лакши нити једноставнији од изградње новог. Стварање новог одвијало се у условима значајних материјалних и финансијских оскудица, у условима који су израз готово катастрофалног урушавања свих носећих макроекономских агрегата. Улога државе у привредним делатностима морала се изменити, а одсуство добро развијеног система закона и ефикасног државног апарата представљало је

¹ Асистент на Правном факултету у Нишу.

једну од главних препрека. Облици пореза заступљени у пореским системима ових држава и транспарентан систем утврђивања, контроле и наплате пореза - порески поступак требали су да постану важни параметри на основу којих би (наравно уз уважавање и других параметара) инвеститори требали да одлуче да ли је одређени амбијент - одређена привреда у транзицији привлачна за улагање капитала.

1. Пореске реформе у транзиционим друштвима

Већина ЗУТ започела је процес транзиције са великим пореским оптерећењем, што се није могло очувати без негативних ефеката и последица. Порески обвезници до почетка овог периода нису ни знали шта су то порези, јер су до тада порези представљали трансфер средстава из државних предузећа према владама на основу усвојених планова. Дакле, пореске традиције није било.

Порески системи су у свему били различити од оних тржишних привреда, како у погледу задатака опорезивања, тако и у погледу конкретних облика пореза. Као основни циљеви пореске реформе јавили су се: успостављање ефикасне пореске администрације, постизање компатибилности пореског система са пореским системима развијених земаља тржишних привреда (увођењем кључних пореских облика) који ће истовремено бити једноставан, неутралан и правден. Ограничења су, међутим, била бројна - од људског фактора, недостатка или недовољности опреме за аутоматску обраду података до некомпатибилних рачуноводствених система са међународним стандардима и неприлагодности система статистичке економске информације међународној методологији и стандардима.²

Кораци које је требало предузимати ради модернизације пореске администрације односили су се на промене у организационој структури и увођење процеса електронске обраде података, развијање контролне функције, увођење ваљане казнене структуре и осигурање жалбене процедуре.³

² Хасиба Хрустић, Пореске реформе - привреде у транзицији и ставови ММФ-а и Светске банке, Економска политика, бр. 2392, 1998, стр. 36.

³ Milka Casanegra de Jantscher, Carlos Silvani, Charles Vehorn, Modernizing Tax Administration, Fiscal Policies in Economies in Transition, Washington, 1992, p. 130.

Требало је створити такав порески систем чије ће остваривање испунити примарну фискалну функцију (обезбеђење потребних прихода), али и економску неутралност и ефикасност, праведност, једноставност, међународну конкурентност. Порески систем са промишљеном пореском структуром, базиран на принципу правичности, који се примењује ефикасно и без дискриминације, са ниским пореским стопама и широком пореском основицом требао је да буде ефикасан подстицај за привредни развој. Пореске олакшице и ослобођења требали су да буду рестриктивни, а казнени систем мера морао је да се примењује доследно.⁴

Стварање пореског система компарабилног са пореским системима развијених земаља тржишних привреда значило је увођење пореза на додату вредност као главног фискалитета у области посредних пореза, односно две крупне измене у области непосредних пореза: објектне (цедуларне) порезе на приходе заменити синтетичким (субјектним) порезом на доходак и увести порез на добит корпорација (друштва капитала).

Из периода транзиције сада већ дужег од једне деценије могу се извући и одређене поуке. За спровођење системских реформи (па и пореске) неопходан је ефикасан и осмишљен програм реформи који захтева истинску спремност политичког фактора у једној земљи за стварне промене а не за очување старог система уз извесне корекције. Спремност за те промене неоспорно се показује кроз резултате сузбијања сиве економије и корупције, дубоко укоренење у друштвима у транзицији.⁵ Показало се, међутим, да већина политичких система на почетку транзитивног периода није била ни развијена ни адекватно припремљена за промене које је требало извршити. Борба са корупцијом је тешка, али је суштинска, јер транзиција претпоставља изградњу тржишно оријентисаних структура у којима су односи и овлашћења контролисани.

Креирање потпуно новог пореског законодавства у свим ЗУТ које би одговарало тржишним условима привређивања у претходном периоду није било праћено надзором над њиховом применом услед недовољ-

⁴ Хасиба Хрустић, Више од деценије транзиције, Пословна политика, мај 2001, стр. 22.

⁵ М. Lavigne, The Reforms: Experiences and Failures, The Economics of Transition From Socialist Economy to Market Economy, Mcmillan Press, London, 1995, p. 40-43.

них и неефикасних институционалних припрема, чиме је отворен простор за даље деловање сиве економије. Напори да се побољша ефикасност пореске администрације су, у већини земаља, мали услед врло јаких утицаја разних интересних група које своју економску моћ повећавају, између осталог, захваљујући и пореској утаји.

На физиономију пореског система једне ЗУТ и на учешће појединих пореских облика у структури пореских прихода утичу многи чиниоци: опште стање привредног развоја, државно уређење, степен отворености привреде, структура радне снаге, флексибилност појединих пореза у односу на коњукурна кретања, опредељење бирача између ниских пореза и високе социјалне сигурности, припадност државе међународним организацијама. Наведено значи да је при обликовању пореског система нужно водити рачуна о могућностима привредног амбијента, о социјалним али и о политичким моментима.

ЗУТ су почеле да установљавају нови порески систем и нове пореске законе без континуитета са претходним системом. Прва препрека је било непостојање искуства у области савремених пореских система, па су због тога често позајмљивани или копирани порески закони суседних земаља. Важан део читавог процеса било је и стварање и регулисање пореског поступка у пореском систему, укључујући ту и одговарајуће казне за кршење пореске дисциплине. Основно знање пореских администратора није било довољно развијено. Врло сиромашна општа пореска култура наметала је, најпре, стварање једноставних пореских прописа. Брзина којом су пореске реформе морале да буду спроведене условила је, потом, низ проблема које је требало постепено решавати. То је довело до конфузне природе пореских прописа. Било је веома уобичајено да се прописи о одређивању основице пореза мењају неколико пута у току једног пореског периода. Ова чињеница је стварала неизвесност код пореских обвезника и мотивисала их да, на различите начине, покушају да избегну плаћање пореза.⁶

У излагању које следи биће указано на постигнуте резултате пореских реформи у неким земљама у транзицији, и то у појединим сегментима. Наведено ће бити доказ да је значење пореских реформи у нашем

⁶ Видети више: Алена Ванчурова, Мењање пореских система, Јавне финансије - теорија и пракса у централно - европским земљама у транзицији, уредници Juraj Nemec и Glen Wright, Магна Агенда, Београд, 1999, стр. 205.

амбијенту у претходном периоду више попримало декоративно и декларативно него функционално и делатно значење. Чињеница да је један број земаља на путу реформи испредњачио у односу на Србију има и своју позитивну страну јер омогућава учење на досад прикупљеним искуствима других и избегавање грешака које су биле готово неизбежне за оне који су предњачили у реформским процесима.

2. Искуства неких земаља у транзицији

2.1. Мађарска

Крајем осамдесетих година Мађарска, која се већ дуго постепено реформисала, нагло је убрзала своју трансформацију у вишепартијску демократију и тржишну привреду. Свеобухватна пореска реформа започела је 1. јануара 1988. године.

Биро за порез и финансијску управу (АПЕХ) је установљен 1987. године да би управљао новим системом пореза. Велики део административних пореских функција обављају локални савети, а њима у томе помажу реформе које су се, до данас, кретале у правцу упрошћења пореског система. Знатни напори уложени су у модернизацију АПЕХ-а, а он је постигао напредак у спровођењу основних система и процедура пореске администрације.⁷

1992. године, АПЕХ је реорганизовао своју структуру у функционалном смислу - убирање, ревизија, жалбе, регистрација и услуге обвезницима. Сада АПЕХ има организациону структуру на два нивоа, са државним центром у Будимпешти. Има четири управе (од 1. јануара 1996. год.) у Будимпешти, 19 средских управа које се називају директоратима и 100 филијала по срезовима. Прикупљање информација нужних за централну обраду обавља АПЕХов Институт за компјутерску обраду и пореско рачуноводство.

⁷ Михалъ Хеђе, Студија случаја: Мађарска пореска администрација, Јавне финансије - теорија и пракса у централно-европским земљама у транзицији, стр. 149.

АПЕХ је потпуно интегрисао пореско пословање на средњем нивоу, тако да су основне надлежности типичних средњих директората – управа: убирање пореза (прихода), жалбе, обрада података и администрација. Једна од новина у организационој структури АПЕХ-а је у томе што се поред традиционалних функционалних организација јавила потреба за "циљно усмереним" приступом ка великим обвезницима, па је као први корак установљен директорат за велике пореске обвезнике у Будимпешти.⁸

Мађарска није достигла фазу признавања или кодификације права пореских обвезника, али је све већа сагласност да пореске обвезнике треба слично третирати и да порески обвезници са сличним изворима дохотка треба да подлежу истим контролним процедурама. АПЕХ има велика овлашћења за тражење информација, али се приватност и поверљивост података пореских обвезника (пореска тајна) поштују.⁹ Информисање пореских обвезника врши се преко средстава јавног информисања и преко књижица са објашњењима пореских закона.

Хијерархијска процедура жалбе је на располагању пореским обвезницима који могу да оспоре пореске процене и одлуке. Нема специјализованих пореских судова који би се бавили пореским питањима, па на жалбама раде судије које немају много искуства у овој области.¹⁰

АПЕХ је модернизовао и изградио бољи систем услуга за пореске обвезнике. Задатак службе за пореске обвезнике је у томе да даје тачне и потпуне информације. Пореско особље мора да одговори на сва питања обвезника, а такође постоје и формулари за писану документацију о питањима.

Порез на добит корпорација и порез на доходак физичких лица представљају централне порезе. Уводе се и наплаћују на централном државном нивоу, док локална власт нема никаква овлашћења у односу на наплату ова два облика. Мађарски порески систем афирмише систем "самоопорезивања" пореског обвезника.

⁸ Ibid, стр.151-152.

⁹ Уколико дође до повреде поверљивости података порески обвезник има право да судски гони пореске власти. Терет доказивања је на пореском обвезнику и он мора да докаже да му је акција пореских власти нанела материјалну штету.

¹⁰ Михаљ Хеђе, *op. cit.*, стр.153

2.2. Бугарска

Систем прихода у Бугарској се не разликује много од других европских земаља. Порески систем садржи исте порезе какви постоје у класификацији пореза ОЕЦД - а.

1998. године донет је Закон о порезу на добит корпорација, а исте године је уведен (установљен) и персонални (синтетички) порез на доходак грађана.

Међутим, постојећи закони су још увек под утицајем драстичног фискализма (опесивна заокупљеност високим пореским стопама) и нису у вези са регулативном применом пореза. Већина пореских закона је донета "на парче", тако да се они не уклапају у реални порески систем који би био погодан за управљање економским развојем.¹¹

Највећи проблем бугарског пореског система није само одсуство системског приступа опорезивању, већ су то енормни трансакциони трошкови око примене пореског система. Сви ти трошкови су заправо елементи пореског система и узимају се у обзир када се доноси било каква одлука о тржишним трансакцијама. Мада се већина административних трошкова и трошкова поштовања законских одредби не може сасвим прецизно измерити, према неким проценама рачуна се да пословни човек годишње може изгубити месец и по дана у "прегањању" са пореским властима.¹²

Уз помоћ Министарства финансија САД урађен је нацрт Закона о пореском поступку у коме су регулисана питања положаја пореског обвезника у поступку (права и обавезе), овлашћења и одлука пореске администрације, увођења пореског идентификационог броја обвезника (установљење пореског регистра), административне и судске контроле одлука пореске администрације, структуре и надлежности пореске администрације.¹³

¹¹ Сматракалев Георги, Студија случаја: Извори прихода у Бугарској, Јавне финансије - теорија и пракса у централно-европским земљама у транзицији, стр.275

¹² Ibid, str. 276-277.

¹³ Вид. детаљније: Tax Procedure Code, US Treasury Tax Advisory Program: Translation from the Bulgarian, Ministry of Finance/Government Bulgaria, 2000.

2.3. Русија

Русија је једна од ретких држава која је започела кодификацију свог пореског права. Тако је 1998. године донет први део новог Пореског кодекса, који је ступио на снагу 1. јануара 1999. године. Њиме су замењени неки стари закони и редуциран је укупан број пореза у систему. Иако је први део кодекса у фази имплементације успех пореске реформе у Русији зависиће умногоме од судбине другог дела кодекса, који треба да садржи детаљна упутства за спровођење општинских норми садржаних у првом делу. Неизвесно је да ли ће и када Дума да изгласа овај значајни правни документ.¹⁴

2.4. Хрватска

Поред пореских закона који имају за циљ да порески систем Хрватске учине компарабилним са пореским системима развијених земаља тржишних привреда (у порески систем Хрватске уведен је синтетички порез на доходак грађана, порез на добит корпорација, порез на додатну вредност), децембра 2000. године је Заступнички дом Хрватског сабора донео Опћи порезни закон, који уређује питања: начела опорезивања, порескоправног односа, пореског поступка - надлежност, порески акти, пословне књиге и евиденције обвезника, учествовање пореског обвезника у утврђивању чињеничног стања, пореске пријаве, утврђивање пореза, пореска застарелост, правна помоћ у пореским стварима, инспекцијски надзор, плаћање пореза и камата (редовна наплата), осигурање наплате пореског дуга, извршни поступак (принудна наплата) и правни лек (жалба), као и питања пореских прекршаја. Иначе, овај закон предвиђа супсидијарну примену Закона о општем управном поступку Хрватске.¹⁵

¹⁴ Вид. детаљније: Central and East European Tax Directory, IBFD Publications, Amsterdam, 1999, p. 25.

¹⁵ Вид.: Опћи порезни закон Републике Хрватске, Заступнички дом Хрватског сабора, Загреб, 7. децембар 2000. године.

2.5. Република Српска

У Републици Српској је октобра 2001. године усвојен Закон о Пореској управи¹⁶ који садржи одредбе о пореском поступку, али и одредбе материјалног карактера. Реч је о закону чијем је доношењу предходило низ иницијатива и кредитних условљавања од стране међународних финансијских и других организација (ММФ, Светска банка, US Treasury) током 2000. године. Нова пореска администрација (настала уједињењем Финансијске полиције Републике Српске и Републичке управе јавних прихода Републике Српске) добила је три нова специјална сектора: сектор за кривичне истраге и обавештење (у области пореских превара), сектор за контролу великих пореских обвезника и сектор за принудну наплату. При новој пореској управи образован је и сектор за едукацију и помоћ пореским обвезницима. Пореска управа је територијално устројена путем подручних центара а функционална подела је организована путем сектора унутар пореске управе који су максимално специјализовани. Реч је, поред напред наведених сектора и о сектору за инспекцијску контролу малих и средњих бизниса, сектору за обраду података из пореских пријава и остале документације и сектору за информациону технологију.¹⁷

3. Порески систем Србије

Република Србија је својевремено (у саставу СФРЈ) међу првима ушла у транзиционе промене. Више него деценијско задржавање земље у друштвено-економској ситуацији која је била обележена ратовима, санкцијама, потпуном монополизацијом привреде, драматичним смањивањем економске снаге и економских потенцијала, политички недефинисаном територијом и њеним уређењем утицало је на то да се она данас, стицајем наведених околности, налази на зачељу и да последња

¹⁶ Вид.: Закон о пореској управи Републике Српске, Сл. гласник Републике Српске, бр. 51/01.

¹⁷ Миле Баника, Модернизација пореске управе Републике Српске, Финрар бр. 10/2001, стр. 46-48.

улази у транзиционе промене.¹⁸ Велика незапосленост (реална и прикривена) свих фактора производње, велика задуженост (спољна и унутрашња), техничко - технолошка заосталост привреде, још увек висока и ригидна јавна потрошња неповољне економске перформансе Србије значајније повећавају.

Почетком новог миленијума пореска реформа је поново, после неуспешног покушаја од пре десет година, започета у Србији. Циљ је изградња пореског система који је примерен тржишној привреди. Порески закони требају да створе претпоставке за снажне и позитивне економске промене.

Порески систем и пореска политика Србије биће ефикасни само ако снажно подстичу улагање капитала, инвестиције и извоз - оно без чега нема изласка из рецесије и динамизирања привредних активности, бољег коришћења капацитета, запослености.

Улагање капитала захтева економску, политичку, али и правну сигурност. Правна сигурност подразумева стабилан порески систем, стабилну пореску структуру, порески поступак који обезбеђује законитост и објективност у разрезу, контроли и наплати пореза и искључује арбитражност и самовољу пореских органа и појединаца. Пореска администрација Србије мора бити добро организована, кадровски, информатички и на други начин оспособљена да би била ефикасна, али и носилац културе опорезивања и сарадње са пореским обвезницима.

Компаративност пореског система Србије са пореским системима развијених земаља још није остварена. И фискална реформа из 1991. године заснивала се управо на постулату да би требало постићи такву компаративност, како кроз увођење транспарентних пореских облика, тако и кроз политику широко постављених пореских основица праћених ниским пореским стопама.

¹⁸ Република Србија мерено бројем становника (око 10 милиона) и површином своје територије (око 88.000 км²) спада, пре свега, у ред мањих него средњих европских држава. По својој економској снази Србија је на зачелу. Са нешто више од 1.100 \$ (US долара) per capita, Србија је у Европи снажнија само од Републике Албаније (око 800 \$ per capita). Извор података: 2001, Index of Economic Freedom, The Heritage Foundation, Washington and The Wall Street Journal, New York, 2001, p. 67.

1991. године је у порески систем Србије уведен синтетички (глобални) порез на доходак, али је његова примена одлагана све до 1998. године, да би тада био укинут и замењен мешовитим системом опорезивања дохотка грађана. Овај систем је остао и после усвајања нових пореских закона 2001. године и заснива се на цедуларним порезима који погађају поједине врсте прихода, с тим што мали број обвезника (они чији годишњи доходак прелази прописани износ) плаћа и комплементарни годишњи порез на доходак грађана.

Порез на добит корпорација замењен је, у нашем пореском систему, 1996. године порезом на добит предузећа, који за разлику од опције која преовлађује међу чланицама ОЕЦД погађа пословни резултат свих привредних друштава, а не само друштва капитала.

У нашем пореском систему још увек нема ни пореза на додату вредност, чије је увођење иницијално било предвиђено за 1995. годину а потом одложено за 2001. годину, односно 2003. годину. Тиме је, уз Босну и Херцеговину, Југославија (Србија и Црна Гора) данас једина земаља у Европи која не примењује порез на додату вредност као облик пореза на промет. У Србији је у примени једнофазни порез на промет у малопродаји.¹⁹

Акцизе у нашем пореском систему нису упоредиве са акцизама предвиђеним европским директивама. Прелазак пореског система Србије на специфичне акцизе није најбоље решење, јер код специфичних акциза (за разлику од *ad valorem* акциза) динарски износи акциза нису аутоматски заштићени од инфлационог дејства.²⁰

Наше опорезивање не само системски (по структури и облицима пореза),²¹ већ и фактички по пореској ефикасности и нивоу пореског оптерећења

¹⁹ Опорезивање деривата нафте се спроводи у производњи, а дуванске прерађевине, алкохолна пића и кафа су подвргнути својеврсном "мини ПДВ".

²⁰ Како би се ово обележје специфичних акциза делом ублажило, по препоруци ММФ-а, у Закону о акцизама је унета одредба која даје овлашћење Влади Републике Србије да тромесечно врши усклађивање динарских износа акциза са стопом раста цена на мало према подацима органа надлежног за послове статистике.

²¹ Порески систем Србије, поред наведених пореза - пореза на доходак грађана, пореза на добит предузећа, пореза на промет (производа и услуга) и акциза чине и порези на имовину (порез на имовину у статистици и порези на имовину у динамици - порез на наслеђе и поклон и порез на пренос апсолутних права), порез на фонд зарада, порез на финансијске трансакције, порези на употребу, држање и ношење добара (порез на употребу моторног возила, порез на употребу мобилног телефона, порез на употребу чамаца, пловених постројења и јахти, порез на

имовине, прихода и потрошње тек треба да се приближи пореским системима развијених земаља (стварна пореска хармонизација). У значајним размерама присутна сива економија и веома значајни износи неопорезоване, односно недовољно опорезоване економске снаге појединаца на једној, и претерано опорезивање порезима на потрошњу на другој страни, неки су од показатеља још увек конзервативног, уско фискалног и недовољно ефикасног државног финансирања.

Порески систем Србије је компликован, тежак за примену и недовршен. Што због сложености материје коју уређују, што због бирократске логике која условљава компликованост законског израза и експанзију подзаконских аката и различитих "мишљења" и "тумачења" које дају управни органи, позитивни порески прописи спадају међу најнепрегледније и најнејасније.

Неразумљивост, сложеност и бројност пореских прописа доприносе стварању неповерења пореских обвезника у пореску власт, у правилност утврђених пореских обавеза, повећавају незадовољство пореских обвезника радом пореског персонала и доводе до додатних спорења између њих и пореских органа.

Правила пореског поступка имају изузетан значај за правилну примену прописа о порезима, заштиту права пореских обвезника од евентуалне самовоље пореских органа приликом утврђивања, контроле и наплате пореза, учвршћивање правне сигурности у области опорезивања, рационализацију и економичност у раду пореских органа, као и за осигурање услова за контролу рада пореских органа.²²

Порески закони Србије регулишу као елементе законског описа пореског чињеничног стања, тако и системске елементе поступка утврђивања и наплате пореза. Поред тога, постоје врло бројни подзаконски акти (уредбе, правилници) које доносе управни органи а тичу се пореског поступка. Неки порески закони поступак утврђивања и наплате пореза уређују врло детаљно, а у другима је то учињено само у

употребу ваздухоплова и летилица, порез на регистровано оружје) и једнократни порез на екстра доходак и екстра имовину стечене искоришћавањем посебних погодности (има наговештаја да ће овај порез бити убрзо укинут).

²² Велики финансијски приручник, главни редактор Миодраг Матејић, Привредни преглед, Београд, 1974, стр. 378-379.

знакама и доста рудиментарно. Супсидијарно се у пореском поступку примењују и правила општег управног поступка.

Одређени број правила пореског поступка је заједнички за све пореске поступке, независно од тога о ком порезу је реч (општа правила поступка). Посебна правила пореског поступка изражавају специфичности утврђивања и наплате појединих пореских облика. Наведено је добра основа за доношење Закона о пореском поступку који би могао да има два дела: општи и посебни део. Овим законом би се увела прегледност у мноштву правних норми које регулишу порески поступак и променила она законска решења која су се у пракси показала као неадекватна, тј. доприносила неефикасности пореског поступка, необјективности у разрезу и погодвала разним манипулацијама. Овакав начин уређивања пореског поступка представљао би, заправо, кодификацију правила о пореском поступку (кодификацију пореског процесног права) а у истом правцу би требало размишљати и када је реч о материјалним пореским нормама (материјалном пореском праву).

Пореску администрацију Србије је потребно доследно реорганизовати према функционалном моделу организације (утврђивање, наплата, контрола) на свим нивоима. Нужно је увести систем самоутврђивања обавезе пореза на доходак и пореза на добит, јер се без овог система не може постићи пореска масовност, односно већи обухват пореских обвезника и економичност у раду пореских органа. Методи пореске контроле се морају у целини побољшати, а такође се мора увести и пореска ревизија. Ово истовремено захтева модернизацију информационог система пореске администрације и увођење пореског идентификационог броја обвезника. Због сигурности обезбеђивања пореских прихода у центру пажње би требало да буду "велики" порески обвезници. Поступак опорезивања "малих" пореских обвезника, као и поступак утврђивања и наплате пореза у целини морао би се поједноставити.

Закључак

Пореске реформе које се спроводе у ЗУТ и чији је циљ изградња пореског система који одговара тржишној привреди биле су крајње неопходне и део су привредних реформи и транзиције у коју су ове

земље закорачиле. Транспарентан порески систем је у њима важан и са становишта остваривања принципа законитости и из економских разлога. Неопходан услов за привлачење страног капитала јесу разумљиви порески прописи и порески поступци упоредиви са онима на које је страни инвеститор навикао у својој земљи или у другим земљама у којима је претходно обављао своју активност.

У транзиционим друштвима се постижу различити резултати. Савршених пореских закона нема: има само бољих и горих закона, оних који се више или мање примењују. Стварност коју порески закони уређују је комплексна и динамична, стручна знања о порезима су често мала а економски интереси велики, што заједно, много пута, делује као битан фактор, не само приликом предлагања и усвајања пореских закона, већ и приликом њихове примене (порески поступак). Проблеми за транзиционо друштво ће сигурно бити велики ако се порески закони остварују у свом неостварењу или се не примењују на исти начин према пореским обвезницима.

Интерес је сваке ЗУТ да својим пореским системом и изабраним моделом организовања пореске администрације оствари бољу ефикасност и економичност пореског поступка, као и већу сагласност пореских обвезника у испуњавању обавеза. Тиме ће број приговора и жалби на рад пореских органа бити мањи, што истовремено значи заштиту интегритета пореског система.

Политичари су склони да пореске приходе траже тамо где их је најлакше добити - на линији најмањег отпора (потрошни порези). Управо зато се ставови науке често сукобљавају са силама и интересима који настоје да пореску политику формулишу тако да фиск најједноставније дође до средстава не водећи рачуна о другим итекако значајним захтевима. Оно што је битно за свако друштво у транзицији је то да порески систем и порески поступак не смеју да буду постављани апстрактно без узимања у обзир прилика које владају у том друштву.

Богато и скупо плаћено искуство ЗУТ које су у транзиционом процесу испред Србије је добар материјал из кога се могу извући адекватне поуке с обзиром да Србији суштинске реформе тек предстоје. Наше заостајање нам даје прилику да избегнемо оне грешке, заблуде и лутања које су имале друге ЗУТ.

Marina Dimitrijević, LLB
Junior Teaching Assistant

TAX SYSTEM IN TRANSITION COUNTRIES

Summary

The paper renders the results of the tax reforms enforced in some transition countries. The author has provided a review of the tax system in Serbia, analyzing some of its peculiarities and indicating to possible courses of further development.

The developed market economy, being the aim of the countries in transition, requires a stimulating, safe and stable tax system including synchronized tax procedure and an efficient and non-corruptive tax administration. Implementation of the new tax system in transition countries does not only imply creating a set of new tax regulations, but also making provisions for tax-department employees' training (education) and also providing for the necessary financial and technical support. Tax system regulations have to be intelligible, well-defined and easily applicable. The creation of tax system must take into account the feasibility of the economic environment alongside with the social and political situation. It is necessary to develop permanent relations with tax-payers in order to gain their confidence in tax authorities, but also to make oneself a partner who can be very strict in demanding the payment of tax duties. However, a sensible partner ready to make compromises proves to be indispensable.

Key words: transition countries, tax system reforms, tax system in Serbia.

Александар Ђорђевић

**ИНСТИТУТ САМОПОМОЋИ У ФРАНЧКОМ,
РУСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ**

UDK 340.15

Апстракт

Самопомоћ је сваки облик самовласног поступања појединца у циљу остваривања неког субјективног права, а мимо легитимних државних органа и мимо правом прописаног поступка. Норме Салијског закона, Руске правде, неких повеља српских владара, појединих уговора са Дубровником и Душановог законика које се могу подвести под наведену дефиницију, главни су предмет интересовања рада "Институт самопомоћи у франачком, руском и српском праву". Наравно,

материја је изложена према одређеној систематици, при чему се водило рачуна о покушају груписања одредаба правних споменика у три различите гране права: судско, грађанско и кривично.

Посебна пажња посвећена је посебним институтима старог српског права - удави (притварање дужника за дуг) и изаму (одузимање било које ствари или лишавање слободе лица блиских дужнику), као и народним правним установима франачког и руског обичајног права.

Кључне речи: Средњовековно право, самопомоћ, Салијски закон, Руска правда, Душанов законик, франачко право, руско право, српско право.

*Александар Ђорђевић*¹

ИНСТИТУТ САМОПОМОЋИ У ФРАНЧКОМ, РУСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ

Увод

Овај рад је резултат упоредног истраживања установе самопомоћи као друштвеног феномена који има дубоке корене у родовско-племенском уређењу, али је опстајао и вековима после тога, очигледно надживевши друштвено-историјске оквире који су га изнедрили. У том смислу, ово је и прилог размишљањима о социјалној функцији појединих правних института, али и о извесној самосталности њихове потоње "судбине": и онда када изгубе првобитан смисао и друштвену функцију, поједини правни институти упорно опстају у друштвеној стварности још много векова, па чак и онда када држава (оличена у законодавцу) настоји да их искорени као очигледно непожељне или чак штетне. Управо је такав случај био са установом самопомоћи. Њена укорененост у свести људи била је толика, да се о самопомоћи може говорити не само као о правноисторијском феномену, већ се може сагледавати и са социјално-психолошког аспекта.

Самопомоћ је сваки облик самовласног поступања појединца у циљу остваривања неког субјективног права, а мимо легитимних државних

¹ Асистент на Правном факултету у Нишу.

органа и мимо правом прописаног поступка. Крвна освета, која се сматра праосновом сваког облика самопомоћи, карактеристична је за све индоевропске народе. У праву на реципрочну одмазду (*ius talionis*) садржан је први тип самосуда који се, у мање или више промењеном виду, одржавао и до много познијих времена која ће донети знатно виши степен развоја друштвених односа.

Упоредноправним истраживањем обухваћене су правне норме Салијског закона, Руске правде, неких повеља српских владара, појединих уговора са Дубровником и Душановог законика. Код указивања на сличности и разлике појединих решења, али и због стварања целовитије слике о раногерманском и словенском праву, имали смо у виду и друге тзв. варварске кодификације на Западу, те Закон судњи људем (по свој прилици најстарији словенски писани закон), Псковску судну грамоту и Скраћену синтагму. Током истраживања, уз историјски, коришћен је још и социолошки и догматски метод, а све са циљем да се што дубље проникне у узроке појаве самовласног понашања правних субјеката. Настојали смо да установу самопомоћи што више сагледамо из њеног сопственог природног, временског и просторног окружења, а то је преддржавно друштвено уређење људи родовско-племенске заједнице. Како за то најстарије време нема писаних историјских извора, многе закључке смо формулисали путем методе регресивног извођења.

Резултати истраживања су груписани у три целине: Салијски закон, Руска правда и српско средњовековно право. Унутар сваке целине задржана је углавном идентична систематика - самопомоћ у судском поступку (позивање на суд и извршење пресуде), самопомоћ у облигационим и стварноправним односима, те самопомоћ у кривичном праву.

Самопомоћ у Салијском закону

Врло је тешко говорити о постојању јединственог франачког права на територији истоимене државе у временском интервалу од краја V до средине IX века, од победе Клодовика код Суасона 486. до Верденског уговора 843. године, колико је трајала Франачка. Како је у општој историјској литератури већ речено, разлози за то су вишеструки, али је главни узрок правне расцепканости државне територије био јак племенски партикуларизам и етничка хетерогеност. У особеним друштвеним околностима

под којима се развијала Франачка, уз краљеве указе (за време Каролинга *capitularia*), *leges romana barbarorum*, црквено право и јавне и приватне исправе, најважнији извор права било је, свакако, обичајно право франачких племена записано у "варварским кодификацијама" - *leges barbarorum*. Од свих збирки обичајног права германских племена која су улазила у састав Франачке (Бургундски, Салијски, Рипуарски, Лангобардски, Саксонски закон и други), најмањи утицај римског права претрпео је Салијски закон (*Lex Salica*), донет крајем V века н.е. Он представља најпозданији извор сазнања о животу становника ране Франачке, а и најверодостојнији правноисторијски извор ове државе. Зато ћемо се, у даљем излагању о главној теми овог рада, посебно ослањати на норме Салијског закона, јер оне најбоље одсликавају обичајно племенско право које има највише додирних тачака са институтом самопомоћи.

Салијски закон допушта самопомоћ тужиоцу у поступку позивања туженог на суд. У члану I, став 3, стоји да је тужилац у пратњи сведока позивао супротну страну доласком у кућу тужиоца. *"А онај који некога позива на суд треба да оде са сведоцима до његове куће, па ако не буде код куће, треба позвати жену или било кога од његових укућана да му саопшти да га је позвао на суд."*² Нема позивања странака по службеној дужности, дакле нема поступка *ex officio*, већ лице које тражи судску заштиту сопственим снагама и уз помоћ сведока који му служе као доказно средство, позива противну страну - туженог. Ширим тумачењем ове правне норме, радње оштећеног (тужиоца) могле су се сматрати почетком судског поступка, тј. подизањем тужбе, или још прецизније, достављањем тужбе туженом. Постојање елемената дозвољене самопомоћи огледа се у томе што позив није у надлежности самог суда, већ остаје у сфери приватноправних односа. Племенско обичајно право Салијских Франака, утемељено је у традицији и у народном судству. Скупштина свих одраслих мушкараца (са тунгином и рахинбурзима) била је носилац судске власти, па стога и не чуди одредба Закона по којој оштећени сопственом акцијом мора да приводи оптуженог суду ако жели да оствари угрожено субјективно право. Франачка је држава са јаком племенском традицијом и у њеном обичајном праву има реликвата крвнородничке заједнице. Немоћ ране државе пред снагом традиционалних правних схватања огледа се, између осталог, и у начину позивања странака на суд. Но, Закон, ипак, новчаном

² Љ. Кандић, Одабрани извори из Опште историје државе и права, Салијски закон, превели И. Пухан и Н. Микуландра (у даљем тексту: Салијски закон).

казном санкционише туженог који се не би одазвао позиву, као и неозбиљног тужиоца који се после учињеног позива сам не би појавио на суду, што показује да суд није само пасиван посматрач радњи које претходе решавању спора.

Са одредбама члана I Салијског закона у извесној вези су и правне норме садржане у члановима LI и LVI. Наиме, оба члана говоре о позивању на суд, с тим што нам LVI члан описује и начин извршења пресуде. Први од њих, *О стварима датим у зајам или на послугу*, потврђује начин позивања туженог на суд - дозвољену самопомоћ у овој фази судског поступка. Прописујући у целини форму позивања (сведоци, три рока за добровољно испуњење дуговане чинидбе), Закон одређује новчане казне које би требало да натерају дужника (туженог) да своју обавезу изврши. Новчани износи којима је забрањено неодговорном дужнику неодољиво подсећају на судске пенале. Међутим, ове одредбе Салијског закона, осим што потврђују приватноправни карактер тражења судске заштите, имају и далекосежније значење. Сведоци, давање рокова, као и санкције за неизвршење, показатељ су и забране самопомоћи. Будући да Закон детаљно описује како треба позвати туженог дужника на суд, рекло би се да је у пракси вероватно долазило до самовласног одузимања позајмљене или посуђене ствари. Ако са овим доведемо у везу санкционисање самовољног одузимања сопствене ствари из члана XXXVII, или кажњавање власника који силом отима своје ствари од трећег лица из LXI члана, готово са сигурношћу можемо констатовати да су правне норме из анализираног члана имале за циљ да спрече самовољно понашање повериоца (тужиоца).

Lex Salica, дакле, допушта самопомоћ тужиоца у позивању на суд туженог, али посредно забрањује коришћење силе од стране повериоца (зајмодавца или послугодавца) у облигационом односу. У овом случају, допушта самопомоћ у судском поступку, а забрањује је у уговорном (облигационом) односу.

Извесна веза постоји између института самопомоћи и норми члана LVI Салијског закона. *"Ако неко одбије да дође пред суд или неће да уради оно на што су га поротници пресудили, а неће ни да зада свечану реч да ће исплатити одштету или да ће се подврћи божјијем суду или каквом другом закону, треба га позвати пред краља... ..У случају, кад је онај који га позива све то урадио, па се онај који је позван ни на један*

позив не одазове, тада ће га краљ пред кога је позван ставити ван закона". Краљ се овде појављивао у двострукој улози: као обавезан суд туженом који се не би одазвао на позив тужиоца и као другостепена судска инстанца у поступку извршења. Судаћи по стилизацији овог члана, краљ је само својим несумњивим ауторитетом требало да потврди стављање ван закона. Наравно, тужени дужник је имао могућност да се доспеле обавезе ослободи у предвиђеним и већ поменутиим роковима. Уколико то не би учинио на време, врховни суд (краљ) изрицао је, можда најстрожу пресуду. И овим нормама Салијски закон је допуштао самопомоћ, овога пута и у извршењу пресуде. Без обзира што "стављање ван закона" треба сматрати изузетком који је могао задесити дужника који се не би одазвао правоваљаним судским позивима, дозвољено самовлашће повериоца у извршењу више је него очигледно. То посебно видимо из даљег текста закона који гласи: *"биће крив он сам и све његове ствари"*. Највероватније се под тим подразумевао начин извршења на дужниковој имовини без икаквог ограничења повериочевих радњи. Могуће је да се овде радило о једној врсти колективне одмазде и да су повериоци имали прећутно овлашћење, утемељено у традицији, да изврше пленидбу целокупне дужникове имовине. Вероватно су приликом самовласног извршења могли дужника да претворе у роба, па чак и да га некажњено убију.³ Све ово још једном илуструје снагу племенске традиције и немоћи државе да се супротстави колективној одмазди заједнице према делинквенту.

Извесна сличност је евидентна између формулација *"биће стављен ван закона"* и *"биће лишен заштите закона"*. Наиме, део Салијског закона који говори о пљачкању лешева (чл. LV), садржи норме које указују на одсуство државе у поступку извршења кривичних санкција, и изузетак је од система новчаних казни које доминирају у франачком праву уопште. *"Ако неко ископа и опљачка већ сахрањено тело, и то му буде доказано, биће лишен заштите закона ..."*. Ове одредбе имају корен у преддржавном германском уређењу; тичу се заштите култа умрлих, а он је изузетно поштован код свих паганских народа. Уколико је неко био осуђен за пљачкање гробова, био би лишен заштите закона све док се не би измирио са рођацима умрлог чији је гроб скрнављен. Санкција се вероватно огледала у могућности некажњене одмазде према делинквенту, слично санкцији из претходно објашњеног члана.

³ Иначе, стављање ван закона неодољиво подсећа на *поток и разграбљение* у Руској правди, о коме ће на одговарајућем месту бити још речи.

Још једном се показује да је снага традиције и родовско-племенског уређења Германа јача од релативно нове државне организације и њених специјализованих органа. Новчана казна предвиђена је и за она лица (било да су рођаци или жена) која би делинквенту, лишеном заштите закона, пружили било какву врсту помоћи. Држава је, у овом случају, чинила уступак обичајном праву колектива и допуштала могућност нагодбе учиниоца кривичног дела и породице оштећеног. Очигледно је пљачкање и скрнављење гробова сматрано за нарочито тешко дело усмерено против породичног култа. Зато је сасвим разумљиво право рођака умрлог.

Салијски закон говори о извршењу судских пресуда и у другим члановима. Тако члан L илуструје забрану самопомоћи у извршењу: *"Ја извршитељ, молим те тунгине, да присилиш извршеника који ми је дао свечану реч, да ми плати."*⁴ Поверилац – извршитељ дужан је да дужнику остави парициони рок у трајању од три недеље, када је дужник могао да се ослободи обавезе добровољним извршењем. Ако дужник не би извршио своју обавезу ни у том року, поверилац је настављао поступак извршења уз помоћ грофа. *"Ако неко и после законског термина не буде хтео да искупи свечану дату реч, тада ће онај коме је дата реч отићи до грофа ..."* Дакле, и после истека париционог рока поверилац није имао овлашћење да самовласно наплати дуговану чинидбу која проистиче из давања свечане речи. Тунгин и гроф се појављују као инокосни државни органи и једино они располажу легитимним механизмом принуде, те само они могу законито да спроведу извршење. Очигледно је реч о забрани самопомоћи поверилаца у наплати потраживања, будући да су предвиђени ток поступка и органи који га спроводе. Самовлашће које је доминирало током периода преддржавног уређења морало је бити потискивано. Држава се обрачунавала са остацима самосудних понашања наслеђених из родовских заједница, јер јој је то било неопходно за изграђивање сопствених темеља. Уз све то, норме Салијског закона ограничавале су и поступање државних (краљевих) чиновника приликом извршења доспелих потраживања. Уколико би гроф запленио више од дугованог, ризиковао је да и он подлегне материјалној или кривичној одговорности. За прекорачење службеног овлашћења могао је да одговара и својим

⁴ Давање свечане речи је, као што се види из текста, било *iustus titulus* правног посла који се закључивао. Поверилац је пред судом требало да докаже постојање основа свог потраживања и, када би то доказао, приступало се извршењу. Овај поступак извршења на дужничковој имовини претходило је стављању ван закона од стране краљевског суда, јер је у Франачкој судство углавном било једностепено. Изузетно, краљев суд одлучивао је у другом степену, када је дужник одбијао спровођење извршења.

животом. *"Ако позвани гроф против закона заплени још и нешто више, или ће се откупити за пуну вредност или ће одговарати својим животом"*. Ипак, тешко да је до тога долазило у пракси.

Не треба изгубити из вида ни члан XLV Салијског закона, *"О досељеницима"*. Одредбе су се тичале новопридошлица у редове Салијских Франака. Реликти родовско-племенске свести су јаки, што се запажа преко потребе давања сагласности за настањивање од стране свих чланова општине. И поред забране, новопридошли насељеник је ипак могао да се настани на подручју једне општине. Врло је могуће да је, у периоду пре доношења Салијског закона, постојала пракса протеривања непожељних досељеника. Закон одређује досељенику рок од укупно тридесет дана да се добровољно одсели. Уколико ни после тог рока није хтео да напусти имање, староседеоци су били обавезни да га позову на суд. Они, дакле, без учешћа државних органа нису могли да га истерају са земљишта. Прописивањем обавезног судског поступка, посредно се забрањује самовлашће колектива. У случају непојављивања туженог на суду, гроф је морао бити замољен *"да дође на лице места и да га одатле истера"*. Овом формулацијом се, дакле, правно забрањује, не допушта самопомоћ у извршењу. "Пресуду због изостанка" нису извршавала заинтересована лица тј. сами тужиоци већ представник државе - гроф. Непожељан странац могао је да буде и новчано кажњен због непокорвања салијском обичајном праву. Без обзира што је резултат најчешће било прогонство непожељних дошљака, лица која су сматрала да су угрожена, морала су да упућују захтев тунгину и грофу – носиоцима судских функција. У том смислу, није могло да дође до заобилажења у поступку представника државе. То је важна чињеница, будући да је колектив, објективно посматрано, несумњиво могао да сопственом силом непожељног протера и забрани му настањивање на територији сопствене општине.

Самопомоћ у франачком праву се није везивала само за судски поступак тј. позивање на суд или извршење пресуда. Овај институт, било да је забрањиван или допуштан као начин решавања спорова, био је карактеристичан и у односима произашлим поводом причињене штете. Тако се у члану IX Салијског закона власницима усева допушта самопомоћ према животињама (коњима или говедима) кад им ове причине штету. Међутим, дозвољена самопомоћ није била без икаквих ограничења. Без обзира што је стоку затекао на свом поседу, оштећени

сопственик њиве није имао право да животиње повреди или присвоји. "Ако неко у својим усевима затече говеда, коње или било какву стоку, не сме никако да их повреди" и "Ако неко у својим усевима нађе туђу стоку без пастира и затвори је, а никоме то не јави, па нека угине, треба да накнади штету, а поред тога пресудиће се да плати 1400 динара, што износи 15 солида." Чак је могао да, иако оштећен, постане обавезан да накнади штету и плати високу новчану казну уколико прекорачи границе законом дозвољене самопомоћи. Прави смисао ове одредбе садржан је у последњем ставу члана IX, где се види право оштећеног да стоку која је причинила штету затвори док њен власник не накнади штету насталу по том основу: "Ако неко покуша да ослободи или избави стоку коју је оштећени због причуњене штете затворио или је одводио својој кући, пресудиће се да плати 1200 динара, што износи 30 солида." Из ове формулације се јасно види право оштећеног да сопственом силом, без учешћа државних органа, отклони свако даље угрожавање своје имовине (усева). Услед разлога хитности и због могућности настајања штете већих размера, Закон даје овлашћење сопственику угроженог добра да сопственом снагом отклони опасност. Наведена правна норма може се сматрати и као допуштење самопомоћи у обезбеђењу доказа, јер говеда или коњи који су причинили штету могу да буду доказ тврдњи оштећеног у евентуалном (будућем) спору. С друге стране, истовремено је забрањено самовлашће делинквента у покушају да одузме привремено одузету (због намирења) своју стоку од оштећеног. Дакле, у једном те истом ставу налазимо дозвољену самопомоћ оштећеном и забрану самопомоћи објективно одговорног лица. Иначе, узапћивање туђе животиње која је причинила штету, обичај је и код других германских племена.⁵

Даљом анализом појединих норми Салијског закона, али и обичајног права Франака уопште, долазимо до сазнања да се самопомоћ јавља и код враћања државине на сопственој (украденој) ствари. Ради се, наиме, о забрани самопомоћи у члановима XXXVII "О праћењу трагова" и XLVII "О проналажењу крадљивца". Код првог, забрана самовоље је очигледна: ако би некоме била украдена покретна ствар (коњ, говедо или друга животиња), он је имао право да "прати траг", и на тај начин,

⁵ Тако Lex Burgundiorum и Lex Wisigothorum дозвољавају самопомоћ у случају штете коју причини животиња; оштећени је имао право да је задржи до накнаде штете. Сматра се да је ово решење преузето из римског права; Стојан Новаковић, Васкр државе српске и друге студије (Удава или самовласно апшење дужника за дуг), Београд 1986, стр. 231-232.

дође до држаоца ствари.⁶ Међутим, пошто би дошао до сазнања ко је тренутни држалац ствари, власник није имао право да спорну ствар самовласно одузме од држаоца, посебно уколико би држалац изјавио да је ствар купио или прибавио трапом. "Онај који је ишао по трагу" био је обавезан да држаоцу одреди рок за предају ствари или да именује треће лице коме ствар треба да се преда. Уколико власник не би испоштовао један од два законом прописана услова и насилно одузео ствар од држаоца, изјављујући да је спорна ствар његова, подлегао је кривичној одговорности – плаћању новчане казне од 30 солида. Битан моменат је овде и савесност прибавиоца који је морао да изјави да је државину на ствари стекао деривативно - купопродајом или трапом. Начелно, самопомоћ је била забрањена према савесном прибавиоцу ствари. Из оваквих решења Салијског закона закључујемо да је у пракси вероватно често долазило до самовоље власника спорних ствари, па је из тог разлога настала норма о забрани таквог понашања. Ствар се поверавала на чување трећем лицу и водило се рачуна о стеченим правима савесних прибавилаца. Висока новчана казна имала је превентивну улогу, јер је вишеструко премашивала вредност спорне ствари. У овом члану, Закон, међутим, не говори ништа о томе шта би се десило уколико би власник спорне ствари наишао на лопова.

Одговор на то питање даје члан XLVII, "О проналажењу крадљивца". Ради се о истим стварима (коњ, говече, роб) те се може сматрати да је овај члан логичан наставак предходно анализираних норми. Разлика је у томе што нема више "праћења трагова", већ је нестала спорна ствар пронађена и препозната код другог лица. Закон наставља даље, прописујући обавезу држаоца спорне ствари да именује треће лице коме би ствар била предата на чување.⁷ У року од четрдесет или осамдесет дана (зависно од пребивалишта оштећеног и тренутног држаоца), "онај код кога се ствар налази" морао је доказивати своју савесност уколико је ствар прибавио на основу купопродаје или трампе. Он је био дужан да се одазове на судски позив и једино је на суду, помоћу сведока, могао са себе да скине сумњу у погледу прибављања спорне ствари. Управо

⁶ Запажа се извесна сличност са прасловенском установом познатом под именом "свод".

⁷ Салијски закон на више места говори о предаји спорне ствари трећем лицу. Ради се, дакле, о установи карактеристичној за рано франачко право. Стога би требало указати на још једну норму која посебно говори о предаји на чување ствари трећем лицу. Ради се о члану LXI Салијског закона који прописује забрану самовласног отимања ствари: "... ако неки човек захтева да ствар буде предата на чување трећем лицу, и ту ствар силом отме, пресудиће се да плати 1200 динара, што износи 30 солида". Видимо да је Закон новчано кажњавао лица која би само формално предала ствар трећем лицу, а потом силом одузимала исту ствар. Дакле, и овде се коришћење сопствене силе у остварењу права санкционише новчано и не допушта се покушај изигравања правних правила.

се између ових редова крије забрана самопомоћи. *"Све то треба да се решава на суду који је надлежан за онога код кога је ствар први пут препозната..."* Дакле, Салијски закон не допушта никакво самовласно, вансудско израчунавање између страна супротстављених око спорне ствари, већ прописује обавезан судски поступак као начин решавања "државинских спорова". И ова одредба Салијског закона доказ је дотадашњег постојања самовоље у приватноправним односима, па се може сматрати покушајем превазилажења анархије која је очигледно владала франачким друштвом у периоду крвнородничких формација. Установљавање судова и обавезност судске процедуре у решавању спорова увек је био један од првих корака у израчунавању новоизраслих друштвених слојева са реликтима предржавног уређења и сигуран пут ка победи државе над племенском традицијом.

У даљем излагању о институту самопомоћи, посебну пажњу треба обратити на чл. XXXII Салијског закона. Његов текст гласи:

"1. Ако неко безразложно окује слободног човека, пресудиће се да плати 1200 динара, што износи 30 солида.

2. Међутим, ако неко тако окованог човека некуда одведе, пресудиће се да плати 1800 динара, што износи 45 солида."

На први поглед, ради се о правно недопуштеном самовласном окивању и притварању слободних људи и о новчаном кажњавању учинилаца овог деликта. Међутим, применом тумачења путем *argumentum a contrario*, долазимо до једног сасвим другачијег значења ове одредбе. Прави смисао овог члана Салијског закона могао је да се огледа управо у чињеници да је извесно лице имало право да "са разлогом" притвори и слободног човека. Разлог је, врло вероватно, било доспело потраживање инсолвентног дужника. Будући да овај није могао да врати дуг, поверилац га је претварао у дужничког роба. Самовласно притварање дужника за дуг није било дозвољено Салијским законом, али постоје индиције да се прећутно толерисало јер је претварање дужника у сужња или роба било утемељено у обичајима многих германских племена.⁸ Под утицајем римског права, многа германска племена почеће у кодификованим обичајима да забрањују поједине облике самопомоћи, а посебно широко распрострањени обичај лишавања слободе дужника

⁸ Обичаји Визигота предвиђали су могућност дужничког ропства за лице које није било у стању да плати дуг; слично правило садржало је и обичајно право Острогота; бургундско право садржало је схватање по којем поверилац није могао самовласно да ухапси дужника или узапти део дужникове имовине (под утицајем римског права) итд., С. Новаковић, Вакрсе државе српске, стр. 231.

од стране поверилаца. Будући да је Салијски закон најмање претрпео утицај римског права, остаје могућност да је овај облик самосуда био распрострањен међу Салијским Францима који су у свом праву задржали највише особености прагерманских обичајних правила.

С друге стране, санкционисање "безразложног окивања и одвођења слободних људи" може да значи и изричиту забрану самовоље поверилаца у односу на инсолвентне дужнике, посебно ако се у тумачењу те правне норме умањи значај речи *безразложно*. Високе новчане казне (30 и 45 солида) забрањене онима који би приступили самоволном лишавању слободе пуноправних становника, могу бити најбољи показатељ недвосмислене правне забране самопомоћи у франачком праву. И поред свега, остаје чињеница да је притварање и одвођење на принудни рад (очигледно дужника) у пракси постојало. Уз све ово, треба указати и на извесну сличност са српским средњовековним правним установама, познатим под називима "удава" и "изам".⁹

Самопомоћ у руској правди

Руска правда је најзначајнији извор древноруског права. Постоје две у науци признате верзије овог правно-историјског споменика: Кратка правда и Шира правда. У литератури преовлађује становиште да Кратка правда потиче из XI века из доба владавине Јарослава Мудрог и његових синова, а Шира се заснива на тексту Кратке правде, на Уставу кнеза Владимира II Мономаха (1113-1125) и на законима других руских кнежева из XI и XII века. Већина истраживача сматра да је Руска правда представљала званично законодавство руске државе и да по структури садржи кодификовано обичајно право, те уредбе и законе руских кнежева.¹⁰ У даљем тексту рада, приликом анализе института самопомоћи, коришћен је Академијин рукопис Кратке правде и Тројицки рукопис Шири правде, које је на српски језик превео професор Драган Николић. Посебна пажња посвећена је преводу текста Тројицког рукописа Шири правде, будући да је он садржински заснован на већем броју извора права прве руске државе.

⁹ О томе ће бити више речи у трећем делу рада. Једино би још требало истаћи да се постојање ових облика самопомоћи у Србији XIII, XIV и XV века, између осталог, објашњава и снагом традиционалних, народњачких правних схватања и њиховом противстављању униформним римским схватањима правних појмова. С. Новаковић, исто.

¹⁰ Д. Николић, Древноруско словенско право, Београд 2000, стр. 92-94.

Први чланови Руске правде говоре много о разлозима доношења овог законодавног акта. Треба напоменути да је први члан (и Кратке и Проширене редакције) донет за време Јарослава Мудрог и да чини део норми које потичу из најстаријег периода руског друштва, из периода родовских заједница. Ти обичаји су за време Јарослава добили карактер правних норми. Наведени члан установљава право на крвну освету оца, брата, сина, братанца или нећака убијеног. Несумњиво је друштвено порекло ових правних норми – првобитна заједница словенских племена и крвна освета као начин решавања спорова поводом убиства. Будући да су реликти прошлости врло јаки, законодавац допушта њихову коегзистенцију са првим државним законодавством, уводећи ипак извесна ограничења. Наиме, уколико није постојао основ за крвну освету (ако нема лица која на то имају право), приступало се материјалном санкционисању убице, слично франачком праву. То је изражено следећом формулацијом: "...ако не буде (ових) који ће да га освете, тада положити 80 гривни за главу...", што ће послужити као основ за следећи члан Шире правде.

Синови кнеза Јарослава – кнежеви Изјаслав, Свјатослав и Всеволод укинуће крвну освету. Уместо права на освету као најстаријег облика самопомоћи у друштву, нови законотворци су увели напреднији начин решавања породичних спорова – композицију или откуп за убиство. Утврђивањем "вире" (откупа за убиство) држава је настојала да формално прекине владавину самовлашћа у друштвеним односима. Новчана накнада која се плаћала породици убијеног, својствена је свим друштвима која се налазе у фази преласка ка државном уређењу и, у сваком случају, представља корак даље у сузбијању опште распрострањене самопомоћи. Руска правда у својим првим редовима, општом забраном самопомоћи, наговештава решеност државне власти да уреди друштвено понашање на правним темељима. Очигледна је сличност са франачким правом и установом *wergeld*, те није тешко константовати да су накнаде за убиство, (*wergeld* и *вире*) у франачком праву и Руској правди истоврсне правне природе и порекла. Може се слободно рећи да су поменути институти различитих правних система и различитог хронолошког одређења готово истоветни, што још једном упућује на сродност социолошких основа сваког раног права.

Руска правда, за разлику од Салијског закона и других кодификација обичајног права германских племена, ни на једном месту изричито не

прописује поступак позивања туженог на суд. То доказује да су у њој постојале извесне празнине, тј. да Руска правда није регулисала правне односе који су били добро познати и утемељени у старим обичајима. Ипак, анализом читавог текста Руске правде и уз помоћ извесних извора права који су се примењивали на територији првих руских држава, долазимо до солидне претпоставке да је тужилац покретао поступак приватном тужбом, те да је сопственом снагом, без учешћа органа власти, позивао туженог и сведоке на суд и самостално обезбеђивао њихово учествовање у судском поступку.¹¹ На тај начин, може се извести закључак да се у време важења Руске правде задржао обичај дозвољене и нужне самопомоћи тужиоца у позивању странака на суд. Дуго се у древноруском друштву задржао оптужни (акузаторни) поступак, слично раном франачком праву. Члан 38. Кратке правде (40. Шире правде) посредно нам пружа доказ о допуштености и нужности тужиоцевог привођења на суд оптужених лица, јер прописује одвођење кривца кнежевом суду од стране оштећених (тужилаца). Такође, члан 11. КП (32. ШП)¹², прописује да судски поступак почиње јавним објављивањем нестанка ствари ("заклич"), што се може сматрати показатељем приватног карактера тужбе (а самим тим и позива на суд). О овим одредбама ће касније бити још речи.

Још један члан Шире правде говори о самопомоћи у судском поступку. Реч је о 85. члану који налаже извођење доказа усијаним гвожђем (железом). "*... ако (железо) покаже кривицу, нека од њега узме своје...*", вели Руска правда. Тужилац је у овом случају могао бити власник украдене ствари или поверилац са доспелим потраживањем, јер формулација *нека од њега узме своје* наводи на такав закључак. Дакле, ради се о дозвољеној самопомоћи у последњој фази судског поступка – извршењу. Тужилац је, као што се види из текста Закона, био овлашћен да користи сопствену силу у враћању дугованог износа или ствари која му је одузета. Ондашња правна техника, разумљиво, није на високом нивоу, па нема прецизно утврђене границе између грађанске и кривичне одговорности. У сваком случају, ради се о пресуди донетој у корист тужиоца. Очигледно да је тужилац могао сам (а вероватно и морао) да изврши донету пресуду, чиме је његово самовољно делање које проистиче из приватног карактера

¹¹ Закон судњи људем, нпр. прописује обавезу тужиоца да сам обезбеди присуство сведока на суду; знатно касније ће, вероватно као реакција на потоње законодавство, Псковска судна грамота сузбијати самопомоћ у позивању на суд туженог, одређујући двојицу судских позивара (једног кнежевог и једног локалне властеле). Д. Николић, Древноруско словенско право, стр. 91 и 100.

¹² Због честе употребе, скраћеницом КП означавамо Кратку правду, а са ШП - Ширу правду.

тужбе (па се преноси и на извршење), стављено у оквире тада важећег писаног права. Одсуство државних органа који би се старали о законитом (јавном) извршењу судских одлука јесте узрок препуштања вансудског регулисања овог дела поступка појединцима, али и посредни показатељ степена развијености односно неразвијености друштвених односа у руским кнежевинама, као и односа појединаца према јавној власти. Допуштање вансудских, вандржавних начина за решавање процедуралних и других питања инспирисано је још увек јаким везама друштва са родовско-племенском заједницом. Забране самосудних облика понашања, којих је такође било у Руској правди, указују да се рана држава, условно речено, бори са племенском организацијом и наслеђеним традиционалним схватањима.

Поменута стилизација *тужилац нека узме своје*, среће се и у 37. члану Шире правде. Као што је већ речено, ради се о облику дозвољене самопомоћи у извршењу. Новина у односу на претходно анализиране норме Руске правде је у доказном средству – овога пута су то "видоци" (сведоци). Одредбе законског текста су нешто подробније и саопштавају нам више детаља о насталој спорној ситуацији. *"Ако неко на тргу купи нешто што је украдено, било коња, одећу или стоку, тада нека (као сведоке) обезбеди митника (порезника, цариника) или два слободна мужа; ако се не сећа од кога је купио, ови видоци нека положје заклетву, а тужилац нека узме своје..."* Дакле, уколико се тренутни држалац не би сетио од кога је ствар прибавио, власник спорне ствари (оштећени) имао је овлашћење да сопственом снагом изврши повраћај у пређашње стање – да од несавесног држаоца одузме свог коња, одећу или стоку. По правној природи, ради се о допуштеном самовласном извршењу које је прописано и 85. чланом Шире правде и у том смислу нема суштинске разлике између оба члана (37. и 85.). Разлика је у томе што се у 37. члану који носи наслов *О татби (крађи)*, ради о "своду", посебном институту кога предвиђа Руска правда и који, у извесној мери, ограничава самовољу сопственика украдених или несталих ствари.

Први део 37. члана говори о још једном облику дозвољене самопомоћи. Оптужени држалац спорне ствари био је дужан да *обезбеди* сведоке, што вероватно подразумева и да је извођење доказа било у искључивој надлежности странака. То је још једна потврда постојања акузаторног судског поступка који је узрок допуштене самопомоћи, јер странке саме, без помоћи суда, предлажу и изводе доказе.

И специфична општесловенска установа "свод"¹³ има додирних тачака са институтом самопомоћи. У том смислу она ограничава самовољу оштећених којима је украдена ствар (најчешће коњ или роб). Руска правда врло исцрпно говори о своду (чл. 16 и 29 КП и 34-39 ШП). Наиме, уколико је неком украден коњ, одећа или стока он није могао потпуно самовласно да поступа. Прибавилац (тренутни држалац, онај код кога се ствар тренутно налази) био је дужан да пође на "свод". Он је морао, уколико је хтео и могао да одговорност скине са себе, да укаже од кога је ствар прибавио. Тражио се, дакле, основ држања ствари да би се тренутни држалац ослободио одговорности. Водило се рачуна о стеченим правима трећих лица која су, у циљу своје одбране, имала на располагању једно особено средство – именоване претходника.¹⁴ Сваки следећи именовани указивао је на лице од кога је спорну ствар прибавио. Тек када би се, на тај начин, дошло до кривца (онога ко је ствар украо), тужилац је могао да узме своју отету ствар. Читав овај поступак имао је за циљ ограничење самопомоћи, јер чак ни власници украдених ствари нису имали право да их, без претходног проналажења крадљиваца, силом одузимају од савесних држалаца. С друге стране, они су без помоћи представника државне власти проналазили крадљивце, те се може рећи да су у "истражном поступку" били препуштени сами себи. Изгледа да је самопомоћ у трагању за делинквентима који су ствар отимали од сопственика, у неку руку, била допуштена. Ипак, Руска правда је у датим оквирима државног уређења и схватања о гоњењу учинилаца кривичних дела против имовине, у значајној мери сузбила самовлашће прописујући детаљно посебан поступак установе "свод" (највише три суочења, новчана казна кнезу, посебна казна за коњокрадицу, посебан "свод" за чељадина итд.)¹⁵.

Међутим, постојала је могућност да се заобиђе "свод" као начин за проналажење крадљиваца и извођење доказа. О томе говоре 11. и 13. члан КП, односно 32. и 34. члан ШП.¹⁶ Поступак је могао, дакле, да почне и такозваним закличем – јавном оглашавањем на тргу о нестан-

¹³ "Свод" се нпр. јавља у српском средњовековном праву (Душанов законик), као и у чешком и пољском обичајном праву, па се стога може сматрати словенском правном уставом.

¹⁴ Можда би било исувише смело тврдити да савремено процесно средство туженог у парници "именовање претходника", условно речено, подсећа на "свод", али извесних сличности ипак има.

¹⁵ Све то је описано у 35., 36. и 38. члану ШП.

¹⁶ Члан 32. ШП: "Ако се чељадин (роб) сакрије, а (о томе) разгласе на тргу, па га не изведу, а препозна га власник трећег дана, узме свог чељадина, а ко га је скривао да плати 3 гривне продажу (казну)".

Члан 34. ШП: "Ако некоме нестане коњ, или оружје, или одело, па то огласи на тргу и после их препозна у свом граду, своје да узме на лицу места, а за обиду да му се плати 3 гривне".

ку неке ствари и о почетку трагања за крадљивцем.¹⁷ У том случају, тужилац (власник спорне ствари) није морао да путем свода тражи кривца, већ је после протека три дана или уколико би видео своје ствари код неког у граду, имао право да од њега своју ствар одузме силом. То је изражено речима *узеће свог чељадина одн. своје да узме на лицу места*. Очигледно, њима је самопомоћ допуштена. Јавно оглашавање на тргу било је услов за избегававање уобичајене процедуре тј. "свода" и, по свој прилици, представљало неку врсту скраћеног поступка. Сматрало се да је власник украдене ствари путем "заклича" заправо обавестио евентуалног савесног држаоца да је кренуо у потрагу, те вероватно отуда и рок од три дана у коме је овај могао да ствар врати или *пође на свод*. У супротном, као што се види из норми Руске правде, власник ствари је могао да сопственом снагом поврати државину, што је било сасвим оправдано и у духу правних схватања у руским државама XI века. Овај знатно скраћени поступак пружао је власнику ствари могућност потпуне заштите приватне својине, али у правнотехничком смислу представљао је облик дозвољене самопомоћи јер је сопственик украдене ствари без помоћи суда узимао правду у своје руке.¹⁸ Једино ограничење односило се на територију на којој је оштећени власник ствари имао слободу самовласног деловања ради заштите својине – он је могао да коња, оружје или коју другу ствар одузима од држалаца само у свом граду (чл. 34. ШП), што се вероватно односило и на одузимање роба.

У случају да је свог роба пронашао у туђем граду, Руска правда је власнику налагала сасвим супротно понашање. У том смислу, члан 114. ШП вели: *"Ако неко свога холопа пронађе у било чијем граду, а посадник (управник града) није о томе знао, тада треба, обавестивши га, да са његовим (посадниковим) отроком свежу (холопа)..."*. Намеће се логичан закључак да је право на самосудно и ванинституционално деловање власника одбеглих или украдених робова престајало са напуштањем матичног града. Власник несталог холопа био је дужан да

¹⁷ Д. Николић, Древноруско словенско право, стр. 191.

¹⁸ Супротно од овог прописује рецимо Закон судњи људем у 17. члану: *"Ако неко има спор са другим и не повери његово решавање (локалном) владатељу, већ дела самовољно, на владићу или силом принудно поступа, када је то урадио да поврати своје, чак и кад је заиста његово, да му се та ствар одузме и врати напрег (дотадашњем држаоцу). Ако пак одузме туђу ствар, нека да владатељ те области бије..."*. Као што се може приметити, ЗСЉ садржи општу забрану самопомоћи, коју, у тој мери, не срећемо у одредбама Руске правде. Будући да је познато да је ЗСЉ махом преузимао одредбе из Еклоге (византијског права), закључујемо да се Руска правда може сматрати најпоузданијим извором обичајног словенског права, јер у више наврата допушта самопомоћ у праву. Све ово иде у прилог тези да је обичајно (словенско, али и германско) право наслеђено из првобитне заједнице у многоме противречно римско-византијском праву.

обавести посадника да је холопа пронашао, а хватање и везивање роба било је у надлежности посадничког отрока. Дакле, није био овлашћен да сам, без помоћи локалног градског функционера и његових помоћника, савлада, свеже и у свој град одведе роба. Самопомоћ је у случају његовог хватања на територији другог града била изричито забрањена, што наводи још једном на закључак да је власник нестало (отетог) роба у свом граду био дужан да спроведе поступак који је описан у члановима 32-39 Шире правде (јавно оглашавање на тргу и свод). Уз то, прописана је искључива надлежност посадника у хапшењу одбеглог холопа и она представља тежњу носиоца управне власти да сузбије облике самовоље на својој територији. Први пут се у Руској правди сусрећемо са недвосмисленом намером ране руске државе да преко својих извршних органа, активно делујући, прекине с праксом истрајавања старих обичаја и успостави ред и сигурност међу својим становништвом.

Део Шире правде који је регулисао облигационе односе, такође је садржао норме које указују на постојање самопомоћи у древном руском праву. Тако рецимо члан 54. Шире правде, који говори о трговцима¹⁹, одређује случајеве у којима је искључена одговорност трговца за пропаст туђе ствари, али и услов за одговорност бродара. Наиме, у првом делу члана изричито је забрањена самопомоћ повериоца (власника робе) према дужнику (трговцу)²⁰, уколико је до бродолома дошло услед више силе (*vis maior*). *"Ако неком трговцу који је путовао са туђим новцем (робом) то потоне, или пропадне у рату, или у пожару, не чинити насиље према њему, нити га продати;..."*. Законодавац очигледно штити трговце од евентуалне самовоље њихових налогодаваца, али само ако је роба пропала "Божјом вољом" – услед рата, пожара или какве друге објективне околности. У даљем тексту истог члана, прокламујући истовремено и начело субјективне одговорности, законодавац толерише самосудно понашање власника робе уколико је до пропасти ствари дошло услед кривице трговца. *"... ако се противе или у*

¹⁹ Трговци су у древноруском друштву уживали велики углед. Били су најзначајнији друштвени слој после бојара. Имали су своја удружења, изборне старешине, самостално судство и управу. Руска правда им даје неколико привилегија, од којих је једна садржана у члану 54. ШП.

²⁰ Начелно, забрана самопомоћи поверилаца према трговцима (дужницима) поводом дуга, у Руској правди, у извесној мери, подсећа на удаву и изам из српског средњовековног права. У повељама, уговорима са Дубровником и Душановом закоником удава и изам (самовласно притварање дужника тј. ма чега дужничког) за дуг су изричито забрањени према Дубровчанима (трговцима). Можда није неумесно направити поређење између Дубровчана и древноруских трговаца које помиње Правда; чињеница је да су и једни и други имали привилегије сличне природе (заштита од самовлашћа, суђење итд.)

безумљу туђу робу изгуби на опклади или је заложу, тада се препушта вољи власника робе да га или чекају (да их обештети), или да (га) продају." Руска правда оставља, дакле, апсолутну слободу власнику робе да се нагоди са трговцем или да га прода ради обештећења. На тај начин, сличном правном техником као и Салијски закон, древноруски законодавни акт унутар истог члана забрањује и допушта самопомоћ повериоца према дужнику: забрањује је када нема дужникове кривице, а допушта је у случају када дужникове кривице има.

И члан 55. Шире правде говори о облику дозвољене самопомоћи, овога пута према презадуженом трговцу. Наиме, правне норме овог члана овлашћују повериоце у наплати доспелих потраживања у случају неспособности за плаћање дужника (трговаца). Мада формулација "*вести на трг и продати*" ствара недоумице да ли је законотворац мислио на вансудску, принудну продају робе од стране поверилаца или на продају у ропство самог трговца – дужника, очигледно је да се ради о самовласној наплати потраживања.

Одсуство државе у извршењу кривичних санкција огледа се у члановима 7. и 83. Шире правде. Тачније, ради се о немоћи државне власти да обузда моделе друштвеног понашања укорене у обичајима – санкцију "*поток и разграбление*". Реч је, несумњиво, о специфичној кривичној казни у старом руском праву, која у себи садржи елементе одмазде, те на тај начин упућује на закључак да потиче из периода родовско-племенских заједница. Члан 7. Шире правде, који носи наслов *Ако се туче без повода*, каже: "*Ако се упусти у разбој (туча, али и разбојништво) без икакве, свађе (расправе), тада за разбојника људи (општина) неће плаћати, већ ће и њега и жену и децу препустити на поток и разграбление*". Вероватно се под овом санкцијом подразумевало прогонство, конфискација целокупне имовине и дужничко ропство за чланове породице (жену и децу)²¹, мада у литератури има и другачијих мишљења. Није сасвим јасно да ли се чланом 7. санкционисала туча без повода или разбојништво.²² У сваком случају ради се о

²¹ Д. Николић, Древноруско словенско право, стр. 187.

²² Сматра се да је кнез Владимир Свјатославич (980-1115) установио плаћање "вире" (за разбојништво без повода ("*в разбои*") и да је то условило пораст броја разбојника. Због тога је Владимир био принуђен да виру замени смртном казном, али је убрзо опет вратио "виру", јер је њено укидање угрожавало приходе кнеза. Шира правда уводи још једну особену санкцију – *поток и разграбление*, да би спречила вршење дела које је угрожавало прикупљање "вире". Зато се сматра да је извршење кривичног дела разбојништва ("*в разбои*") директно претило интересима феудалне врхушке (бојара), те да је због тога предвиђена овако сурова казна. М. Н. Тихомиров, Поссобије для изучения Русской правды, Москва 1953, стр. 89.

облику дозвољеног самовлашћа, јер санкцију не извршавају представници врховне власти, већ највероватније суседи делинквента. Одмазда према евентуалном делинквенту је вероватно имала за циљ застрашивање, јер нико није имао користи од вршења овог деликта. Општина није хтела да плаћа "виру" за недостојног члана, а самим тим ни кнез није имао никакав приход. Зато је и санкција тако сурова.

Готово идентично законодавац кажњава делинквента који би извршио кривично дело паљевине (гумна или куће). Члан 83. Шире правде прописује: *"Ако запале гумно, тада на поток, дом његов на разграбљение, на најпре подмирити штету, а онда (га) кнезу одвести (предати); исто тако ако запали двор (кућу, домаћинство)".* Из текста видимо да је разлика у односу на члан 7. у мотиву особене санкције. Наиме, ако прихватимо претпоставку да је законодавац седмим чланом желео да предочавањем сурове казне евентуалним учиниоцима сузбије вршење деликта, онда је циљ исте санкције из члана 83. накнада причињене штете. Руска правда је изричита: најпре намирити штету, па га онда одвести кнезу, што указује да се није хтело потпуно заобилажење носиоца судске власти (кнеза). Намера је била да се првенствено намири штета, али и да држава учествује у суђењу делинквенту. Можда се може и прихватити хипотеза да је поток санкција заточења на кнежевом двору или остатак имовине делинквента који кнез узима за себе.²³ Али, ове научне расправе не утичу на чињеницу да се и у једном и у другом анализираном члану допушта самопомоћ у извршењу кривичних санкција, било да се ради о мањем или већем степену учешћа у извршењу од стране државних органа.

Посебну пажњу треба поклонити члану 40. Шире правде, односно члановима 21. и 38. краће Редакције; члан 40. ШП гласи: *"Ако некога убију код клети (зграде) или у ма каквој (другој) краћи, убили су га као пса (нема одговорности); ако га задрже до сванућа, да га воде на кнежев двор (ради суђења); ако га убију, а људи су га видели већ свезаног (савладаног), тада да плате 12 гривни (казне)".* Пре свега, треба указати на чињеницу да је члан 40. ШП имао основ у Уговору Олега и Византије 911.године, те није искључено да је један његов део дословно пренет из Уговора.²⁴ Постојање некажњивог убиства везује се за дозвољену

²³ Исто, стр. 104.

²⁴ Уговор Олега и Византије предвиђао је дозвољено убиство лопова ухваћеног на делу, тј. није било одговорности уколико би неко убио крадљивца. С друге стране, Уговор је садржао и одредбе о забрани самовласног

самопомоћ и као реликт прошлости има корене у крвној освети. Дакле, одсуство кривичне санкције за онога ко би убио лопова у крађи проистиче из тадашњих правних схватања, али и из неспособности и неспремности носилаца јавне власти да се супротставе распрострањеним вансудским разрачунавањима појединаца. Разлози леже вероватно и у заштити сопствене имовине и честим крађама и провалама. Такође је била неопходна брза реакција оштећеног, тако да је у заштити своје имовине имао право и да убије лопова. Други део члана 40. ШП односи се на извесно ограничење самовоље оштећених. Наиме, уколико би власници зграде савладали делинквента и задржали га до сванућа (уколико га, дакле, не би убили), морали су га предати кнежевом суду; ако би савладаног крадљивца убили, онда би новчано одговарали кнезу са 12 гривни.²⁵ Дозвољена самопомоћ у заштити сопствених ствари није смела да прерасте у незаконити самосуд (у извршењу санкција према деликвентима). Битан је тренутак у коме су оштећени лишили живота делинквента.

И члан 40. Шире правде, слично неким другим одредбама закона, двоструко је описао установу самопомоћи: са ограничењем ју је дозволио у заштити имовине (дозвољено убиство), а забранио у прекорачењу законских оквира понашања оштећених (кажњиво дело).

Самопомоћ у српском средњовековном праву

До сазнања о праву средњовековне српске државе долазимо преко писаних извора од краја XII до средине XV века, дакле, за време династије Немањића и касније, до коначне пропасти Деспотовине 1459. године. Пре овог раздобља, у српским земљама живело се по обичајном праву, о чему посредно сазнајемо преко сачуваних правних споменика. О самопомоћи, институту нарочито карактеристичном за период преддржавног уређења, сазнајемо из поменутих извора, јер је пуно реликата племенског словенског обичајног права било преживело. Сачувани правни споменици помажу нам у стварању слике о самопомоћи у српском средњовековном правном систему, будући да они садрже велики број норми које забрањују или допуштају самовољно

понашања оштећеног у спровођењу истраге, као и забрану одузимања неких ствари због дуга. Д. Николић, Древноруско словенско право, стр. 79-80.

²⁵ Практично су могли да од оштећених постану кривци због прекорачења границе "нужне одбране".

понашање правних субјеката наслеђено из родовско-племенске заједнице српског друштва.

У српском средњовековном праву, позивање на суд странака (туженост и сведока) углавном је вршио тужилац. У најстарије доба, позивање на суд било је у искључивој надлежности тужиоца, и то се, у извесној мери, одржало и до XIV века. С тим у вези, С. Новаковић као доказ наводи документ о суђењу хиландарског игумана Гервасија са селом Косорићи, пред краљем Стефаном Дечанским. Новаковић тврди да се из краљевог писма види да је игуман као тужилац довео са собом тужене и да је тада, пред краљевим судом, договорено када ће пред краља изаћи те да се тако и десило.²⁶ Дакле, тужилац је сопственом снагом морао да обезбеђује присуство тужених на суду уколико је желео да се спор реши. Овакво решење је слично позивању на суд у франачком или древноруском праву. Међутим, Т. Тарановски сматра да се у Србији врло рано приступило стављању судског позива под јавну контролу. Као доказ своје тврдње, наводи Жичку хрисовуљу (око 1220.) и Скопску хрисовуљу из 1300. године којима је одређен начин позивања на суд – *печат и книга*.²⁷ Значи, још почетком XIII века се прописује учешће судских власти у позивању странака на суд, што је било врло напредно решење. Душанов законик иде корак даље и уводи функцију судског позивара – *пристава*.²⁸ Он заузима, чини се, компромисан став у вези са наслеђеном традицијом и тежњом владара да ојача ауторитет судства. Наиме, позивање на суд вршио је тужилац, али уз присуство посебног судског органа – пристава. Законик предвиђа позивање властелина уз присуство пристава (чл. 56.) и обавезно учешће пристава у поступку (чл. 91.).

Што се тиче члана 56, ствари су очигледне. Властелин је, у односу на припаднике других друштвених слојева, био привилегован што је било сасвим у духу феудалног устројства средњовековне Србије. Наиме, норме Законика забрањују позивање властелина пре обеда и пре саопштавања да ће бити позван. Уколико би тужилац испоштовао услове који су прописани овим чланом за позивање властелина на суд, а властелин се не би одазвао пуноважном позиву, властелин је плаћао казну

²⁶ С. Новаковић, *Васкрс државе српске и друге студије (Удава или самовласно апшење дужника за дуг)*, Београд 1986 стр. 228-229.

²⁷ Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањинској Србији*, Београд 1996, стр. 738

²⁸ Пристав постоји и у Хрватској и Далмацији, а познаје га и угарско право под називом *pristaldus*. К. Јиречек – Ј. Радонић, *Историја Срба*, Београд 1978, књига II, стр.119.

престој. Да би позив био правоваљан, тужилац је морао да на властелиново имање дође заједно са приставом. Све ово прописује члан 56. Душановог законика: "Властелин на вечери да се не позива, разве да се позива пређе обеда и да му се пређе приповеда. И кто буде позван пређе обеда са приставом, и не приде на обед, да јест крив, и престоји властелину 6 волов".²⁹

Може се константовати да је самовласно позивање на суд туженог (ако је тужени властелин) ограничено присуством помоћног судског органа, као и у погледу временског термина када се позив може учинити. Нема, дакле, потпуно самосталне радње тужиоца приликом позивања на суд, као што је то случај са франачким и руским правом. Уз то, члан 62. сјајно допуњује одредбе 56. члана: *Властелин велији да се не позива без књиге судијине, а прочим печат.* Дакле, највиши припадници српске феудалне властеле позивали су се на суд "књигом судијином" тј. писменим судским позивом, што само по себи представља додатно ограничење самопомоћи тужилаца у позивању странака на суд. По поменутој норми, сви остали позивали су се на суд печатом. Душанов законик, између осталог, потврђује решења још раније формулисана у Жичкој и Скопској хрисовуљи.

Дакле, што се тиче позивања странака на суд од стране тужиоца, може се тврдити да је иницијатива препуштана директно заинтересованим лицима (тужиоцима), те да им је у овом сегменту поступка, у извесној мери, допуштена самопомоћ. Међутим, у зависности од друштвеног и економског статуса туженог, искључиво приватни карактер позива на суд био је значајно ограничаван. Уколико се на суд позивао властелин, било је неопходно присуство специјалног државног органа (пристава), а у случају да је тужени био из редова велике властеле, самопомоћ у позивању била је сасвим забрањена (јер се позивао књигом судијином). Уз све речено, треба имати у виду да је још од XIII века позивање странака на суд било подложно јавној контроли путем печата. Уосталом, и Душанов законик потврђује ово решење.

И члан 107. Законика говори о одбијању судијског сокалника или пристава. *"Кто се нађе отбив судијина сокалника или пристава, да се плени и да му се все узме што има"*. Очигледна је озбиљна решеност

²⁹ С. Стојичић, Извори за политичку и правну историју, Душанов законик, (према редакцији Стојана Новаковића из 1898. године), Лесковац 1970.

државе да успостави несметано функционисање судова и да заштити судске помоћнике. Одбијање сокалника и пристава значило је супротстављање судским властима и сматрало се кривичним делом против правосуђа (*отбој*). Санкција која је следила потенцијалном учиниоцу, састојала се у одузимању свега што је имао (дакле, у конфискацији целокупне имовине). Члан 107. Душановог законика изражавао је, дакле, несумњив покушај забране самосудног понашања правних субјеката.

Пристав се помиње и у другом делу Душановог законика (донет 1354. године), а разлика у односу на први део Законика из 1349. године јесте у томе што пристав више није само судски позивар, већ извршни судски орган. Међутим, и поред увођења јавног карактера извршења пресуда, Т. Тарановски сматра да су се реликти приватног извршења дуго одржали. Тим поводом он каже да су се "јавни судови ограничавали на изрицање пресуде, а њено извршење остављали заинтересованој странци да га оствари, како буде знала и успела, било милом било силом, тј. да се договори са осуђеном странком или да њу сама присили".³⁰ Намеће се закључак да је самосудно извршење пресуда било опште распрострањено понашање, те да је држава својим правним актима покушавала да сузбије самопомоћ у извршењу судских одлука. Вероватно у томе није успела у уговорима са Дубровником (нпр. 1254. године), али је Душанов законик из 1354. оштрим санкционисањем оних који би се успротивили јавном карактеру извршења пресуда, зацело дао боље резултате.³¹ Чланови 162. и 178. Законика исцрпно се баве приставом као судским извршним органом, и уводећи државну контролу извршног поступка, у великој мери сузбијају укорењени обичај приватног извршења пресуде.

Члан 162. гласи: *"Пристави без књиге судијине никамо да не греду или без књиге царства ми, разве камо их посилају судије, да им пишу књиге. И да не узме пристав инога разве што пише књига..."* Јасно је да је пристав био ограничен Закономом и да није могао деловати мимо "књиге судијине".

³⁰ Т. Тарановски, Историја српског права, стр. 783.

³¹ Сама чињеница да је приставу додата функција извршног судског органа тек 1354. године (допуном Законика), указује да је, вероватно, приватно извршење било веома заступљено и у време доношења првог дела Законика. Будући да је други део Законика (од 136-201. члана) имао функцију да допуни празнине првих 135 чланова и побољша поштовање и остваривање Законика у целини, није искључено да је законодавац тада желео да обезбеди јавну контролу и у извршењу судских пресуда.

Уговором између српског краља Уроша и дубровачког кнеза Андрије Злата 1254. године, самопомоћ у извршењу пресуде није изричито дозвољена, али је толерисана као крајње решење. Предвиђена је алтернативна могућност за дужника: да дуг плати имањем или да буде отпуштен самовољи поверилаца (ако не плати до одређеног рока). Ради се о извршењу пресуде мешовитог суда тј. "станка" и поступак је врло сложен.³² Занимљивост која је везана за уговор са Дубровником 1254. године је и особено кривично дело *бесправдије*, које се заправо састојало у самовласном подмиривању доспелог подмиривања оштећеног. То је изражено формулацијом: *"И без суда опћега да не учинимо никогаре неправдија човеку земла твоје"*.³³ Очигледна је решеност српског владара да сузбије самовлашће према дубровачким трговцима, будући да је недопуштена самопомоћ сматрана и кривичним делом.

Члан 101. Душановог законика који говори о *"најезди"*, такође је повезан са институтом самопомоћи. Призренски текст гласи: *"Силе да нест никоју ништо у земљи царства ми. Ако ли кога обрете најезда или сила похвалнаја, они-зи коњи најездни вси да се узму, половина царству ми, а половина оному-зи кога-но су најахали"*. Али у Бистричком, Атонском и Ходошком препису поменути члан почиње овако: *"Силе да нест никоју ни за један длг у земљи царској"*.³⁴ Могуће је да се овде радило о забрани самопомоћи уопште у дужничко-поверилачким (облигационим) односима, уколико би прихватили једно од могућих значења старословенске речи *длг*. Дакле, по том тумачењу, поверилац није имао право на наплату било каквог потраживања сопственом силом, већ је морао да се обрати судским властима у држави и захтева адекватну правну заштиту. Али, реч *длг* имала је и друго значење – кривица, кривично дело. Ако бисмо се определили за такво значење, поново смо на терену забране самопомоћи, али са аспекта односа оштећеног према учиниоцима кривичног дела *"најезде"*. У сваком случају, ради се о забрани самовласног понашања јер суштина је у речима *"силе да нест никоју"*. Треба напоменути да у литератури има мишљења да је кривично дело *"најезде"* вршила властела и да је законодавац чланом 101. желео, између осталог, да сузбије самовлашће моћних

³² Најпре су власти државе осуђеног дужника имале обавезу да предају властима државе тужиоца (повероца). Уколико имовина дужника није могла да подмири дуг, властима тужиоцеве државе предавао се сам дужник. Имовинска одговорност замењивала се личном одговорношћу, али је читав поступак имао међудржавну, јавну форму. Исто, стр. 784.

³³ Исто, стр. 365

³⁴ Исто, стр. 484.

властелинских групација.³⁵ Сигурно да је законодавство цара Душана, између осталог, имало за циљ обуздавање властеле као друштвене групе која је, на неки начин, угрожавала врховну власт цара.

Из права тужиоца да туженог позива на суд и обезбеди његово присуство на суду, вероватно се развило и право тужиоца (повериоца) да туженог (дужника) може везати и лишити слободе.³⁶ Самовласно хапшење дужника за дуг било је доста заступљено понашање поверилаца у средњовековној српској држави и означавало се појмом удава. Реч је о установи која своје порекло вуче из предржавног словенског уређења. Она се заснива на непостојању разлике између имовинске и личне одговорности, тј. у свом бићу садржи персоналну егзекуцију. "Удава" је обичајно-правни институт којим поверилац решава спор мимо државних органа (судова). Управо због тога, по правној природи, ово јесте облик самопомоћи. По циљу који настоји да оствари, "удава" је облик обезбеђења дуга.

Српско средњовековно право забрањује "удаву" као облик самопомоћи у уговорима са Дубровником, у повељама владара и у Душановом законнику. Први пут се "удава" помиње у уговору великог жупана Стефана са Дубровником (1214-1217 године), у члану 4. : *"И да не јемље Србљин Влаха без суда; но ако се учини кривина међу градом и моов землов да се стају судије где е закон, и да исправљају; а да не изма".*³⁷ Прва реченица се односила на Дубровчане и представљала је, заправо, забрану "удаве", иначе широко распрострањену појаву међу самим Србима у унутрашњости државе. Постоје индиције да је "удава" била толерисана у правном промету међу староседеоцима, јер је била забрањивана према страним трговцима, Дубровчанима. Претпоставка је да се у Србији толерисало самовласно хватање и притварање дужника за дуг, те да је на тај начин самовлашће доминирало у дужничко-поверилачким односима. Због тога и има забране специфичне персоналне егзекуције, јер да таквог понашања није било у решавању спорова поводом дуга, не би ни било забрањивано у уговорима са Дубровником.

У последњој реченици чл. 4. поменутог уговора стоји формулација *а да не изма*. У литератури има различитих мишљења о облицима

³⁵ Т. Тарановски, Историја српског права, стр. 486.

³⁶ С. Новаковић, Васкрс државе српске, стр. 230.

³⁷ С. Стојичић, Извори, стр. 14.

"изама", али постоји сагласност да се ради о самопомоћи повериоца поводом доспелог потраживања.

К. Јиречек мисли да се под "изамом" подразумевало хватање и притварање било ког дужниковог земљака ради обезбеђења, али и притиска на дужника да изврши своју обавезу (*pressalia*).³⁸ С. Новаковић сматра да се такође ради о хватању другог сународника трговца-дужника, али с тим да се самовласни поверилац намиривао од ухваћеног Дубровчанина, тј. да је дуговао обавезу по критеријуму припадности страни држави (Дубровнику).³⁹ Т. Тарановски тврди да је "изам" имао нешто шире значење. Наиме, он сматра да је овај облик самопомоћи обухватао одузимање ма чега од од противне странке ради самовласног подмиривања својих потраживања.⁴⁰ Дакле, он каже да су предмет "изама" могле да буду и ствари дужника које су се одузимале у циљу наплате дуга.

У сваком случају, може се константовати да се ради о особеној установи српског права, која је и облик самопомоћи, те стога врло блиска институту "удава". Разлика у односу на удаву је у томе што се "изам" састојао у одузимању било чега (ствар) или у лишавању слободе било кога (лица блиска дужнику), али се није тицао личности самог дужника. "Изам" се, дакле, може сматрати самовласним поступањем повериоца, било да се радило о принудном узимању залог ради обезбеђења дуга, било о притварању лица блиских дужнику ради наплате дуга. Ако се ствари посматрају на тај начин, онда се, у извесној мери, може сматрати да је "изам" друштвена појава која је по садржини шири од "удава", јер се ова друга установа састојала у хапшењу (притварању) самог дужника због доспеле обавезе.

С друге стране, "удава" је сигурно била суровији начин за наплату дуговане обавезе, јер је била усмерена на личност дужника. Она, својим појављивањем у друштвеним односима средњовековне Србије, сведочи и о непостојању разлике између имовинске и личне одговорности. "Изам" је ипак био блажи облик самовоље повериоца, јер је заправо служио као специфично средство притиска на дужника да обавезу изврши. Но, чињеница је да су и један и други институт, по

³⁸ К. Јиречек – Ј. Радонић, *Историја Срба*, књига I, стр. 119.

³⁹ С. Новаковић, *Васкрс државе српске*, стр. 234.

⁴⁰ Т. Тарановски, *Историја српског права*, стр. 482.

правној природи и у суштини имали много више сличности него разлика. "Удава" и "изам" представљали су самовољно понашање повериоца према дужнику, имали су утемељење у друштвеним нормама родовско-племенске заједнице; по циљу који су тежили да остваре били су средство обезбеђења облигације, а по правној природи означавали самопомоћ повериоца у односу на дужника поводом дуговане чинидбе. Као облици вансудског разрачунавања странака били су забрањивани и санкционисани првенствено према дубровачким трговцима, а прилично су дуго толерисани међу староседелачким становништвом. Пошто су имали корене у древном обичајном праву (ово се првенствено односи на удаву), постоји индиција да су се у, модификованом облику, одржали у народним обичајима чак и до XIX века.⁴¹

"Удава" се забрањује и уговорима краља Милутина са Дубровником из 1302. и из 1308. године: *"Да им не удаве у ком годе дугу; лише судом да се ишту, да је један Срблин а други Дубровчанин"* и *"И ниједан човек у Српској земљи мал же и велик да не удаје у удаву Дубровчанина"*.⁴² Види се да је било изричито забрањено вансудско решавање спорова између Срба и Дубровчана. Имовински спорови морали су се решавати на једном нарочитом суду (станак, опћи суд) посебно формираном за те прилике. Станак су чинили један Србин и један Дубровчанин. Формално, били су испуњени сви предуслови за сузбијање удаве, српске средњовековне пошасте. Стиче се утисак да је српски краљ заиста желео да искорени реликте преддржавног уређења. Али, шта је било истински покретач забране самопомоћи и зашто је краљ Милутин од самопомоћи поверилаца заштитио само стране трговце? Да ли се може говорити о утицају римског права са Запада (преко Дубровника) или је реч о нечему сасвим другом? Различита схватања римског права, с једне и словенског обичајног права с друге стране су очигледна. Без обзира на то, евидентан је и извештан утицај далеко развијенијег општег (римског) права на народњачко српско средњовековно право. Ипак, треба подвући да је главни разлог забране "удаве" према дубровачким трговцима био интерес српског краља и властеле.⁴³

⁴¹ С. Новаковић, Вакрс државе српске, стр. 241.

⁴² С. Стојичић, Извори, стр. 15

⁴³ Ова тврдња се најбоље може приметити преко сагледавања односа краља Милутина према "вражди" која припада старосрпском обичајном праву и поређењем тог односа са забраном "удаве". С. Новаковић, Вакрс државе српске, стр. 233. Наиме, краљ Милутин није покушао да правним средствима искорени народно схватање о откупу за убиство. Супротно томе, "удава" као друштвено непожељно понашање смета српском краљу јер кочи спољнотрговински промет који је од виталног значаја за Србију. Материјални интерес српског краља и

Најзад, "удава" је забрањена и Душановим закоником. Члан 84. гласи: *"Судби да не за котал ни оправе никакве; кто се оправе, да не дава судијам оправе. Руке на суде да нест и опаданија ни удаве, такмо да се суде по закону*}. Дакле, удава се, као фактичко поступање према дужнику дефинитивно одржала до средине XIV века, јер у супротном не би дошло до потребе законодавца да је изричито забрањује. Није случајно што је у Душановом законнику забрањена заједно са "руком".⁴⁴

"Удава" је подривала углед државног судства. Самовласно хапшење (притварање) дужника за дуг морало је да буде превазиђено јер је постало претња изграђивању ауторитета судова, али и трговинској размени са Дубровником. Међутим, забрана "удава" у члану 84. Законика, тешко да се односила на дубровачке трговце. Већи су изгледи да се радило о општој забрани самопомоћи и, самим тим, постоји вероватноћа да је "удава" почела да се забрањује и у међусобним односима других становника Душановог царства (не само према Дубровчанима).

"Удаву" из праксе нису у потпуности успеле да истисну ни све ове забране. Наиме, она је поново испливала на терен приватноправних односа почетком XV века, када је снага српке државе почела да опада. Дубровчани су од српског владара упорно тражили заштиту својих трговаца, али им нису сви уважавали захтеве. Деспот Стефан Лазаревић, (1389-1427) одбио је да у уговор са Дубровником унесе такву гаранцију.⁴⁵ Правни поредак је попустио, јер су турска освајања била у великој експанзији и Србија, значајно територијално умањена и економски исцрпљена, нема снагу државе из прве половине XIV века. Све више простора у приватноправним односима фактички је преузела анархија. Деспотовина је била немоћна и недовољно спремна да се обрачуна са реликтима најстаријих времена који тада, из дубине ранијих векова поново долазе до изражаја. Ипак, следећи деспот, Ђурађ Бранковић, био је приморан да тражену одредбу унесе у међудржавни уговор већ 1428. године.

властеле, поткрепљен развојем рударства, занатства и трговине определиће његову тежњу да сузбија остатке обичајног права оличене у облицима самопомоћи.

⁴⁴ Установа "руке" у српском праву је представљала заштиту, пре свега властелинску; Путем "руке" странка у спору је могла да буде ослобођена од судског процеса. Подјемчавање или ујемчавање је деградирало ауторитет судства и тиме посредно доприниосло јачању праксе самовласног и самосудног решавања спора.

⁴⁵ Т. Тарановски, Историја српског права, стр. 160.

Најзад, требало би подвући да има мишљења да појам "удава" није у средњовековној српској држави све време имао исту садржину. С. Новаковић сматра да је "удава" могла да представља и затварање (хапшење) инсолвентног дужника од стране суда на захтев тужиоца (повериоца), или пак оглашавање дужника кривим. Као доказ за своју тврдњу, наводи писмо дубровачког кнеза неком Богдану Красимирићу из 1396. године.⁴⁶

Српско средњовековно право није од самовлашћа штитило само стране трговце. Привилеговани су били и сви црквени људи. Наиме, српски владари су од самовоље појединаца повељама штитили и припаднике клера и зависне манастирске (црквене) меропхе. Тако краљ Милутин, дајући повластице манастиру Светог Ђорђа, забрањује самопомоћ према сваком "чловеку светаго Георгија". То је формулисано у одредбама повеље из 1300. године (у члану 46): *"Кто се наиде судив чловеку светаго Георгија посилијем и отрока дава на њ или га пленив без игуменовва суда љубо га свезав, буди на њем клетва Божија всех правоверних светих цар и краљ више писаних, и да плати у царину 100 перпер"*.⁴⁷ Дакле, нико није имао права да силом притвара црквене људе нити да плени њихове ствари без одлуке игумановог суда. У супротном, Повеља предвиђа новчану санкцију за оне који би мимо установљеног легитимног суда примењивали силу према црквеним људима.

И Душанов законик садржи једну општу забрану самопомоћи (у члану 30.) што подсећа на одредбе повеље краља Милутина: *"Отселе да не урве ниједна власт калуђера или црковнаго чловека. И кто повтори сије при животе и по смрти царства ми, да нест благословен. Ако ли јест кто кому крив, да га иште судом и правдом по закону; ако ли урве без суда или кому забави, да плати самоседмо"*.⁴⁸ Очигледно се у првој реченици ради о давању судског имунитета цркви, тј. о искључивој јурисдикцији цркве према калуђерима и црквеним људима. Ниједна власт (ни царска ни властелинска) није могла да им суди. Други део члана односи се на забрану самовласног поступања, вероватно према истим лицима (није прецизирано). У сваком случају реч је о забрани самовлашћа, јер нико није био овлашћен да, мимо суда, узима правду у своје руке. Лице које не би поштовало ову правну норму, било је

⁴⁶ С. Новаковић, Васкрс државе српске, стр. 237.

⁴⁷ С. Стојичић, Извори, стр. 8.

⁴⁸ Исто.

кажњавано *самоседмо* (седмоструком материјалном накнадом). Дакле, ако би неко у покушају да вансудским путем оствари своје право почупао или ударио другог, био је санкционисан. Остаје нејасно да ли се члан 30. односио на спорове из дужничко-поверилачких односа или поводом кривице. То не мења ништа у погледу циља који је законодавац желео да постигне наведеном одредбом Законика, а то је општа забрана самовлашћа, тј. принудног остваривања угроженог права без учешћа судских власти.

Српско средњовековно право допуштало је самопомоћ оштећених у кривичном гоњењу делинквената, када се оно односило на крадљивце или тренутне држаоце украдених ствари. Наиме, члан 92. Законика прописује: *"Ако тко позна лице под човеком, а буде у гори, у пустоши, да га поведе у препрвје село и заручи селу и позове да га даде пред судијама; ако ли га не да село пред судијама, што покаже суд, да плати село то-зи"*. Под лицем се подразумевала украдена ствар (коњ) или оружје којим је злочин извршио.⁴⁹ Очигледно да је дозвољена самопомоћ у хватању делинквента била ограничена, јер оштећени или неко други (ко је знао за деликт), није могао на лицу места (у гори или пустоши) да одузме украдену ствар од делинквента. Он је био овлашћен да лопова преда најближем селу и да обавести суд о хватању вероватно траженог крадљивца. Дакле, самопомоћ није сасвим дозвољена Закоником, јер је предвиђено обавезно учешће суда у исправљању неправде. Онај који би ухватио делинквента са украденом ствари, само је помагао државним органима у кривичном гоњењу. У овом сегменту поступка самопомоћ је њему допуштена, може се рећи, у општем интересу. Међутим, у пракси је свакако било супротних понашања (долазило је до самосуда), те је стога другим делом члана 92. запређено сеоској општини да кривца мора предати јавним властима. У супротном, село је дуговало накнаду украдене ствари, дакле, колективна одговорност је замењивала индивидуалну.⁵⁰

Најзад, требало би указати и на чланове 184. и 185. Душановог законика, којима је забрањено властели и кефалијама самовласно хапшење (притварање) било кога без одлуке цара: *"Властеле и ђефалије царства ми који држе градове и тргове, нитко од њих да не приме чијега*

⁴⁹ Б. Марковић, Душанов законик (Стара српска књижевност, књига 8), Београд, 1986, стр. 70.

⁵⁰ Овакво решење Законика, уз извесна ограничења, подсећа и институт "дикаја вира" из Руске правде (у погледу колективне одговорности).

чловека у тамницу без књиге царства ми...⁵¹. Дакле, без царевог одобрења властелини и кефалије нису имали право да самовољно притварају било чије људе, чиме је ограничена њихова судска и управна власт. Између осталог, несумњива је тежња српског цара да у што већој мери централизује чиновнички апарат и обузда самовласну и самосудну властелу. Ово решење Законика имало је упориште у византијском праву, што се види преко садржаја појединих норми Скраћене синтагме (одељак Ф1).⁵²

Закључак

Сви први законодавни акти раних држава имали су тенденцију да верификују промене у друштвеним односима и зависно од околности прекину са традицијом наслеђеном из првобитних друштвених формација – племенских заједница.

Тако Салијски закон, зборник обичајних правила једног германског племена, целокупном структуром упућује на закључак да је првенствено имао задатак да раскрсти са крвном осветом, јер установљава систем новчаних санкција за готово сваку повреду права. Системом композиције он тежи да превазиђе реликт крвно-сродничких заједница – легитимно обичајно право на крвну освету.

Ово се нарочито може приметити приликом анализе норми које прописују материјалну одговорност за убицу ("**wergeld**"). Мотив је сасвим разумљив: рана држава тежи да потисне реликте родовско-племенског уређења, јер је то једини сигуран пут за учвршћивање власти и владавину одређеног друштвеног слоја.

Руска правда у првим члановима показује настојање кнежева (синова Јарослава Мудрог) да укину крвну освету и уведу принцип сличан Салијском закону - откуп главе за убиство. Кнез Јарослав битно ограничава право на крвну освету, а његови синови је дефинитивно укидају. Веза са претходним друштвеним уређењем још увек је јака почетком XI века, али је државним властима потребно заустављање

⁵¹ С. Стојичић, Извори, члан 184.

⁵² А. Соловјев, Историја словенских права и Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка, Београд 1998, стр. 526.

анархије у приватним односима. Начин превазилажења остатака најстаријег обичаја је нешто другачији, али је циљ норме исти као код Салијског закона.

Остаје нејасно да ли је српско средњовековно право укинуло крвну освету. О томе нигде нема изричитог помена, што не значи и да се она одржала.

У литератури постоје различита мишљења. Т. Тарановски сматра да она није заступљена у српском средњовековном праву, док К. Лиречек мисли супротно. Постојање установе "вражда" код Срба у најстаријем периоду, ипак показује, да је, још у првим српским државама, овај обичај превазилажен новчаним откупом за убиство. Уз то, можда би најбоље било прихватити став да је крвна освета укинута, али да су остали трагови у појединим члановима Душановог законика.⁵³

У сваком случају институти "wergeld", "вира" и "вражда" имали су исту функцију – сузбијање остатака најстаријег самосуда – крвне освете.

У свим правноисторијским изворима који су у овом раду коришћени и анализирани, самопомоћ се или допуштала, или забрањивала. Тек у неколико случајева она је била сужавана. Оба решења имала су своје разлоге.

Самопомоћ је најчешће била *допуштена* када је народни обичај био толико јак у свести људи, да држава једноставно није имала снаге да му се супротстави. Није било ни у интересу владајућег слоја ни самог владара да се боре са дубоко укоревеном традицијом. Свесно се допуштало самовласно поступање правних субјеката зато што је повезаност са претходним уређењем била јака, али и онда када држава није била довољно организована и у стању да се супротставља једном од начина за решавање спорних ситуација. Чак је, у појединим случајевима, држави било од користи што није морала да решава све правне проблеме међу становништвом. Осим тога, јавна власт је допуштала облике самопомоћи када је хтела да индиректно сурово казни починиоце деликата који су у великој мери угрожавали интересе владара (и

⁵³ Кажњавање лопова уквћеног на делу ("обличног тата") смрћу (чл.149.), некажњиво убиство (чл. 86.) и двобој војника (чл. 131.) Т. Тарановски, Историја српског права, стр. 358.

друштва у целини) или његове напоре да обезбеди ауторитет државним органима (нпр. *стављање ван закона* у Салијском закону или *поток и разграбљеније* у Руској правди). Понекад је то била последица владајућег правног схватања у ондашњој држави (нпр. позивање туженог на суд од стране тужиоца произилази из начела акузаторног поступка), а изузетно су то налагали разлози целисходности (право оштећеног да задржи животињу која причини штету).

С друге стране, самопомоћ је била изричито *зобрањивана* најчешће онда када су се наслеђени друштвени обрасци директно противстављали интересима владара и властеле. Типичан пример је била *"удава"*, самовласно притварање дужника за дуг у старом српском праву. Њено је постојање у односима међу појединцима непосредно угрожавало материјалне интересе владара и трговаца, те је стога изричито *зобрањивана* и санкционисана, у првом реду према дубровачким трговцима. Краљ Милутин је, решавајући о неким питањима која је наметао свакодневни правни живот, заузео потпуно супротне ставове поводом два института ("*удава*" и "*вражде*") који, у крајњу руку, представљају наслеђе из најдавније старине. "*Удаву*" је *зобрањивао* према Дубровчанима јер је трговина са њима била у интересу Србије и краља. Самопомоћ је *зобрањивана* и када је претила да угрози имунитете повлашћених слојева или када је угрожавала разлику у статусу (самосуд према црквеним људима тј. забрана позивања властелина на суд *пређе обода*). Увек када је самопомоћ изричито *зобрањивана*, то је значило да је супротног понашања свакако било у пракси, што важи и за највећи број правноисторијских института у било ком периоду и на било ком простору.

Самопомоћ је најчешће била допуштана у судском поступку и делом у кривичним стварима, а најчешће је *зобрањивана* у дужничко-поверилачким односима и када је то било у интересу владара и феудалаца.

Што се тиче савременог законодавства, самопомоћ се сматра изузетком и допуштена је када разлози хитности и целисходности то захтевају. У Средњем веку, допуштена самопомоћ није изузетак. Понекад је нужност, понекад одмазда, понекад израз правног схватања, или изузетно, резултат целисходности.

Aleksandar Đorđević
Junior Teaching Assistant

THE INSTITUTE OF SELF-AID IN FRANKISH, RUSSIAN AND SERBIAN LAW

Summary

Self-aid is any kind of self-willed action taken by an individual in order to obtain a certain subjective right but excluding the legal government authorities and legal proceedings. The norms of Lex Salica, Ruskaya Pravda, some Serbian rulers' charters and contracts with Dubrovnik, as well as the Code of Dusan regulate the above mentioned institute. Special attention is given to the institutes of the Serbian medieval law, like "udava" (debtor's temporary arrest until the debt is paid) or "izam" (taking away debtor's things or arresting people connected to him) and the institutions pertaining to Frankish and Russian common law.

As an institute of law, self-aid is not provided by modern legal systems and jurisprudence today and therefore represents an exception from the rule. On the contrary, in medieval times this institute, whether forbidden or allowed, was mentioned in almost every legal document, which represents a reliable proof that self-aid did exist in the law practice of the medieval states. Had that not been the case, there would have been no need for the incoming laws to explicitly forbid, repeal or sanction that kind of self-willed action. Moreover, self-aid represents the connection between early (but well-developed) medieval states and the primitive society, which indirectly provides knowledge on the evolution of social relations and development of other legal institutes.

This comparative study of self-aid in Frankish, Russian and Serbian law indicates that this institute partly differs from one system to another, but it

also explains the mutual relations among these three medieval laws including the legal and historical sources in these states. Self-aid is not only characteristic of common law. In statute law, it is mainly punishable and prohibited by legal practices.

Key words: *Medieval law, self-aid, Lex Salica, Ruskaya Pravda, Code of Dušan, Frankish law, Russian law, Serbian law.*



БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ¹

МОНОГРАФСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

МОНОГРАФИЈЕ

1. ДЕСЕТ ГОДИНА РАДА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ - 1960-1970, Ниш, 1970, 167 стр. уредник: Данило Ж. Марковић
2. Крстић, Божидар, ШИЗОФРЕНИЈА И УБИСТВА, Ниш, 1978, 117 стр.
3. 20 ГОДИНА РАДА: ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ - 1960-1980, Ниш, 1980, 171 стр. уредник: Љубиша Јовановић
4. ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ: 25-ГОДИНА РАДА И РАЗВОЈА, Ниш, 1985, 66 стр. уредник Љубиша Соколовић
5. Рочкомановић, Милорад, ЈАВНИ ПОРЕДАК У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1988, 125 стр.
6. Симић, Миролуб, БИБЛИОГРАФИЈА ЂОРЂА ТАСИЋА, Ниш, 1990, 120 стр.
7. Стојановић, Драган, ОСНОВНА ПРАВА ЧОВЕКА – ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВИМА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА, Ниш, 1990, 222 стр.
8. Живковић, Мирко, ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НА ЧУВАЊЕ И ВАСПИТАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1991, 282 стр.
9. 35 ГОДИНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ, Ниш, 1995, 155 стр. уредник: Гордана Станковић
10. Ћирић, Александар, ЗАЈЕДНИЦА НЕЗАВИСНИХ ДРЖАВА (ЗНД): НАСТАНАК И ОРГАНИЗАЦИЈА, ПРИВРЕДНО-ПРАВНИ ОДНОСИ, РЕШАВАЊЕ СПОРОВА, Ниш, 1998, 318 стр.
11. Митровић, Љубиша, ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ И АКТЕРИ, Ниш, 1999, 340 стр.

¹ Библиографске јединице су поређане хронолошки, а у оквиру сваке године дат је азбучни редослед аутора или наслова публикација где нема аутора.

12. Стојановић, Драган, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОСЛАНИКА – на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, Ниш, 1999, 346 стр.
13. Лазиић, Мирослав, ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ, Ниш, 2000, 214 стр.
14. Тирић, Александар, Цветковић, Предраг, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО – СТРУЧНИ ЕСЕЈИ, Ниш, 2001, 484 стр.
15. Милановић, Тихомир, Ж. - ПРАВО У СУДСКОЈ ПРАКСИ, Ниш, 2001, 143 стр.
16. Јовановић, Мила – Старо римско *Ius Civile*, Ниш, 2002, 220 стр.

У Ц Б Е Н И Ц И

17. Живковић, Мирко, ФРАНЦУСКИ ЈЕЗИК ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВА, Ниш, 1993, 249 стр.
18. Ковачевић-Куштримовић, Радмила, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, 3. изд., Ниш, 1997, 306 стр.
19. Ђорђевић, Владислав, НАСЛЕДНО ПРАВО, Ниш, 1997, 420 стр.
20. Николић, Драган, ФРАГМЕНТИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, 1997. – 321, LXV стр.
21. Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, 4. изд., Ниш, 1998, 690 стр.
22. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 2. изд., Ниш, 1998, 479 стр.
23. Анђелковић, Милева, ПОРЕСКО ПРАВО, Ниш, 1999, 333 стр.
24. Димитријевић Момчило, Симић, Мирољуб, УВОД У ПРАВО, Ниш, 1999, 394 стр.
25. Ђорђевић, Мирослав, Стојичић, Слободанка, НАЦИОНАЛНА ИСТОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА, 1999, 247 стр.
26. Митровић, Љубиша, ОПШТА СОЦИОЛОГИЈА – предмет, метод и теорије, Ниш, 1999, 296 стр.

27. Стојановић, Драган, УСТАВНО ПРАВО, књига 1, Ниш, 1999, 270 стр.
28. Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, 2000, VI, 576 стр.
29. Јовановић, Љубиша, Ђурђић, Војислав, Јовашевић, Драган, КРИВИЧНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, 2000, 587 стр.
30. Миленовић, Дара, ПОСЛОВНО ПРАВО, Ниш, 2001, 606 стр.

ЗБОРНИЦИ

31. СИМПОЗИЈУМ "САМОУПРАВЉАЊЕ И УНУТРАШЊА КОНТРОЛА", материјал за саветовање које је одржано 19-21. априла 1973. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 1973, 69 стр.
32. ЗАШТИТА ЧОВЕКОВЕ СРЕДИНЕ, Зборник радова са симпозијума одржаног новембра 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 197 стр. уредник: Славољуб Поповић
33. УДРУЖЕНИ РАД И ДРУШТВЕНА СВОЈИНА, Зборник радова са саветовања одржаног маја 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 211 стр. уредник: Славољуб Поповић
34. ФЕДЕРАЦИЈА И ФЕДЕРАЛИЗАМ, Зборник радова са међународног научног симпозијума одржаног јуна 1986. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета и Савеза удружења за политичке науке Југославије, Ниш, 1986, 432. стр. уредник: Јован Ђорђевић
35. ДВЕСТОТА ГОДИШЊИЦА ФРАНЦУСКЕ РЕВОЛУЦИЈЕ (1789-1989), сепарат из Зборника, бр. 29-1989, Ниш, 1989, 84. стр. уредник: Душан Р. Паравина
36. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР АНДРЕ ЂОРЂЕВИЋА: 1854-1914, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 44 стр. уредник: Гордана Станковић
37. РАД И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИХАИЛА МИТИЋА, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 89 стр. уредник: Гордана Станковић

38. СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА: 1844-1994, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 1994. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1994, 182. стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
39. СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА: 1844-1994, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног октобра 1994. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1994, 41. стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
40. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, 1995, 305 стр. уредник Гордана Станковић
41. ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног новембра 1995. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1995, 65 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
42. НИШКИ ЦИВИЛИСТИ: ПРОФ. ДР МИРСА МИЈАЧИЋ, ПРОФ. ДР ГОРДАНА СТАНКОВИЋ, ПРОФ. ДР ВЛАДИСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ, Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, 1995, 76. стр. уредник: Гордана Станковић
43. ПРАВНИ ОДНОСИ У СТАМБЕНОЈ ОБЛАСТИ, Зборник радова са научног скупа одржаног марта 1995. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања и Катедре за грађанскоправне науке, Ниш, 1995, 390. стр. уредник: Гордана Станковић
44. ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА, Зборник радова са међународног скупа одржаног новембра 1995. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, 434 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
45. ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржног фебруара 1996. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, 44. стр. уредник: Мирољуб Симић

46. БОРИСЛАВ Т. БЛАГОЈЕВИЋ (1911-1986), Објављено у оквиру општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1997, 198. стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
47. ЛОКАЛНА ВЛАСТ: УПРАВА И САМОУПРАВА, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног новембра 1997. године на Правном факултету у Нишу у организацији Правног факултета у Нишу, Факултета политичких наука у Београду и Југословенског удружења за политичке науке, Ниш, 1997, /54/ стр. уредник: Милан Петровић
48. УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ, Зборник радова са стручног скупа одржаног новембра 1997. године у организацији југословенског Удружења за грађанско процесно право и арбитражно право и Правног факултета у Нишу, Ниш, 135 стр. уредник: Гордана Станковић
49. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, /репринт изд./, Ниш, 1998, 213 стр. уредник: Гордана Станковић
50. НАЦРТ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ И ЗАШТИТА ОД КРИМИНАЛИТЕТА НАСИЉА, Зборник саопштења и дискусије са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу новембра 1998. године, Ниш, 1999, 115 стр. уредник: Војислав Ђурђић
51. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу марта 1999. године, Ниш, 1999, 202 стр. редакција: Војислав Ђурђић, Гордана Станковић, Невена Петрушић
52. УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу децембра 1998. године, Ниш, 1999, 368. стр. уредник: Милан Петровић
53. ЈУГОСЛОВЕНСКА КРИЗА - ПОУКЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног маја 2000. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 295 стр. уредници и рецензенти: Милан Петровић и Зоран Радивојевић
54. СТРАНА УЛАГАЊА, Зборник резимеа са Семинара за иновацију знања одржаног фебруара-марта 2001. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 221 стр. уредник: Милорад Божић

55. НОВИ ЗАКОН О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу маја 2001. године, Ниш, 267 стр. приредиле: Гордана Станковић и Невена Петрушић
56. СТРАНА УЛАГАЊА, Зборник радова са Семинара за иновацију знања одржаног фебруара-марта 2001. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 221 стр. уредник: Милорад Божић
57. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2002, Ниш, 273 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

СЕРИЈСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

58. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 1/1962.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
59. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 2/1963.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
60. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 3/1964.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
61. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 4/1965.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
62. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 5/1966.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
63. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 6/1967.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
64. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 7/1968.
уредник: Миодраг Матејић
65. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 8/1969.
уредник: Миодраг Матејић
66. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 9/1970.
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
67. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 10/1971.
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ

68. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 11/1972.
уредник: Врлета Круљ
69. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 12/1973.
уредник: Славко Марковић
70. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 13/1974.
уредник: Душан Р. Паравина
71. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА ванредан број посвећен
новим уставима 14/1974.
уредник: Славко Марковић
72. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број:
ТРИДЕСЕТ ГОДИНА ПРАВОСУЂА У СОЦИЈАЛСИТИЧКОЈ
ЈУГОСЛАВИЈИ 15/1975.
уредник: Душан Р. Паравина
73. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 16/1976.
уредници: Славољуб Поповић и Момчило Димитријевић
74. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 17/1977.
уредник: Љубиша Јовановић
75. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 18/1978.
уредник: Слободан Миленковић
76. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 19/1979.
уредник: Михаило Митић
77. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 20/1980.
уредник: Михаило Митић
78. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 21/1981.
садржи библиографију радова поводом двадесетогодишњице рада
уредник: Чедомир Стевановић
79. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 22/1982.
уредник: Чедомир Стевановић
80. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 23/1983.
уредник: Димитрије Кулић
81. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 24/1984.
уредник: Мирослав Миљковић

82. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 25/1985.
уредник: Мирослав Миљковић
83. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 26/1986.
уредник: Мирослав Миљковић
84. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 27/1987.
уредник: Славко Марковић
85. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, редовни и тематски број:
УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СР СРБИЈИ 28/1988.
уредник: Славко Марковић
86. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 29/1989.
уредник: Слободанка Стојичић
87. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 30/1990.
уредник: Слободанка Стојичић
88. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 31/1991.
уредник: Гордана Станковић
89. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 32-33/1992/93.
уредници: Гордана Станковић и Радмила Ковачевић-Куштримовић
90. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 34-35/1994/95.
уредник: Драган Станимировић
91. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 36-37/1996/97.
уредник: Војислав Ђурђић
92. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 38-39/1998/99.
уредник: Милорад Рочкомановић
93. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 40-41/2000/01.
уредник: Дара Миленовић
94. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 42/2002.
уредник: Мирољуб Симић

МУЛТИМЕДИЈА

95. **Правни факултет у Нишу - Faculty of Law in Niš** -
мултимедијална презентација Факултета на српском и енглеском
језику, ISBN 86-7148-033-X COBISS-ID 98072076

