

6 - 352

UDK 34(058)

YU ISSN 0350-8501

Универзитет у Нишу
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

XLIII/2003



Ц. бр. 4. 116



ЦЕНТАР
ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
© ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ, Ниш, 2003.

Редакциони одбор

Проф. др Мирса Мијачић

Проф. др Драган Николић

Проф. др Предраг Димитријевић

Проф. др Љубица Николић

Доц. др Миомира Костић

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мирса Мијачић

Секретар Редакционог одбора

Мр Небојша Раичевић

Превод резимеа

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Весна Данковић

Сви радови у овом Зборнику су рецензирани.

Штампа: СПЕКТАР НИШ

Тираж: 120

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ

Правног факултета у Нишу

18000 Ниш Краља Александра 11 п. ф. 122

Тел: (018) 500-201, 500-210

Факс: (018) 523-747

pravni@prafak.ni.ac.yu

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



САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

<i>Проф. др Гордана Станковић</i> ПАРНИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	9
<i>Проф. др Милорад Божвић</i> <i>Доц. др Срђан Голубовић</i> СТРАНЕ ДИРЕКТНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ (СДИ) И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ПРИВРЕДУ БАЛКАНСКИХ ЗЕМАЉА У ТРАНЗИЦИЈИ	27
<i>Проф. др Драган Станимировић</i> ЛУКИЋЕВ СИСТЕМ ФИЛОЗОФИЈЕ ПРАВА	41
<i>Проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић</i> ПРАВО РЕАЛНОГ (СТВАРНОГ) ТЕРЕТА	61
<i>Проф. др Милорад Рочкомановић</i> RENVOI И НАШЕ МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО - ЈЕДАН ДРУГАЧИЈИ ПОГЛЕД	83
<i>Проф. др Слободанка Константиновић Вилић</i> ТИПОЛОГИЈЕ УБИСТАВА И УБИЦА	93
<i>Проф. др Александар Петровић</i> СОЦИЈАЛНО ОСИГУРАЊЕ - ДЕ ЛЕГЕ ЛАТА И ДЕ ЛЕГЕ ФЕРЕНДА	119
<i>Проф. др Борис Кривокапић</i> ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА БЕЗБЕДНОСТ И САРАДЊУ У ЕВРОПИ И ЗАШТИТА МАЊИНА	149
<i>Проф. др Драган Јовашевић</i> ЗНАЧАЈ ОЛАКШАВАЈУЋИХ И ОТЕЖАВАЈУЋИХ ОКОЛНОСТИ ПРИ ОДМЕРАВАЊУ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ	179
<i>Доц. др Миомира Костић</i> МОДЕЛ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ	213

<i>Доц. др Наташа Стојановић</i> РАСПОЛАГАЊА ЗАОСТАВШТИНОМ У ДРУШТВЕНО- КОРИСНЕ СВРХЕ	235
<i>Доц. др Саша Кнежевић</i> ПРИМЕНА МЕДИЦИНСКИХ ИНТЕРВЕНЦИЈА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	249
<i>Др Видоје Спасић</i> УПОРЕДНОПРАВНИ АСПЕКТ ОГРАНИЧЕЊА ОВЛАШЋЕЊА НА УМНОЖАВАЊЕ АУТОРСКОГ ДЕЛА ЗА ПРИВАТНЕ ПОТРЕБЕ	265
<i>Мр Горан Обрадовић</i> КЛАУЗУЛЕ СИНДИКАЛНЕ СИГУРНОСТИ	289
<i>Мр Марина Димитријевић</i> РЕФОРМА ПОРЕСКЕ АДМИНИСТРАЦИЈЕ У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА	303
<i>Александар Борђевић</i> СТАРО СРПСКО ПРАВО У СУДСКОМ ПОСТУПКУ ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА	319
<i>Дејан Вучетић</i> МОДЕРНИЗАЦИЈА ЛОКАЛНЕ УПРАВЕ У ЕНГЛЕСКОЈ - од традиционалне ка савременој локалној ујрави -	339
РАДОВИ СА НАУЧНИХ СКУПОВА	
<i>Проф. др Невена Петрушић</i> ДОЖИВОТНО УЧЕЊЕ - НОВИ ХОРИЗОНТИ УЧЕЊА	363
<i>Проф. др Мила Јовановић</i> СТАРАТЕЉСТВО У АНТИЧКОМ РИМУ УЗ ПОСЕБАН ОСВРТ НА CURA NASCITURI (VENTRIS) - ПРИЛОГ ИСТОРИЈИ ВАНПАРНИЧНЕ СТВАРИ	377
БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ	404

ЧЛАНЦИ

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Проф. др Гордана Станковић

ПАРНИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

UDK 347.91/.95(497.11)

Рецензент: Проф. др Милорад Рочкомановић

Апстракт

У овом раду аутор анализира промене које су у домену цивилне процедуре настале као последица усвајања Уставне повеље државне заједнице СЦГ. Према новим уставноправним решењима, цивилна процедура је у искључивој законодавној компетенцији државачланица. Нова ситуација на нормативном плану створила је услове за дуго очекиване процесне реформе иако у садашњем тренутку нису остварене све неопходне претпоставке.

С обзиром на то да су правила процесног права, као тековина цивилизацијског и културног развоја, у великој мери слична у правним системима истог правног круга, у већини европ-

ских земаља па и код нас, не постоји потреба за променом основних процесних начела на којима је заснована парнична процедура нити за прокламовањем и увођењем нових основних процесних људских права. Оно што ће се у предстојећој реформи у домену цивилне процедуре свакако мењати је начин на који ће бити операционализована и конкретизована поједина основна процесна начела и основна процесна људска права у складу са европским стандардима који су изграђени у општеприхваћеним правилима у правним актима и пракси европских правосудних институција.

Кључне речи: парнично процесно право, парнични поступак, реформа парничне процедуре, основна процесна људска права.

Проф. др Гордана Станковић¹

ПАРНИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

1. Усвајање Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора² и Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама³, као њеног саставног дела, значајно је не само за нову политичку заједницу⁴ и њене државе-чланице, већ и за њихове правне системе. Конституисање државне заједнице Србија и Црна Гора изазвало је дубоке промене у скоро свим сегментима правног система. Одређене промене, које нису ни мале, ни безначајне, настале су и настаће и у домену цивилне процедуре.

2. Један од прокламованих основних циљева државне заједнице према Уставној повељи је и поштовање људских права и очување и унапређење владавине права⁵. И поред тога што се ради о циљу који државна заједница треба да реализује на свом правном простору, остваривање и заштита грађанских субјективних права у државној заједници Србија и Црна Гора

¹ Редовни професор Правног факултета у Нишу.

² Сл. лист Србије и Црне Горе бр. 1/2003 од 4.2.2003. г.

³ Сл. лист Србије и Црне Горе бр. 6/2003 од 28.2.2003. г.

⁴ У правној теорији су настајање и правна природа ове државне творевине и нејасни и спорни. Основ за доношење Уставне повеље није био Устав СРЈ већ "Полазне основе за преуређење односа Србије и Црне Горе" које нису настале у скупштинској процедури већ представљају резултат политичких договора. Сама Уставна комисија, која је радила на тексту Уставне повеље, није била изабрана у складу са важећим уставним решењима и пословницима скупштинских тела. Видети: Вукадиновић, Г. - Споразум о принципима односа Србије и Црне Горе - правна природа државне заједнице, Правни живот, 7-8/2002, стр. 137.

⁵ Видети одредбу чл. 3. Уставне повеље.

поверени су државама-чланицама. Тако је, према новим уставноправним решењима, цивилна процедура у искључивој законодавној компетенцији држава-чланица које треба да уређују, обезбеђују и штите грађанска субјективна права⁶. Док је постојала Југославија, као савезна држава, у њеној законодавној компетенцији је било, поред савезног организационог процесног права, и функционално грађанско процесно право⁷.

За разлику од Југославије, у којој је јединствена технологија судског рада обезбеђивала једнообразну заштиту људских права, законитост и једнакост у остваривању основних људских права грађана пред свим судовима у земљи, без обзира на њихов ранг, тај задатак сада имају државе-чланице које ће саме креирати и правила супстанцијалног грађанског права и правила цивилне процедуре⁸. Поред тога, државна заједница Србија и Црна Гора више није јединствено правно подручје, што може да изазове многобројне и различите правне импликације⁹.

⁶ Изградња сопственог система грађанскоправне заштите у Републици Црној Гори започела је пре усвајања Уставне повеље. У овој држави-чланици донета је Резолуција републичке скупштине из 2001. г. о непримењивању савезних закона на територији те републике. Тако је, нпр. у Црној Гори кодификовано ново стечајно право и већ су припремљене измене парничне и извршне процедуре.

⁷ О подели законодавне надлежности у Југославији у области грађанског процесног права видети: Станковић, Г.- Грађанско процесно право, Ниш, 1998; Станковић, Г.- Грађанско процесно право, Ниш, 2002.

⁸ Интересантно је приметити да је у Босни и Херцеговини, у оба њена ентитета, остварена јединствена технологија судског рада у домену парничне и извршне судске процедуре. То је постигнуто на тај начин што су радну верзију текста ЗПП сачиниле посебне експертске радне групе у ентитетима уз директно учешће Независне правосудне комисије и Америчког удружења правника - Правна иницијатива за централну Европу и Евроазију (АВА-СЕЕЛ). У коначним верзијама законских текстова постигнут је висок степен хармонизације, тако да у парничној процедури оба ентитета скоро да и нема разлика.

⁹ Те последице не наступају само на терену грађанскоправне заштите, где се постављају питања која се, примера ради, тичу правила по којима ће бити пружана правна помоћ или признања и извршења судских одлука, већ и питања која се тичу нострификације исправа итд. Ови проблеми, са којима ће се сретати институције и грађани, очигледно ниси били у фокусу оних који су, руковођени искључиво политичким мотивима и интересима, мењали природу државне творевине која је само у екстерним односима један субјект међународног права (чл. 10. Повеље).

3. Према одредбама Закона о спровођењу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора¹⁰, државе-чланице су дужне да своје уставе, законе и друге прописе ускладе са Уставном повељом, ратификованим међународним уговорима државне заједнице Србија и Црна Гора и законима државне заједнице. Пошто доношење новог уставног акта увек претпоставља промене у постојећем законодавству, Законом о спровођењу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора утврђен је однос према законима који су били на снази у моменту ступања на снагу Уставне повеље. Да би се у државама-чланицама спречио правни вакуум због насталих промена у домену законодавне компетенције, према одредбама Закона о спровођењу Уставне повеље, досадашње савезно процесно законодавство добило је републички карактер. У државама-чланицама се ранији савезни прописи, којима се регулише материја која више није у законодавној компетенцији државне заједнице, примењују, под одређеним условима, као прописи држава-чланица све док их њихови надлежни органи не ставе ван снаге. Из тог разлога се сви постојећи ранији савезни закони из домена цивилне процедуре примењују као републички закони све док саме државе-чланице не донесу своје нове процесне законе, па је то случај и са Законом о парничном поступку.

Како је према новим уставноправним решењима цивилна процедура у целисти прешла у законодавну компетенцију држава-чланица, оне дефинитивно имају прилику да у скорој будућности комплетно уреде свој систем правне заштите грађанских субјективних права у складу са дугогодишњим идејама о новелирању или реконструкцији грађанског судског поступка, укључујући и идеју о променама у домену парничне процедуре.

4. Парнично процесно право у РС регулисано је Законом о парничном поступку из 1976. г.¹¹, који се тренутно примењује као републички закон, и који је на снази скоро тридесет година.

Садашњи закон је својевремено настао као последица усклађивања Закона о парничном поступку из 1956. г.¹² са Уставом СФРЈ из 1974. г. а не као резултат студиозне реформе и намере законодавца да реформише процедуру

¹⁰ Сл. лист Србије и Црне Горе бр. 1/2003 од 4.2.2003. г.

¹¹ ЗПП је донет 24.12.1976. г. Објављен је у "Сл. листу СФРЈ" бр. 4/77. Више пута је мењан и допуњаван.

¹² Закон о парничном поступку из 1956. г. настао је по угледу на Законик о грађанском судском поступку Краљевине Југославије из 1929. г. који је настао по узору на аустријску цивилну процедуру. ЗПП из 1956. г. пет пута је мењан и допуњаван.

и отклони уочене слабости у методу пружања правне заштите. Иако је у процесу усклађивања овог закона са уставним решењима из 1974. г. био припремљен Нацрт измена и допуна ЗПП, Савезно веће Скупштине СФРЈ је одлучило да од Савезног извршног већа, као предлагача, због изузетно великог броја и обима предложених измена, затражи да се усвојени Предлог за доношење закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку преради и припреми као нови, интегрални текст закона и као такав усвоји¹³. Измењен и допуњен текст Закона о парничном поступку из 1956. г. предложен је и донет као нов закон. Доношење новог ЗПП, без обзира на многобројне законске промене, посебно у домену правних лекова, одложило је дуго припреману и пожељну реформу парничне процедуре.

После формирања СРЈ и доношења Устава СРЈ из 1992. г., Уставним законом је било предвиђено да се усаглашавање свих савезних закона са Уставом изврши до 31. децембра 1994. г. Рок предвиђен за усаглашавање касније је продужаван тако да је усклађивање ЗПП са Уставом треће југословенске државе извршено тек 1998. г. кад је Савезна скупштина, на седницама својих већа, донела Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку¹⁴.

5. Закони којима је регулисана цивилна парнична процедура у прошлости редовно су настајали као резултат некакве журбе и ургентне потребе да се она нормира. Рад на припреми и доношењу свих досадашњих југословенских закона о парничној процедури карактерише брзина у раду на законском пројекту и захтев да се реше различити текући, актуелни, и горући правно-политички проблеми који, по правилу, нису увек били у сфери процедуре. Врло често они су били резултат разних друштвених околности или су били условљени различитим разлозима и проблемима из зоне организационог процесног права. Чак и многе од радикалних измена ЗПП, које су у Југославији током времена вршене, редовно су биле вршене на брзину. Углавном су вршени мањи и парцијални законодавни захвати, осим измена из 1976. г. када је целовито био ревидиран систем правних лекова. Измене и допуне закона редовно су биле мотивисане прагматичним разлозима и имале су различит дomet и значај. Осим оних измена које су имале за циљ усаглашавања закона са насталим уставним променама, и по правилу, биле термино-

¹³ О раду на доношењу ЗПП из 1976. г. видети: Трива, С. - Нови Закон о парничном поступку, Зборник радова "Ново парнично процесно право", Информатор, Загреб, 1977, стр. 1.

¹⁴ "Сл. лист СРЈ", бр. 12/98 од 6.3.1998. г. Закон је ступио на снагу 14. марта 1998. г.

лошког карактера, или којима је вршена корекција новчаних износа у појединим одредбама услед инфлаторних кретања или промена у монетарној сфери, све промене су редовно биле последица општег друштвеног и правно-политичког интереса да се убрза, поједностави и појефтини поступак пружања правне заштите. Приликом тих законодавних захвата редовно се настојало да се нипошто не доведу у питање законитост и правна сигурност као основни постулати који обезбеђују и квалитет правне заштите грађанских субјективних права и заштиту правног поретка и да се тим интервенцијама не угрози концепт парничне правне заштите грађанских субјективних права.

Поједине промене на терену парничне процедуре настајале су и као последица небрижљиве редакције закона из домена материјалног права или као резултат активности републичког законодавца у сфери оних грана правног система који је, у складу са тада актуелном поделом легислативне надлежности између савезне државе и њених чланица, био овлашћен да креира правила супстанцијалног и процесног права. Из тог разлога у домену парничне процедуре настајала су различита, нова и оригинална правна решења којима су конкретизовани основни процесни принципи на специфичан начин или којима су у доброј мери модификовани поједини процесни институти, као што је то био случај са посебним правилима процедуре у погледу породичноправних односа.

6. Нова ситуација на нормативном плану у РС створила је услове не само за дуго очекиване процесне реформе, већ и за постепено дефинитивно укидање хаотичне нормативне ситуације у домену цивилне процедуре.

Југословенски правни систем који је егзистирао до фебруара 2003. г. карактерисао је не само неравномеран, некохерентан и хаотичан развој, већ и хаотичност у његовом регулисању. Пречесте промене у погледу државног и политичког уређења нису омогућавале систематичан и квалитетан законодавни рад. Томе су, свакако, доприносиле, с једне стране, промене у самом концепту права које су у једном периоду биле мотивисане идеолошким разлозима, а с друге стране, перманентно непостојање општеприхваћеног концепта права¹⁵ у новијем, тзв. транзиционом периоду.

¹⁵ Детаљно о томе: Перовић, С. - Праведно право као израз културе разума, Архив, 1-2/2002, стр. 239; Перовић, С. – Природно право и култура мира, Уводна реч, Завршни документ, Копаоничка школа природног права, Копаоник, 13-17 децембра 2003, стр. 52.

Честе уставне промене, сталне промене у расподели легислативне надлежности у оквиру Федерације које су биле последица започетог процеса дезинтеграције југословенског правног система, правни волунтаризам, експерименти у друштвеним односима, раскиди са правном традицијом, константне енигме и неизвесности о томе која ће и каква решења бити прихваћена, како ће она и да ли ће практично функционисати, међусобна неусаглашеност закона и друге околности, одразиле су се на стање законодавства уопште. Поједине правне области уопште нису биле правно регулисане или је њихова нормативна регулација била непотпуна, неодговарајућа а често и архаична. Пречесте промене у законодавству, као последица уставних промена, перманентно усаглашавање и новелирање закона, али и инфлација подзаконских аката којима је извршна власт врло често преузимала функције законодавне власти, допринели су да немамо логичан, кохерентан, усклађен и савремен правни систем. Многобројни прописи су били непрецизни, понекад нестручно редиговани, у међусобној колизији или су садржали неодговарајућа правно-техничка решења.

Изузетно дуги низ година ми практично нисмо имали усклађен грађанско-правни систем који би био резултат хармоничног и еволутивног развоја свих грана грађанско-правног система. Од васкрса државе српске до данас, стицајем историјских и политичких околности, систем грађанског права је перманентно био у неком стању изградње и рушења, адаптирања и преправљања, тако да и данас, кад треба да се приступи реформи парничне процедуре у РС, читав корпус грађанског права је нехомогенизован, са остацима разних правних решења из различитих епоха друштвеног развоја, иако он треба да представља једну од полазних тачака за будућу реформу парничне процедуре.

8. Већ извршене уставне промене на нивоу државне заједнице СЦГ изазвале су, силом Уставне повеље, непосредне промене у домену парничне процедуре у погледу неких процесних установа. Оне се испољавају на два начина: нестајањем појединих или садржинским променама других процесних института. Пре свега, нестали су из процесног система неки процесни субјекти¹⁶, неки посебни поступци правне заштите и неки правни лекови. У

¹⁶ Пошто је нестала савезна држава, у домену организационог процесног права настале су промене које се испољавају у томе што су престали да постоје Савезни суд, војни судови, Савезно државно тужилаштво, Савезно јавно правобранилаштво и Војно правобранилаштво.

домену функционалног парничног процесног права промене се састоје у томе што више не постоје поједини посебни парнични поступци као што су: поступак пред војним судом и поступак у парницама о имовинским споровима између Федерације и републике, као и између република. Са листе правних лекова нестали су: захтев за заштиту законитости Савезног државног тужиоца, захтев за ванредно преиспитивање правноснажне одлуке пред Савезним судом, захтев за ванредно преиспитивање правноснажне одлуке Савезног суда. Променама су, исто тако, као рефлекс уставноправних промена, у одређеној мери захваћени и поједини процесни институти, као што су ординација надлежности¹⁷, сукоб о надлежности, пружање правне помоћи¹⁸, признање одлука¹⁹, заступање²⁰.

¹⁷ О ординацији надлежности одлучивао је Савезни суд. У Србији, у савременим условима, иако ће ретко постојати потреба да се одлуком суда а не законом одреди суд који ће у конкретном случају бити надлежан, то ће, свакако, бити Врховни суд, као највиши суд у држави.

¹⁸ Пружање правне помоћи између држава-чланица није за сада регулисано ниједним правним актом државне заједнице. Тај се проблем не поставља кад је у питању међународна правна помоћ јер је Југославија ратификовала европску Конвенцију о обавештењима о страном праву, коју је донео Савет Европе 1968.г, још 1991. г. Осим тога, ова материја је регулисана и одредбама Закона о парничном поступку и Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

¹⁹ Пошто државна заједница Србија и Црна Гора није јединствено правно подручје, могу да настану одређени проблеми у сфери признања и извршења судских одлука једне државе-чланице у другој.

²⁰ Посебне новине у погледу заступања на плану цивилне процедуре тичу се, уствари, заступања саме државне заједнице. Према одредбама Закона о спровођењу Уставне повеље (чл. 16) престали су са радом Савезно јавно правобранилаштво и Војно правобранилаштво који су имали задатак да заступају савезну државу. Пошто државна заједница има своја посебна имовинска права и интересе које не могу да штите њене државе-чланице, послове заштите имовине државне заједнице Србија и Црна Гора, без обзира што она, за разлику од СРЈ, неће имати значајнију имовину, у поступцима који се воде пред судовима и другим државним органима, према одредбама овог закона, преузео је Генерални секретаријат Савезне владе. У већини европских држава, међутим, законом је одређен посебан државни правосудни орган који се бави заступањем државе и уређени су његова организација и делокруг. У државној заједници такав посебан, диференциран, самосталан и специјализовани правосудни државни орган који се стара о правној заштити имовинских права и интереса државне заједнице не постоји. Ови послови поверени су једном управном органу који није специјализован за правну заштиту. На овај начин новим уставноправним решењима прекинута је постојећа дугогодишња правна традиција јер је и у

9. Предстојеће законодавне активности на плану усклађивања процесних закона са новим уставним решењима, као и са будућим уставним решењима после доношења Устава Србије, пружају несумњиву прилику за изградњу и креирање јединственог и хармоничног система цивилне процедуре у оквиру правног система Републике Србије.

Промене, до којих ће свакако доћи и у домену организационог²¹ и у домену функционалног процесног права, неће бити само последица усаглашавања са Уставном повељом и Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама, као и будућим Уставом Републике Србије, већ ће бити и директна последица ратификације европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода као нужне последице чланства државне заједнице Србија и Црна Гора у Савету Европе. Процес реинтеграције државне заједнице Србија и Црна Гора, који је већ отпочео на политичком, економском и културном плану, захтева и хармонизацију домаћег процесног права са европском Конвенцијом и стандардима који су верификовани у пракси Европског суда за људска права. То ће изазвати, несумњиво, и одређене

Краљевини Југославији, као и у Краљевини Србији, било установљено Државно правобранилаштво. Још у време кад је најављиван пројект уставног преуређења СРЈ, у стручној литератури се поставило питање ко ће и како вршити функцију савезног јавног правобранилаштва с обзиром на околност да прелиминарни споразум о односима Републике Србије и Републике Црне Горе није ништа предвиђао у погледу заступања нове државне творевине.

²¹ У домену организационог процесног права у Републици Србији реформа правосудног система започела је знатно пре доношења Уставне повеље и рада на Уставу Републике Србије јер је то био један од услова за будуће укључивање у Европску унију. Према некадашњим уставноправним решењима, организација правосудног система била је у законодавној компетенцији и Федерације и Републике. Републике су биле надлежне да уређују свој судски систем. Недавно усвојеним организационим правосудним законима у Републици Србији, који су већ претрпели измене и допуне и били чак и предмет уставноправне контроле, постављени су нормативно-институционални темељи за реализацију реформе судског система. Започети процес реформе правосудног система још увек није окончан. С једне стране, још увек нису почели да функционишу апелациони судови. С друге стране, још увек није донет закон о јавном бележничтву и поред дугогодишњих настојања и напора да се нотари уведу у наш правни систем и тако остваре многобројни и различити правно-политички циљеви. Увођењем јавног бележничтва биће обезбеђен знатно већи степен правне сигурности у правном животу и омогућено законито, поуздано, квалитетно и стручно пружање правних услуга грађанима.

промене на плану српског парничног процесног права у циљу његове хармонизације са европским и светским стандардима и то претежно у домену повећавања ефикасности правне заштите, како на нормативном плану, у домену организационог процесног права пре свега, тако и у практичном погледу.

Следећи корак у предстојећој реформи цивилне процедуре, после њеног усаглашавања са новим уставноправним решењима требало би да буде и хармонизација цивилне процедуре Републике Србије са правом Европске уније²². После пријема у Пакт о стабилности и формирања Консултативне радне групе током 2001. г. започеле су припреме за отварање преговора за придруживање и сарадњу са Европском унијом у складу са њеним правним инструментима. У садашњем, прелазном периоду, инсистира се на постепеним реформама у домену законодавства, а не на преузимању готових стандарда и правила Европске уније²³. Додуше, у оквиру самог европског комунитарног права процес изградње целовите цивилне процедуре, иако је у сталној експанзији, још увек није у потпуности завршен јер је у току само рад у појединим областима цивилне процедуре.

8. Околност да предстоји рад на усклађивању процесних закона у домену процедуре са уставним решењима и европским и светским стандардима, оправдава и испитивање постојећих законских решења и досадашњих метода пружања грађанскоправне заштите у сектору грађанскоправних односа. То је, истовремено, и прилика за уклањање уочених недостатака у методама цивилноправне заштите у оквиру сваке гране грађанског судског поступка, без обзира да ли се ради о моделу опште или посебне цивилне правне заштите²⁴.

²² Процес реинтеграције државне заједнице Србија и Црна Гора у правном смислу је започео припремама за придруживање ЕУ иако оне нешто касне. У даљем следу ствари започеће и припреме да се област правне заштите хармонизује са правом ЕУ у којој талас хармонизације цивилне процедуре још увек није захватио и сектор парничне процедуре иако је у току процес изградње цивилне процедуре.

²³ Вукадиновић, Р. - О стању и перспективама процеса стабилизације и придруживања СР Југославије (Србије и Црне Горе) Европској унији, Правни живот, 7-8/2002, стр. 7.

²⁴ Томе ће, свакако, допринети и искуства извршених промена у домену парничне процедуре на балканским просторима, тачније у државама које су некада биле чланице југословенске федерације, али и у оним државама европског правног круга у којима постоји сличан модел правне заштите. Ефекти већ извршених промена у

9. Предстојеће усаглашавање ЗПП са Уставном повељом и Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама, која је већ усклађена са европском Конвенцијом Савета Европе, као први корак у реформи цивилне процедуре уопште, могла би да буде и прилика, да су испуњени потребни предуслови, да се изврши дуго очекивана радикална реформа парничне процедуре и тако реализује идеја стара преко четрдесет година која треба, између осталог, да омогући да се остваре све правно-политичке вредности које се тичу законите, правилне и правичне али и делотворније и ефикасније правне заштите. Захтев за обезбеђивањем делотворније правне заштите јавља се и као последица имплементације права на правично суђење. Ово, основно људско процесно права које предвиђа Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, треба да омогући да пружање правне заштите буде остварено у разумном року да би она била, не само законита, праведна и правична, већ и ефикасна и да би уопште имала смисла.

10. Кад је у питању реформа српске парничне процедуре, поставља се, пре свега, неколико питања.

Сваки законодавни рад, по природи ствари, треба да буде у складу са временом у коме се посеже за променама једног закона, посебно оног који је остварио своју намену, издржао све пробе времена и који представља резултат европског цивилизацијског и културног развоја.

Садашње стање у друштву у коме треба да се приступи припремама за промену процесног закона, карактерише дубока и дугогодишња криза права која је последица низа друштвених околности.

И у овој српској држави, као и својевремено у СРЈ, још увек не постоји јасан став и сагласност о правно-филозофском концепту савременог и будућег права. Рад на суштинској ревизији парничне процедуре претпоставља јасан концепт о читавом правном систему и систему грађанског права, јасно дефинисане правно-политичке циљеве које треба остварити и правце промена у домену процедуре које треба реализовати.

процесним системима појединих балканских држава нису дали очекиване и жељене резултате и изазвали су нове проблеме у пракси.

Основно и круцијално питање које се поставља приликом будуће ревизије српског процесног закона односи се на начин на који треба приступити реформама.

Прво питање које се поставља односи се на то да ли и у којој мери треба променити парничну процедуру у тренутку кад у Србији немамо кодификовано грађанско материјално право и кад многе нове правне гране још увек нису потпуно нормативно уређене?

У овом часу, после насталих друштвених, друштвенополитичких и правних промена и нису познати сви правци промена у домену супстанцијалног права. Нпр. да ли ће и кад ће дефинитивно бити кодификовано грађанско материјално право, да ли је породично право део грађанског права или није, или како ће оно бити реформисано, посебно како ће бити регулисани односи родитеља и деце и какав ће процесни положај имати орган старатељства. Или, шта је са еколошким правом или правом потрошача. Или, да ли ће приликом реформе облигационог права бити елиминисана поједина ограничења начела диспозиције и процесне импликације тих решења које су настале као последица небрижљиве редакције законског текста итд. Није познат, исто тако, какав ће бити приступ законодавца у погледу ограничења неких субјективних грађанских права а управо од тога у одређеној мери зависи и однос појединих процесних начела и физиономија појединих процесних института.

С обзиром на околност да су многа законска решења која су карактеристична за англосаксонски правни круг у експанзији у домену материјалног права због некритичке рецепције условљене различитим факторима, поставља се и питање да ли у Србији нови ЗПП треба да буде заснован на новом концепту који би био последица различитих и разноврсних еклектичких решења у домену супстанцијалног права.

Ако процесно право има инструментални карактер и ако штити грађанска субјективна права онда свакако треба сачекати да се кодификује грађанско материјално право, у целини или делимично, у оквиру појединих грана, да би се приступило темељној ревизији цивилне процедуре. У међувремену, евентуално, у процесу усклађивања ЗПП са уставним променама, не мењајући радикално основне принципе, било би пожељно и целисходно да се изврше само нужни и неопходни законодавни захвати и то добрим делом у домену тзв. процесних техничких норми и тако отклоне одређени проблеми у пракси који свој узрок имају у појединим законским решењима.

11. Исто тако, поставља се и питање да ли треба приступити целовитој реформи парничне процедуре или се одлучити за измене и допуне постојећег законског текста, а нову процедуру евентуално нормативно уобличити тек кад се створе услови за дефинитивну реформу - кад буду извршене промене у уставном систему и у материјалном праву и кад буде заузет јасан став о концепту нове процедуре.

12. Следеће питање које се поставља, као питање од суштинског значаја, је проблем утврђивања концепције промена. Основно питање које се поставља пре но што се приступи реформи ЗПП је питање његовог концепта - да ли ће основни задатак процедуре бити да штити само субјективна права или и објективни правни поредак? Од одговора на то питање зависиће и међусобни однос појединих начела и начин њихове конкретизације и како су профилирани поједини институти.

Познато је да је до значајних промена у концепту процесног система у Европи и поимању процедуре дошло крајем друге половине 19 века. У складу са либерално капиталистичким схватањем у првој половини 19 века доминирало је схватање да је основни задатак судске парничне активности заштита грађанских субјективних права и да је из тог разлога суд био пасивни посматрач страначког двобоја. Кад је, касније, друштвени развој дошао у фазу монополистичког капитализма, јачала је интервенција државе у грађанскоправне односе, посебно имовинскоправне. Промењена улога државе довела је до схватања да је државна активност јавна друштвена функција и да судови, као специјализовани државни органи, имају задатак да штите грађанска субјективна права у складу са правним поретком. Из тог разлога суд је добио активну улогу у поступку и задатак да врши контролу примене императивних правила и правила морала и да спречава процесне диспозиције странака којима се они вређају. Од тог времена тај се концепт није мењао у глобалним размерама и због тога су процесне институције добиле и задржале релативно стабилну физиономију. На том концепту је грађен наш ЗПП. Околност што се наше друштво по други пут у својој историји нашло у фази првобитне акумулације капитала и изградње капиталистичких односа никако не значи да приликом будуће реформе евентуално треба да се вратимо на решења која се тичу улоге суда из доба либералног капитализма.

13. Идеално би било да се предстојећа реформа у домену цивилне процедуре искористи и да се комплетно кодификује цивилна процедура. Међутим то је дуготрајан и сложен посао који увек не даје резултате. Један такав покушај

на нашим просторима био је средином четрдесетих година прошлог века, непосредно после Другог светског рата, под утицајем совјетске доктрине, и није уродио плодом из познатих разлога.

У сваком случају треба се заложити за потпуну кодификацију парничне процедуре из простог разлога што је то и целисходно и конфорно: сва процесна правила су на једном месту. Осим тога, тиме се избегава ризик да се приликом доношења материјалноправних закона некритички задира у процесну материју и изазивају неочекиване импликације на процесном терену или креирају егзотична решења као што је то био случај у блиској прошлости у погледу поступака у породичноправним стварима или са појединим решењима у ЗОО или, недавно, приликом доношења Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар²⁵.

14. Једно од питања које се тиче обима будуће реформе парничне процедуре односи се на разграничење парничног и ванпарничног поступка.

Законодавна реформа парничне процедуре треба да стави на дневни ред питање које се тиче концепта, природе и обима ванпарничне процедуре. Било би потребно, пре свега, да се из будућег ЗПП изоставе одредбе које спадају у домен ванпарничне процедуре као што је нпр. поступак за склапање судског поравнања пре парнице, поступак за обавештавање трећег лица о парници, поступак за развод брака на основу споразума супружника. Поред пребацивања неких номинално парничних, а по својој природи ванпарничних ствари, у ванпарнични поступак²⁶, јавља се и проблем евентуалног пребацивања неких контенциозних ванпарничних поступака у домен парничног процесног права. Од питања разграничења парничне и ванпарничне процедуре, свакако, зависи и евентуално креирање неких будућих посебних парничних поступака уколико они више не буду имали, као тзв. спорни поступци, карактер ванпарничних поступака.

²⁵ Детаљно о томе: Станковић, Г. – Процесне одредбе у Закону о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, Зборник “Право и демократска култура”, Копаоничка школа природног права, Правни живот, 12/2003.

²⁶ Видети: Станковић, Г. – Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, уводни реферат, Зборник радова “Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије”, Ниш, 2003, стр. 13.

Иако у погледу поступка за признање страних судских и арбитражних одлука у домаћој теорији и судској пракси нема дилеме о томе да је у питању ванпарнична правна ствар, без обзира да ли се поступак води као главни или као адхезиони²⁷, с обзиром на ставове појединих домаћих аутора²⁸, треба заузети и став у погледу природе поступка за признање страних одлука (ванпарнична или парнична процедура).

Исто тако, потребно је дефинитивно сагледати и проблеме који се тичу јавног бележничтва, као и питања која се тичу обима нотарске функције и самог нотарског акта као јавне исправе.

15. Савремени процесни закони рађени су по узору на процесне законе Краљевине Југославије и били су "одсјај европских закона и европске правне цивилизације"²⁹. Цивилна процедура Краљевине Југославије била је интегрални део европске правне културе и цивилизације. Утицај идеолошког система у коме је парнична процедура стварана у периоду друге Југославије и који припада прошлости, није могао битно да утиче на њену физиономију. С друге стране, томе је допринела, свакако, и природа самог парничног процесног односа који овај закон нормира, те су, и у том погледу функционална процесна правила изван домаћаја идеологије.

С обзиром на то да су правила процесног права, као тековина цивилизацијског и културног развоја, у великој мери слична у правним системима истог правног круга, у већини европских земаља па и код нас, не постоји потреба за променом основних процесних начела на којима су засновани грађански судски поступци нити за прокламовањем и увођењем нових основних процесних људских права³⁰.

²⁷ Видети: Станковић, Г.- Старовић, Б.- Кеча, Р. – Петрушић, Н. – Арбитражно процесно право, Ниш, 1999, стр. 327.

²⁸ Кнежевић, Г. – Поступак признања страних судских и арбитражних одлука, Зборник "Ванпарнични и извршни судски поступак", Правни живот, 1989, стр. 135.

²⁹ Перовић, С. - Праведно право као израз културе разума, Архив, 1-2/2002, стр. 239.

³⁰ У пројекту "Стратегија реформе правосуђа у Србији", Министарства правде РС из октобра 2002. г. на сајту Владе Републике Србије (www.srbija.sr.gov.yu) констатује се да је систем савезног процесног права већ деценијама постављен тако да је следио традиције аустријске и немачке цивилне процедуре и да из тог разлога дух и основну физиономију те традиције не треба мењати. У дугогодишњој примени овог модела правне заштите показало се да он добро функционише и у новим оквирима европског процесног права (стр.10).

16. Оно што ће се у предстојећој суштинској реформи у домену цивилне процедуре свакако мењати је начин на који ће бити операционализована и конкретизована поједина основна процесна начела и основна процесна људска права у складу са европским стандардима који су изграђени у општеприхваћеним правилима у правним актима и пракси европских правосудних институција.

Предстојећа реформа парничне процедуре³¹ испољиће се не само као промена у погледу начина конкретизације правних принципа на којима се она заснива већ и као фаворизовање и јачање једних методских процесних принципа у односу на друге³² или до делимичног или потпуног напуштања појединих принципа³³ у складу са актуелним правно-политичким захтевима. Промене у конкретизацији и операционализацији појединих процесних принципа изазваће промене у погледу појединих процесних института, који ће бити модификовани или ће, најпосто, исчезнути из процесног система као процесни феномени. Оно што се свакако неће мењати су принципи законитости, правичности и правне сигурности јер је њихова конкретизација и практична реализација неопходан услов за заштиту и грађанских субјективних права и правног поретка.

³¹ Реформу парничне процедуре иницирало је Друштво судија Србије које је крајем 2003. г. припремило елаборат о могућним правцима ревизије ЗПП. Тај Радни материјал је посредством Врховног суда упућен правосудним и научним институцијама на стручну расправу почетком 2004. г.

³² Нпр. јачање принципа диспозитивности у односу на начело официјелности или јачање расправног начела у односу на истражно начело итд.

³³ Нпр. напуштања принципа учешћа грађана у суђењу, принципа колегијалног суђења у првостепеном поступку или принципа слободног заступања итд.

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

Litigation Procedure in Civil Procedural law in the Republic of Serbia

Summary

In this paper, the author has analysed the changes in the domain of civil procedure resulting from the adoption of the Constitutional Charter of the State Union of Serbia and Montenegro. According to the new constitutional solutions, civil procedure is the exclusive legislative competence of the member-states. The new provisions have created favourable circumstances for introducing the long-awaited procedural reforms despite the current insufficiency of all the necessary assumptions. Regarding the fact that the rules of procedural law, as an acquisition of civilization and cultural development, are considerably similar within the legal systems arising from the same legal background, in most of the European countries (including ours) there is no need for changing the fundamental procedural principles which litigation procedure is based on, nor there is a need for proclaiming or introducing new basic procedural human rights. The forthcoming reform in the domain of civil procedure will certainly affect the way of making some of the basic procedural principles and the basic procedural human rights more specific and putting them into effect, in compliance with the European standards enacted in generally accepted regulations in the legal acts and the practices of European juridical institutions.

Key words: litigation procedural law, litigation proceedings, litigation procedure reform, basic procedural human rights.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Проф. др Милорад Божјић
Доц. др Срђан Голубовић

СТРАНЕ ДИРЕКТНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ (СДИ)
И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ПРИВРЕДУ
БАЛКАНСКИХ ЗЕМАЉА У ТРАНЗИЦИЈИ
UDK 339.727.22:338.246.025.88(497)

Рецензент: Проф. др Јован Горчић

Апстракт

Балканске земље у транзицији суочавају се са озбиљним препрекама у процесу трансформације и изградње тржишно оријентисаних привреда. Након деценије сукоба, стагнације и економског опадања, овим земљама је потребан економски раст који ће омогућити хватање корака са земљама које су оствариле највећи прогрес у развоју тржишне привреде и брзој економској интеграцији са Европском унијом. Остваривање одрживих стопа привредног раста, у условима недовољне акумулације, могуће је само уз значајан прилив страног капитала. У раду се сагледава

утицај страних директних инвестиција (СДИ) на привреду земаља у транзицији. Озбиљна ограничења са којима се ове земље суочавају у изградњи тржишне привреде подстакли су додатно интересовање за стране директне инвестиције од којих се очекује да повећају ефикасност постојећих предузећа, смање технолошки јаз, олакшају преношење нових знања и освајање нових тржишта. Након тога, у раду се анализирају токови СДИ и актуелне мере које се користе у овим земљама ради њиховог подстицања.

Кључне речи: стране директне инвестиције, транзиција, реструктурирање, економски опоравак.

Проф. др Милорад Божић¹
Доц. др Срђан Голубовић

СТРАНЕ ДИРЕКТНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ (СДИ) И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ПРИВРЕДУ БАЛКАНСКИХ ЗАМАЉА У ТРАНЗИЦИЈИ*

УВОД

Стране директне инвестиције имају изузетно важну улогу у трансформацији и реструктурирању бивших социјалистичких земаља. Оне не само да значе прилив свежег капитала, већ подстичу структурне промене, олакшавају усвајање нове технологије, развој грана привреде заснованих на високој технологији и изградњу конкурентног, високопродуктивног извозног сектора. Међутим, прилив свежег капитала уско је повезан са прогресом у процесу трансформације и методом приватизације. Досадашње искуство нам говори да је највећи део страних директних инвестиција припао земљама које су биле најуспешније у изградњи тржишне привреде и које су користиле метод приватизације који подразумева ангажовање страног стратешког партнера. С друге стране, обим страних директних инвестиција у земљама које нису биле у стању да обезбеде политичку и економску стабилност (и поред погодних природних услова и ниских трошкова рада) је занемарљив. Стране директне

¹ Проф. др Милорад Божић, редовни професор Правног факултета у Нишу, др Срђан Голубовић, доцент Правног факултета у Нишу.

* Рад са пројекта *Културни и етнички односи на Балкану – могућности регионалне и европске интеграције* (1310), који се реализује на Институту за социологију Филозофског факултета у Нишу, а финансира га Министарство за науку, технологије и развој Републике Србије.

инвестиције као облик прилива свежег капитала имају посебну важност за привреду балканских земаља у транзицији. У условима оскудне домаће акумулације, стране директне инвестиције могу представљати кључни фактор технолошке модернизације и реструктурирања постојеће, крајње неефикасне, привредне структуре. У раду се разматра утицај страних директних инвестиција на привреду балканских земаља у транзицији. У првом делу рада сагледавају се инвестициони токови у балканским земљама у транзицији. Током последње деценије евидентиран је прилив капитала, али то ипак није било у очекиваном обиму. Утицај СДИ на привреду анализира се у другом делу рада. У трећем делу даје се преглед подстицајних мера којима се може утицати на прилив страних директних инвестиција.

1. ПРИЛИВ СДИ У БАЛКАНСКИМ ЗЕМЉАМА У ТРАНЗИЦИЈИ

Стране директне инвестиције заузимају изузетно значајно место у стратегији развоја балканских земаља. Након деценије конфликта, стагнације и економског опадања, овим земљама је потребан економски раст који ће омогућити хватање корака са најнапреднијим транзиционим земљама али и бржу економску интеграцију са Европском унијом. Одрживи економски раст пресудно зависи од количине и квалитета инвестиција. Ниска акумулативна способност главни је разлог што предузећа у овим земљама свој концепт развоја темеље на неком од екстерних извора финансирања. За предузећа постоје три извора екстерног финансирања²: 1) банкарски кредити, 2) тржиште капитала и 3) стране директне инвестиције. Имајући у виду тежак положај банкарског сектора у овим земљама, као и неразвијеност тржишта капитала (низак ниво тржишне капитализације) разумљиво је што се даје предност овој форми страних улагања. Шта више, СДИ се у овим земљама третирају као супериорна форма прилива капитала будући да стимулишу економски раст, као и да поред капитала омогућују пренос производних и организационих знања (*know how*) страних предузећа.³ За земље у транзицији је нарочито

² Види опширније: В. Цвијановић и С. Кушић, *Изравна страна улагања као извори финансирања инвестиција: успоредна анализа транзицијских економија с примјером Републике Хрватске*, Финанцијска теорија и пракса 26(4), 2002, стр. 880.

³ P. Nunnenkamp and J. Spatz, *Foreign Direct Investment and Economic Growth in Developing Countries: How Relevant are Host-Country and Industry Characteristics?*, Working Paper, Kiel Institute for World Economics, No. 1176, jul 2003, p. 1-2

важно што СДИ убрзавају процес реструктурирања предузећа и јачају конкурентност домаће привреде.

Под страним директним инвестицијама подразумевамо сва улагања резидента у иностранству и нерезидента у земљи, која се обављају са намером успостављања контроле над активношћу одређеног привредног субјекта. Оно по чему се СДИ разликују од других облика страног улагања је намера улагача о успостављању трајних економских односа и остваривању знатног утицаја на управљање предузећем. Насупрот страним директним инвестицијама стоје портфолио инвестиције које се најчешће везују за могућност остваривања профита у краћем року, без намере успостављања значајнијег утицаја на пословање предузећа. Према методологији Међународног монетарног фонда страна директна инвестиција постоји када одређени улагач (нерезидент) дође у посед 10 или више процената учешћа у основном капиталу привредног субјекта (резидента).⁴

Прилив страних директних инвестиција у балканским земљама у транзицији је знатно испод очекиваног, нарочито ако се имају у виду погодности овог региона: обилни природни ресурси, повољан географски положај ових земаља, ниска цена предузећа која се приватизују и сл. Досадашње искуство показује да су страни инвеститори, и поред погодности региона, испољили значајну опрезност када је у питању пласман капитала. Према подацима ЕБРД-а почетак транзиционог процеса у овим земљама карактерише изузетно низак ниво СДИ - свега 1/3 кумулативног СДИ прилива *per capita*, односно свега 462 милиона наспрам 1,623 милиона долара у земљама централне Европе.⁵ Прилив СДИ текао је упоредо са унапређењем политичке стабилности у региону и остваривањем прогреса у спровођењу тржишних реформи. Низак ниво СДИ задржава се све до 1997. године. Од 1998. године региструје се повећани прилив капитала, да би 2001. године прилив СДИ достигао износ од 4.265 милиона долара. Иако значајно, ово побољшање није довољно, посебно ако имамо у виду величину ових земаља и њихове инвестиционе потребе.

⁴ Види опширније: А. Бабић et. al, *Теорија и стварност иноземних изравних улагања у свијету и у транзицијским земљама с посебним освртом на Хрватску*, Преглед ХНБ, Загреб, 2001, стр. 1.

⁵ European Bank for Reconstruction and Development, *Transition Report Update*, 2003, London.

Искуство земаља у транзицији показује да је обим СДИ у директној вези са оствареним прогресом у процесу економске трансформације. Земље које су оствариле највећи прогрес у развоју тржишног система висок степен макро-економске и политичке стабилности су истовремено биле и најуспешније у привлачењу СДИ. У поређењу са земљама централне Европе балканске земље у транзицији нису биле успешне у привлачењу страних директних инвестиција. Главни разлози су политичка нестабилност и сукоби, споро напредовање реформи, кашњење у процесу приватизације и споро прилагођавање стандардима ЕУ. Друга битна карактеристика СДИ токова је да су оне углавном биле везане за приватизацију великих предузећа, што објашњава њихов раст у 2000. и 2001. години

Табела бр. 1.

ПРИЛИВ СДИ У БАЛКАНСКИМ ЗЕМЉАМА У ТРАНЗИЦИЈИ
у милионима долара

Земља	2000.	2001.	2002.	Прилив СДИ <i>per capita</i> у 2001.
Албанија	143	200	200	58
Бугарска	1,002	689	600	86
Румунија	1,040	1,137	1,000	51
Хрватска	1,126	1,502	1,100	343
Македонија	176	442	500	20
Босна и Херцеговина	150	130	200	35
Србија и Црна Гора	25	165	500	20
балканске земље	3,662	4,265	4,100	79

Извор: *WIIW-WIFO Data base on Foreign Direct Investment*

Највећи део овог прилива био је усмерен на банкарски сектор, телекомуникације и фармацеутску индустрију.⁶

⁶ Тако је у Албанији 2000. године дошло до приватизације предузећа *Albanian Mobile Communications* које је продато конзорцијуму предузећа *Norwegian Telenor* и *Greek Cosmote* за 96 милиона долара. Исте године турска *Kentbank* купила је другу по величини банку (*National Commercial Bank*). У Бугарској почетком 2002. године удео државе у комерцијалној банци (*Biochim*) продат је аустријској банци (*Bank Austria*). У банкарском сектору Бугарске инвестирано је око 800 милиона долара, што је стра-

Подаци дати у табели бр.1 показују да 2002. године долази до смањења СДИ прилива за 18% у односу на 2001. годину. То, међутим, не значи и мање интересовање инвеститора за овај регион. У наредном периоду очекује се да ће у овим земљама бити окончана приватизација још неких стратешких предузећа и банака у Албанији (*Savings Bank*), Бугарској (*Bulgarian Telecommunication Company* и *Bulgartabac*), Хрватској (*Croatian Telecom*) и Румунији (*Banca Comerciala Romana*), што ће резултирати значајним приливом капитала у овај регион. На средњи рок, међутим, главни изазов за балканске земље у транзицији представљаће привлачење тзв. *greenfield* инвестиција, посебно када буду приватизована сва стратешка предузећа. Искуство земаља централне Европе показује да се у другој фази транзиције, окончањем процеса приватизације, релативан значај ових инвестиција повећава. То намеће потребу осмишљавања одговарајуће стратегије за привлачење страних директних инвестиција.

2. ЕФЕКТИ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

Стране директне инвестиције утичу на привреду земаља у транзицији на директан и индиректан начин. Директни утицаји се односе на економски раст у кључним индустријским гранама, трговини и развој трговинских веза. Индиректан утицај СДИ односи се на изградњу институција тржишне привреде, убрзање процеса приватизације и подстицање конкуренције. Обезбеђењем већег прилива страног капитала у земљу постиже се.⁷

ним улагачима омогућило стицање више од 70% удела укупне банкарске активе. У Хрватској три сектора (телекомуникације, банкарски сектор, фармацеутска индустрија) обухватају 62,1% СДИ прилива. Слична је ситуација и у Румунији где је од 4,6 милијарди укупних СДИ више од 45% усмерено у прерађивачки и финансијски сектор. Рат на простору бивше СФРЈ, економске санкције и политичка нестабилност успориле су динамику прилива СДИ у СРЈ (данас Заједница Србије и Црне Горе). Највећа страна инвестиција током деведесетих година била је продаја Телекома у пролеће 1997. године. Почетком 2000. године у Заједници долази до повећања прилива СДИ. Слично осталим земљама, највећи део приспелих СДИ усмерен је у производњу цемента а током 2003. године и у област дуванске и нафтне индустрије. Више о структури СДИ види: G.Hunya, *FDI in South-Eastern Europe in the early 2000s*, The Vienna Institute for International Economic Studies (WIIW), Vienna, July 2002, str. 4-10.

⁷ Више о утицају страних директних инвестиција види: М. Видас-Бубања, *Глобални и регионални фактори прилива страних директних инвестиција у домаћу привреду*,

1. смањење лимитираности капитала као фактора развоја;
2. могућност економског и развојног активирања осталих фактора са којима земља располаже (природног богатства и радне снаге, на пример)
3. са иностраним капиталом обично се увозе савремена техника, технологија и знање;
4. долази до ширег укључивања земље у међународну поделу рада.

Утицај страних директних инвестиција на привреду земље примаоца, између осталог, зависи и од мотивационе структуре носиоца директних страних улагања. Полазећи од овог критеријума можемо разликовати три облика страних директних инвестиција. Прво, СДИ мотивисане потрагом за новим тржиштем (*market-seeking*), код којих се одлука о инвестирању доноси у жељи да се искористе погодности локалног или регионалног тржишта. Код овог облика инвестирања најважнији мотив је продор на локално тржиште. У највећем броју оваквих инвестиција у потпуности се трансферише технологија а производни процес је идентичан оном у матичном предузећу. Друго, СДИ мотивисане потрагом за ресурсима (*resource-seeking*), које имају за циљ искоришћавање природних ресурса и предности ниских зарада земље примаоца инвестиција. Код овог типа страних улагања смањују се трошкови рада али и укупни трошкови кроз креацију базе за извоз у треће земље. Трећи облик представљају СДИ које су мотивисане жељом да се повећа ефикасност (*efficiency seeking*). Овај облик инвестиција јавља се када инвеститор настоји да валоризује предности регионално повезаних земаља.

Ова подела је изузетно важна за земље у транзицији. Наиме, од мотива улагача зависе и ефекти које може да очекује земља прималац инвестиција. Тако у случају инвестиција које имају за циљ повећану продају на локалном тржишту не може се очекивати да ће такво улагање повећати извоз земље примаоца. Ова врста инвестиција увећава конкуренцију на тржишту чиме се унапређује понуда, обарају цене и увећава благостање свих потрошача. Супротни ефекти се јављају у случају када мотив улагача чини потрага за ресурсима који се користе као сировине у производњи изван земље примаоца. Такво улагање подразумева значајан трансфер капитала, технологије и знања и генерише повећање прихода од извоза. С друге стране, факторски оријентисане стране директне инвестиције усмерене су ка што је могуће лакшем приступу сировинама или јефтином раду уз занемарљиве везе са домаћим

Економски анали, април 2003, стр. 293-297; и М. Божич, Економска политика, Ниш, 2002, стр. 390.

привредним субјектима и локалним тржиштем. Са становишта улагача, стране директне инвестиције могу, између осталог, послужити и остваривању стратешких циљева. Поједини аутори⁸ улагања која су повезана са процесом приватизације сврставају у трећу групу. Наравно, поменута категоризација не искључује постојање више различитих мотива при истом улагању.

Искуство земаља у транзицији показује да стране директне инвестиције могу дати велики допринос развоју домаће привреде. Илустративан је пример Мађарске која је захваљујући великом приливу СДИ током деведесетих година успела да оствари значајан економски раст. Тако је у периоду 1993-2001. године у овој земљи забележен раст извоза од 241%. Предузећа у страном власништву у Мађарској учествују са 86% у извозу производног сектора.⁹ Пракса појединих земаља у транзицији показује да СДИ имају позитивну улогу у реструктурирању и да раст производње у индустријским секторима са великим уделом страног капитала има атрибуте одрживог. Након преузимања предузећа од стране стратешког страног инвеститора долази до одређених промена: побољшања квалитета производа услед промена у производном и технолошком процесу; промена производног програма; промена организационе структуре у складу са тржишним принципима; сталног обучавања руководиоца и радника; новијег система рачуноводства и финансијског извештавања који одговара међународним рачуноводственим стандардима; раста зарада радника што доприноси расту њихове продуктивности; увођења еколошки погодних производа и процеса и сл. Не доприносе, међутим, све СДИ реструктурирању. Неке од њих послужиле су само да се прошири тржиште инвеститора. Упркос краткорочним предностима по основу прилива инвестиција и знатног обогаћивања понуде, на дуги рок освајање домаћег тржишта сузило је тржиште за домаћа предузећа и зато је контрапродуктивно са становишта земље примаоца.

3. МЕРЕ ЕКОНОМСКЕ ПОЛИТИКЕ ЗА ПРИВЛАЧЕЊЕ СДИ

Страни инвеститори приликом процене атрактивности једне земље за улагање капитала руководе се не само потенцијалним приносима, који се на основу улагања могу остварити, већ и ограничењима и ризицима са којима се

⁸ Г. Вукшић, *Изравна иноземна улагања и фискална децентрализација*, Форум о фискалној децентрализацији у Хрватској, 2002, www.ijf.hr

⁹ Наведено према: В. Цвијановић и С. Кушић, *op. cit.* стр. 887-888.

суочавају током инвестиционог подухвата. Мада је неспорно да су балканске земље оствариле значајан напредак у развоју тржишног система (либерализација спољне трговине, либерализација цена, развој институција и сл.) још увек постоје озбиљна ограничења, посебно када су у питању инвестиције у новооснована предузећа. Ограничења са којима се страни улагачи суочавају на страном тржишту могу се сврстати у три шире целине¹⁰.

Прву групу ограничења чине правне препреке, под којима се подразумева другачији правни статус страних у односу на домаће улагаче, и то у виду ограничавања удела страног власника, другачијег пореског третмана капиталних добитака и дивиденди у односу на домаће инвеститоре, уводјења административних препрека трансферу дивиденди и капиталне добити ван граница земље итд.

Другу групу чине тзв. посредна ограничења као што су: неадекватни рачуноводствени стандарди, непоуздани финансијски извештаји емитената и неефикасна контрола њихове тачности, некомпатибилност пореских и трговачких прописа са законодавством државе из које долази инвеститор и сл.

У трећу групу ограничења убраја се макроекономска нестабилност и одсуство владавине права. Страни инвеститори нарочито пажљиво прате кретање каматних стопа и цена, будући да је исплативост улагања осетљива на промене каматне стопе и инфлацију. Такође, за стране инвеститоре од велике је важности степен финансијске дисциплине у земљи, као и ефикасност правног система у наплати неизвршених обавеза. Неспособност државе да обезбеди поштовање уговора и неефикасност правосуђа делује врло обесхрабрујуће на потенцијалне инвеститоре. Не треба посебно наглашавати да учестале измене прописа којима се дефинише инвестициони амбијент могу негативно да се одразе на углед државе која жели да привуче страни капитал.

Кључни економски проблем са којим се балканске земље у транзицији суочавају је висока стопа незапослености. У 2001. години стопа незапослености у Албанији износила је 16,8%, у Бугарској 19,7%, Босни и Херцеговини 39,5%, Хрватској 23,1, Македонији 30,5 и Србији и Црној Гори 27,9%.¹¹ У настојању да проблем високе незапослености умање, последњих година се у овим

¹⁰ Berend T. I, *From Plan to Market: From regime Change to Sustained Growth*, Economic Survey of Europe, No. 2/3, UN/ECE, Geneva, 2000, p. 2.

¹¹ Извор: The Vienna Institute for International Economic Studies (WIIW), www.wiiv.at

земљама приступа одговарајућим стимулативним мерама које треба да повећају запошљавање, инвестициону активност и подстакну прилив страног капитала.

Земље могу подстицати СДИ на разне начине, водећи рачуна о томе да друштвене користи буду веће од друштвених трошкова. Досадашње искуство показује да су величина и куповна моћ тржишта земље примаоца, макроекономска стабилност, развијеност инфраструктуре и богатство природних ресурса главни чиниоци привлачења СДИ. Унапређењем општих услова може се утицати на стварање амбијента погодног за инвестирање. У прилог томе говоре и недавна емпиријска истраживања која показују да ефекти страних улагања увелико зависе од карактеристика земље примаоца.¹² Земље које су имале развијене институције, и које је одликовала владавина права, низак ниво корупције, ефикасна јавна управа и ефикасна заштита својинских права имале су знатно већи прилив СДИ који је укључивао и значајан трансфер модерне технологије и знања.

У настојању да створе повољне услове за инвестирање земље региона током деведесетих доносе законе којима се регулише област страних улагања¹³. У законодавство ових земаља уносе се одредбе којима се гарантују права страних улагача попут: слободе страног улагања, принцип националног третмана, правна сигурност и правна заштита права стечених страним улагањима, право на трансфер добити и имовине и сл. Значајно место у том пакету мера припада пореским подстицајима попут ослобађања од плаћања пореза на добит за одређени период, снижења пореских стопа и других пореских олакшица. Тако се крајем 2000. године у Хрватској приступа значајним променама у порезу на доходак и порезу на добит увођењем бројних олакшица (неопорезивање задржане добити, умањење пореске основице за износ средстава уложених у развој, снижавање стопе пореза на добит). Крајем 2002. године и у пореско законодавство Србије¹⁴ уносе се мере које треба да

¹² Р. Nunnenkamp, *op. cit.* р. 3.

¹³ На пример, Албанија 1994, Босна и Херцеговина 1998, Бугарска 1997, Хрватска 1995. и 2000, и Србија и Црна Гора 1994. и 2002. године.

¹⁴ Више о другој фази пореске реформе у Србији види: Д. Поповић, *Друга фаза пореске реформе у Србији: више инвестиционих подстицаја и нови порески поступак*, стр 230-243. и Г. Илић-Попов, *Пореска реформа у Србији: порези, подстицаји, поступак и администрација, Стратегија реформи*, стр. 244-266. ред. З. Ваџић, Б. Мијатовић, Центар за либералне демократске студије, Београд, 2003.

подстакну запошљавање нових радника и раст инвестиција. Значајно је смањена стопа пореза на добит (од 20% на свега 14%), тако да је сада међу најнижим у региону (нпр. у Бугарској - 15%, Хрватској - 20%, Румунији -25%). У циљу стварања повољније инвестиционе климе и посебно, привлачења страног капитала сличне мере се предузимају и у другим земљама региона.¹⁵ Анализа уграђених мера указује на то да међу балканским земљама у транзицији постоји својеврсно такмичење у привлачењу страних улагања, при чему се порески подстицаји користе као главно средство. Међутим, искуство земаља у транзицији показује да сама по себи ни једна пореска олакшица не може бити довољна за привлачење страних инвестиција, уколико нису претходно испуњени други услови.

Регион Балкана у будућности може бити изузетно занимљив за СДИ, посебно због активности у оквиру Пакта за стабилност Југоисточне Европе. Као економске приоритете у наредном периоду Пакт је дефинисао:

- развој инфраструктуре (укључујући и енергетику), што подразумева знатна улагања у развој путне и железничке инфраструктуре, изградњу гасовода, нафтовода.

- развој трговине и повећање инвестиција (посебно потписивање и спровођење међусобних уговора о слободној трговини и побољшање инвестиционе климе).

Успостављањем зоне слободне трговине на простору Балкана умањује се лимитираност унутрашњег тржишта као развојног фактора код свих земаља које учествују у њеном формирању. Уместо малих и затворених тржишта, ствара се тржиште са око 70 милиона становника што, под претпоставком испуњености осталих услова, чини овај регион изузетно атрактивним за СДИ. Своју спремност да изграде адекватан амбијент ове земље манифестовале су, између осталог, потписивањем од стране ОЕСД-а иницираног Споразума за реформу, инвестиције и раст (тзв. *Investment Compact*), као инструмента који треба да идентификује и отклони кључне препреке инвестиционој активности. На атрактивност овог региона утиче и процес стабилизације и придруживања Европској унији. Прихватање правила ЕУ и регулације смањује улагачки ризик стварањем пословног окружења сличног оном који постоји у Унији.

¹⁵ Види: А. Бабић *et. al*, *Op.cit*, стр. 15-17.

ЗАКЉУЧАК

Током деведесетих година у балканским земљама у транзицији није забележен значајнији прилив страних директних инвестиција. Ратни сукоби и политичка нестабилност, кашњење у спровођењу тржишних реформи су кључни разлози заостајања овог региона. Као један од начина за премошћавање јаза који је током деведесетих створен између земаља централне Европе и балканских земаља је повећање инвестиционе активности. У условима скромног обима домаће акумулације и када је тржиште капитала тек у зачетку, стране директне инвестиције испољавају се као веома битан фактор развоја. Страни капитал у виду новчаних средстава, као и технологије, вештине управљања, знања и др., може значајно допринети економском расту ових земаља. и њиховом приближавању Европској унији. Кључни изазов за ове земље је задржавање динамике прилива СДИ и након окончане приватизације. То, међутим, подразумева и предузимање одговарајућих мера које ће укупни амбијент учинити погодним за инвестирање.

Prof. Dr. Milorad Božić, Ph.D.

Full Professor

Prof. Dr. Srđan Golubović, LL.D.

Assistant Professor

FOREIGN DIRECT INVESTMENTS AND THEIR IMPACT ON THE ECONOMY OF THE BALKAN COUNTRIES IN TRANSITION

Summary

The Balkan countries in transition are facing serious obstacles in the process of transformation and building market oriented economies. After a decade of conflicts, stagnation and economic decline, these countries need economic growth which will enable them to catch up with the countries that have achieved biggest progress in market economy development and integration with the European Union. The realization of sustainable economic growth rates, in the conditions of insufficient accumulation, is possible only with the considerable inflow of foreign capital. In this paper, the authors analyse the impact of foreign direct investment (FDI) on transition economies. Serious constraints which these countries have been facing during the transformation stimulate additional interest in foreign direct investments, which are expected to raise the efficiency of the existing enterprises, reduce the technological gap, facilitate the transfer of new knowledge and enable conquest of new markets. In addition, this paper analyses flows of foreign direct investments and actual measures used for their encouragement.

Key words: *foreign direct investment, transition, restructuring, economic recovery.*

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Проф. др Драган Станимировић

ЛУКИЋЕВ СИСТЕМ ФИЛОЗОФИЈЕ
ПРАВА

UDK 340.12

Рецензент: Проф. др Миролуб Симић

Апстракт

Аутор излаже Лукићев систем филозофије права у ширем оквиру његовог схватања филозофије, права и филозофије права. Лукић филозофију права одређује као посебну филозофску дисциплину, која свој основ и извор има у општој филозофији. Сходно том схватању, Лукић своје најзначајније дело СИСТЕМ ФИЛОЗОФИЈЕ ПРАВА почиње излагањем тзв. опште филозофије. Прво, посебно се истиче Лукићево схватање филозофије као критичке сазнајне надискусствене дисциплине. Друго,

оригинална је Лукићева подела света на реални и идеални. Треће, у односу на монизам и дуализам, сасвим је нов Лукићев филозофски тријализам, оригинално схватање реалног света о јединству чинилаца троједног света – материја, енергија и дух. Ова схватања прозисају и филозофију права. Такође са системом опште филозофије - појам, онтологија, аксиологија и гносеологија – доследно се излажу елементи правнофилозофског система - појам, онтологија права, аксиологија права и гносеологија права.

Кључне речи: филозофија, филозофија права, систем, Лукић.

Проф. др Драган Станимировић¹

ЛУКИЋЕВ СИСТЕМ ФИЛОЗОФИЈЕ ПРАВА

УВОД

Систем филозофије права развијао је Лукић у периоду дужем од пола века, претежно у другој половини двадесетог века. За то време свет се у много чему мењао, често и у непредвидивом смеру, вртоглавом брзином одиграли су се бројни догађаји. Од нарочитог значаја био је дотле незамисливо брз и свеобухватан развитак науке и њене примене (проналасци и открића чији су домашаји и последице несагледиви) и све је то условило нове погледе на свет и тиме нове филозофије (нова питања и нове одговоре). Разумљиво је што је мена света утицала на промене научних и филозофских схватања једног тако значајног и за нова сазнања увек отвореног мислиоца какав је Лукић. Све те промене означавају израз схватања и времена и аутора у одређеном добу његовог живота и рада, али с надом "да је знатно више његових уверења и тврдњи сасвим одолело ћудима времена, успело да се потврди и одржи"².

Докторска дисертација *La force obligatoire de la norme juridique et le problème d'un droit objectif*³ из 1939. године може се означити као прави почетак, а

¹ Редовни професор Правног факултета у Нишу.

² Др Радомир Д. Лукић, *Сабрана дела*. Напомена аутора уз сабрана дела. Том 1. Зун и Бигз, Београд, 1995, стр. 257.

³ Radomir D. Loukitch, *La force obligatoire de la norme juridique et le problème d'un droit objectif*. Thèse. Les presses modernes, Paris, 1939; 257 p.

*Систем филозофије права*⁴ из 1992. године као завршно дело Лукићеве филозофске и правнофилозофске мисли. Може се рећи да је Лукићева филозофија права утемељена у његовој општој филозофској и научној мисли и расута у стотинама објављених радова из правних и политичких наука, социологије и филозофије⁵, пре него што је светло дана угледало прво дело његовог правнофилозофског система *Нацрт филозофије права*⁶, а затим и посебно целовито дело *Систем филозофије права*⁷. То је видљиво прво у структури *Система филозофије права*⁸, а затим и у његовом схватању да општа филозофија може бити изложена одвојено од филозофије права или као нека врста увода у правну филозофију⁹. Назив дела уз наслов СИСТЕМ ФИЛОЗОФИЈЕ ПРАВА има поднаслов *I. Филозофија* и *II. Филозофија права*. У садржају је Лукић делимично изменио структуру и под општим насловом ФИЛОЗОФИЈА рад поделио на два дела: ДЕО I – увод: појам филозофије, предмет

Др Радомир Д. Лукић, *Обавезујућа снага правне норме и проблем објективног права*, превод са француског, у *Сабраним делима*. Том 1. Нав. дело, стр. 258-446.

⁴ Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992.

⁵ Међу најзначајнијим делима су: *Теорија државе и права*. 1-2, прво издање 1953. и 1954. године, а затим још три издања; *Историја политичких и правних теорија*, 1956; *Хегелова филозофија државе и права*, 1957; *Основи социологије*, прво издање 1959, а затим још више од двадесет издања; *Увод у правне науке*, 1960. и *Увод у право*, више од десет издања почев од 1961; *Политичка теорија државе*, 1962; *Политичке странке*, 1966; *Die soziale Grundlage der Rechtsphilosophie Hegels*, 1967; *La philosophie du droit dans la Yougoslavie socialiste*, 1970; *Основи филозофски проблеми права*, 1972; *Социологија морала*, 1974; *Методологија права*, шест издања почев од 1977; *Филозофија права*, 1978; *Природно право и марксизам*, 1986. Више његових уџбеника и монографија преведено је са српског на руски, француски или италијански језик.

⁶ В. *Зборник за теорију права САНУ*, IV/1990.

⁷ 1992.

⁸ Др Радомир Д. Лукић, *Сабрана дела*, Том 4, *Систем филозофије права*. Нав. дело. Даље ћемо се служити овим издањем.

Има разлика у називу дела, наслову са поднасловима и структури (распоред дат у садржају).

У наслову са поднасловима пише: СИСТЕМ ФИЛОЗОФИЈЕ ПРАВА – *I. Филозофија*, *II. Филозофија права*. У *Садржају* пише: ФИЛОЗОФИЈА (од стране 11 до 533), затим ДЕО I – Увод, Онтологија, Аксиологија, Гносеологија и Додатак надфилозофија (од стране 23 до 316) и ДЕО II – ФИЛОЗОФИЈА ПРАВА (од стране 319 до 533).

⁹ Нав. дело, стр. 17.

филозофије, методи филозофије и вредност филозофије; онтологија; аксиологија и гносеологија) и ДЕО II – ФИЛОЗОФИЈА ПРАВА – увод (појам, предмет и метод филозофије права), онтологија права, аксиологија права и гносеологија права.

Значај Лукићевог система филозофије права може се одредити у односу на филозофију права и системе филозофије права у свету уопште, у Срба и у Лукићевим делима уопште. Он сâм нас уверава да не може избећи излагање своје сопствене филозофије, макар његово схватање било несхватљиво и за њега самог и неувверљиво.

У односу на филозофију права уопште, у европској традицији дугој два и по миленијума, Лукић на свој начин усваја или прерађује правнофилозофска мишљења, не занемарујући филозофску баштину почев од Платона и Аристотела, а у новом добу од Лужичког Србина Лајбница (Leibniz) до Канта (Kant), Фихтеа (Fichte), Хегела (Hegel), Маркса (Marx) и Бергсона (Bergson). У више правнофилозофској критици и развијању сопствених становишта, упориште су му дали Јелинек (Jellinek), Јеринг (Ihering), Келзен (Kelsen), Диги (Duguit), Орију (Aurieu), Жени (Gény), Гурвич (Gurvitch), Ле Фир (Le Fur), Дел Векио (Del Vecchio), Диркем (Durkheim), Радбрух (Radbruch), а у мањој мери и други (Хартман, Хусерл, Беркли, Хајдегер, Лукач, Бобио, Блох).

У српској правнофилозофској мисли рани извори из времена настајања првих српских држава¹⁰ и из времена оснивања савремених српских држава¹¹ не играју значајну улогу у Лукићевом стваралаштву. Међутим, дела Ђорђа Тасића и Томе Живановића,¹² његових непосредних претходника и савреме-

¹⁰ Прва српска правнофилозофска мисао огледа се већ у односу на византијско право и право оних држава које су биле у интересном кругу младе српске државе, а затим и у избору правних извора из римског и канонског права (опет првенствено преко Византије) и у рецепцији тих извора права. С нестајањем српске државе сели се правнофилозофска мисао у народну традицију.

¹¹ В. Јован Филиповић, *Филозофија права*, 1839. Јован Стерија Поповић, *Природно право*, 1840. Димитрије Матић, *Начела умног државног права*, 1851. Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, 1908. Теодор Тарановски, *Енциклопедија права*, 1923.

¹² Ђорђе Тасић, *Увод у правне науке. Енциклопедија права*, 1933. Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије* (Système de philosophie juridique syntétique). Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*. Наука о синтетичкој

ника, имала су значајан утицај на Лукића. То не значи да Лукић усваја и развија њихова мишљења; он заснива своју филозофију, као самосвојну и друкчију, како у погледу постављања питања, тако и у погледу одговора на питања и система филозофије уопште. Има основа мишљење да су Тома Живановић и Радомир Лукић "два врха филозофије права у Срба"¹³. Иначе, филозофијом права бавили су се још Живојин Перић, Живан Спасојевић и Божидар Марковић у првој половини двадесетог века. У другој половини тог века у правној филозофији, уз Живановића, Лукића и Марковића, значајна дела су још и Љубомира Тадића, Михајла Ђурића, Стевана Врачара, Андрије Стојковића, Милијана Поповића, Данила Басте, а занимљиви су и скори радови Светислава Јарића.

Излагање Лукићевог система филозофије права биће предмет овог рада. За прве потпуније критике Лукићеве филозофскоправне мисли читаоце ваља упутити на расправе које су вођене 1992-1994. године у Српској академији наука и уметности и на правним факултетима у Новом Саду и Београду поводом првог објављивања *Система филозофије права*¹⁴. Изврсну студију о Лукићевој правној филозофији, као предговор његовим сабраним делима, дугујемо обимном огледу *Опита мисао о праву Радомира Д. Лукића* из пера Милијана Поповића.¹⁵ Поредџи Живановића и Лукића, "праве правне филозофе у Срба", Поповић мудро закључује: "Ван сваке је сумње да су и Живановић и проф. Лукић далеко надмашили наше остале правне филозофе, како оне из ранијих времена, тако и савремене, и да представљају два врха филозофије права у Срба. И не само то. Они су својим приносима обогатили и европску и светску филозофскоправну мисао."¹⁶ Не можемо да се не сложимо с овим становиштем.

филозофији права. Наука о синтетичкој филозофији правних наука. САН, Београд, 1951. Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*. 1. *Синтетичка филозофија права*. 2. *Синтетичка филозофија правних наука*. САН, Београд, 1959.

¹³ Др Милијан Поповић, *Опита мисао о праву Радомира Д. Лукића*. Предговор делу: Др Радомир Д. Лукић, *Сабрана дела*, Том 1. Нав. дело, стр. 69-71.

¹⁴ Зборник Матиге српске за друштвене науке, 95/1993. Анали Правног факултета у Београду, 3-4/1993.

¹⁵ Др Милијан Поповић, *Опита мисао о праву Радомира Д. Лукића*. Нав. дело, стр. 7-256.

¹⁶ Исто, стр. 71.

СИСТЕМ ФИЛОЗОФИЈЕ

1. ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА

У писању филозофије или филозофије права Лукић налази да се постављају бројна питања, која су међу најзамршенијим и најнерешивијим, која не само да нису решена него и нема наде да буду решена. Основну сумњу о смислу таквог подухвата развејава његова природа, наиме могућност да се може изложити „један општи поглед на сва битна питања *повезан у једну целину* и тако створити једна сажета слика света заснована на једном јединственом гледишту, које логички повезује сва питања“. То јединствено становиште треба имати и „оно мора бар у суштини бити самосвојно“ и више или мање битно се разликовати од других. То би био први разлог „излагања сопствене филозофије“, који се не може избећи, јер човек мора доћи до свог схватања. Какав је тај Лукићев човек? „Човек кога муче и прогоне основни проблеми постојања света и човека, чудо света и човека, које је апсолутно необјашњиво и превазилази нашу моћ схватања, такав човек је једна врста филозофског (метафизичког) мученика.“ Тај човек је он сâм, сâм Лукић. Други разлог личи на својеврсни обрачун писца са самим собом или његов филозофски тестамент: тек овим делом "излаже коначно решење извесних питања, а посебно питање објективног права, које је поставио, а непотпуно решио још у својој докторској расправи „Обавезна снага правне норме и проблем објективног права“ («*La force obligatoire de la norme juridique et la problème d'un droit objectif*», Paris, 1939)."¹⁷

Друго питање у систему односа филозофије и филозофије права – може се различито решавати. Лукићево решење темељи се на схватању јединства општег и посебног. Сходно томе, под претпоставком да је филозофија суштински иста, филозофија права је посебна филозофија у односу на тзв. општу филозофију и раправља суштински иста питања као и свака филозофија, односно као и општа филозофија. И кад поставља посебна питања о праву, филозофија права има свој основ и узор у одговарајућој општој филозофији. Општа филозофија може бити изложена одвојено од филозофије права или као нека врста увода у правну филозофију. Али неразвијена општа филозо-

¹⁷ Др Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*. Нав. дело, стр. 15-16.

фија неминовно води до непотпуности и недовољне филозофске заснованости филозофије права.

У редоследу излагања филозофије могућа су два пута. Оба имају извесне предности и недостатке. Уобичајено је да излагање почиње гносеологијом. Оно се објашњава чињеницом да се прво мора утврдити да ли је могуће сазнање о свету да би се говорило о свету. Лукић се приклања оним филозофима који почињу од излагања онтологије. По том схватању свет, односно његове појаве, основ су сазнања о свету и његовим појавама, а начин сазнања зависи од суштине (природе) тих појава. Аксиологија има један свој онтолошки део, те се мора изложити у онтологији пре него што би се говорило конкретно о појединим вредностима. Према томе, на крају излагања о филозофији долази гносеологија, после онтологије и аксиологије.

У редоследу излагања филозофије постоји и једно особено питање о узроку постојања света, које логички претходи филозофији. Ако се филозофија схвата као учење о свету који постоји, Лукић поставља питање о пореклу света из нечег што *није* свет. Ово питање он смешта у *надфилозофију*, учење о нечем што претходи свету а није свет. Пошто филозофија сазнаје свет, надфилозофија се излаже после филозофије, кад се сазна свет.

2. ПОЈАМ ФИЛОЗОФИЈЕ

2.1. ПРЕДМЕТ ФИЛОЗОФИЈЕ

Лукић схвата филозофију као сазнајну дисциплину и зато се филозофија одређује својим особеним предметом и методом сазнања.

„Предмет филозофије је суштина света, односно постојећег уопште. Филозофија утврђује шта је уистину свет, какав он стварно, заиста јест (ако јест). На први поглед изгледа чудно да постоји таква посебна дисциплина о свету, јер се претпоставља да је свако сазнање света (од обичног, свакодневног, па до највишег, научног) управо сазнање света такав какав јест, истинито сазнање. Чему онда филозофија?“¹⁸

¹⁸ Исто, стр. 23.

Одговор на ово питање налази се у разлици филозофије и других сазнајних дисциплина. Свет се може сазнавати у различитом обиму (као целина или у деловима) и различитим начинима, методима. У основи се користе два супротна метода – рационални и ирационални. У односу на циљ, сазнање света може бити путем искуства или ван искуства. Филозофија објашњава суштину света независно од искуства (што Лукић назива *надискуством*), какав је свет *по себи*, за разлику од других сазнајних дисциплина (обичних, научних) које утврђују какав је свет *дат* у искуству, свет *по нама*. Три главне дисциплине које објашњавају свет – религија, филозофија и наука – као три основне врсте сазнања света, могу постојати упоредо иако се делом поклапају и делом разликују. Религија је заснована на надискуству а ирационална је дисциплина, филозофија је заснована на надискуству али је рационална, а наука је заснована на искуству и рационална је дисциплина. Ова њихова својства доводе до несавладивих противречности (апорија), које чине да човек не може у потпуности рационално објаснити свет и схватити његову суштину. Рационално је оно што људски (раз)ум може да схвати. Рационално се односи првенствено на искуство, али и на надискуство уколико се признаје мишљење као суштина смисленог.

Искуство је човеков доживљај у додиру са светом, при чему је и човек део света. Искуство преведено у свест и уобличено у појмове, у мисли, постаје искуство у ужем смислу речи, умом схваћено и изражено као сазнање, и претвара се у *искуствено* сазнање. Искуство света је и човеково искуство о самом себи, сазнање о себи, а према томе је и оно искуствено сазнање.¹⁹

Наизглед су и искуство и надискуство сасвим јасни, а у суштини су противречни. Искуство се да проверити само новим искуством, а ово опет новим искуством. И тако у недоглед без поузданог сазнања какав је свет заиста. Зато је искуствено знање о свету само оно знање које је ограничено искуством, које је сазнање о свету *за нас* а не о свету какав је *по себи*. Може се говорити о искуству *уопште* или о искуству које је *стварно* (практично) и које је *начелно* могуће (виртуелно) иако није остварено (из било којих разлога)²⁰

Искуство које је начелно могуће води у *надискуство*, јер је већ и само сазнање о надискуству извесно искуство. Надискуство превазилази искуство,

¹⁹ Исто, стр. 24.

²⁰ Исто, стр. 26.

те надискуствено сазнање превазилази искуствено сазнање. Они су међусобно логичке претпоставке. Да би било могуће надискуство мора се заснивати на искуству. Какав је свет *по себи* не може се знати искуствено због непотпуности искуства. С друге стране, да би искуствено сазнање имало свет какав је *за нас*, тај свет постоји *по себи* независно од искуства и сазнање о њему је надискуствено. Истинито сазнање о искуству не добија се провером само собом, него сазнањем које га надилази, које је ван искуства.²¹

У вези искуства и надискуства је и веза филозофије и науке. Наука, као искуствено сазнање, нужно полази од (одређене) филозофије, јер филозофија одређује шта су искуство, сазнање и истинито сазнање, а ови ставови не могу се извући поуздано истинито из искуства. Филозофија полази, са своје стране, од искуства и развија се на основу научног сазнања. Филозофија не би могла постојати да сазнање нема свет као стварност (предметни свет). Без света (предмета) би сазнање било не празно него немогуће, те се сазнање нужно темељи на искуству. Но ова питања и даље нису решена. Њихово различито решавање је њихово различито схватање науке и филозофије, дакле, њихових односа, а ни то није решено.²²

2.2. МЕТОДИ ФИЛОЗОФИЈЕ

Као рационална дисциплина филозофија се ослања на законе мишљења, на законе логике. Међутим, филозофија те законе не може, у начелу, да објасни. Да би испитала законе логике, филозофија мора применити те исте законе. Пошто нема никакво друго средство, филозофија све своје методе своди у крајњој линији на чисто мишљење. Филозофија „по дефиницији не испитује искуство, као наука, да би помоћу њега могла да да утврђује истину. Она само искуство подвргава критици и мора да га проверава логиком као главним оруђем, јер другог нема.“ „Нажалост, оваква логика мора претходно усвојити неку садржајну истину (претпоставку), па на основу ње логички мислити уз могућност настајања противречности и њиховог рашавања. Те основне поставке су различите за разне филозофске системе, по дефиницији су недоказиве, јер су почетак доказивања, и морају се усвојити било по уверењу заснованом на искуству или на чистом мишљењу.“²³

²¹ Исто, стр. 27.

²² Исто, стр. 27-32.

²³ Исто, стр. 34.

Главне филозофске методе Лукић разврстава по удаљености од искуствених метода и прикладности за доказивање или образлагање.

Прву скупину чине методи релативно блиски искуственим (научним) методама, чијом се применом добијени искази могу доказивати, односно образлагати. Овде се, прво, користи метод по којем се исказ заснован на искуству узима као важећи и за неке појаве које су ван искуства (али су у вези с њим), филозофски метод различит од сличног научног (и уопште искуственог) метода.²⁴ Затим ту сврстава априористички метод (најпознатији Кант), аксиоматски метод (нарочито у правној филозофији, а особито у школи природног права) и дедукцију из априорних и аксиоматских ставова.²⁵

Другу скупину чине методи чијом употребом добијени искази се не доказују: интуиција (феноменолози, егзистенцијалисти, теоретичари "природе ствари"), надахнуће (Платон, Ниче), откривање, аксиолошки (деонтолошки) метод и логички метод.²⁶

3. ОНТОЛОГИЈА

Онтологија је учење о свету – како је Лукић одређује на класичан начин, постављајући одмах питање како се онтологија разликује од других делова филозофије, јер је цела филозофија у ствари учење о свету као целини. Онтологија се неспорно разликује од гносеологије, као учења о сазнању света, али је спорно питање разликовања од аксиологије, као учења о вредностима, јер и вредности спадају у свет. Будући да Лукић сматра да онтологија као наука о свету "изучава и састав света, па тиме и његових појединих делова, као и њихових односа", остаје необјашњено зашто је спорна аксиологија ако су и сазнање и вредности делови света.

Састав света се различито схвата, а према томе се издвајају као посебни делови филозофије учења о човеку (филозофска антропологија) и друштву (филозофска социологија) и на супрот њима филозофија природе (иако човек и друштво чине део природе у ширем смислу).

²⁴ Исто, стр. 40.

²⁵ Исто, стр. 40-43.

²⁶ Исто, стр. 43-47

Прво питање филозофије, а посебно онтологије, као учења о свету, јесте постојање света. Само под условом да свет постоји могућа је филозофија, а и онтологија. Ако се сматра да је свет све што постоји, нужно се поставља питање прво – о самом појму постојања, друго – да ли свет постоји или не и, треће – како се доказује да свет постоји. Овде се одмах показује да су суштинска онтолошка питања повезана са суштинским гносеолошким питањима, јер се постојање света доказује његовим сазнањем.²⁷

Само постојање Лукић разликује као субјективно и објективно, или као реално и идеално.

Субјективно постојање је постојање одређеног садржаја свести, постојање у свести субјекта. Свест се може односити на нешто објективно постојеће *ван* свести или постојати за себе независно од објективног постојања. Чисто субјективно постојање је становиште чистог идеализма, које је Беркли довео до солипсизма. Објективно постојање је право, суштинско постојање. Оно може бити *ван* свести, независно од свести, или у вези с њом.²⁸

Објективно постојање је двоструко – реално (у времену или и у времену и у простору) и идеално („чисто“ постојање идеја *ван* времена и простора).²⁹

Објективно постојање иако изгледа јасно, отвара питања схватања (рационалног или ирационалног) времена и простора. Р. Бошковић види реалне начине постојања у реалном времену и простору. Само постојање је сложено и појмовно у разним системима. Такви појмови су у системима Аквинског, Декарта, Паскала, Хегела, Хајдегера, Петронијевића – *бити, је, јест, то је, биће, битак, бити биће, не бити не-биће, нешто, ништа, постојати, род, једно, целина, супстанција, есенција*.³⁰

Лукић се не зауставља на критици постојећих схватања света него развија једну оригиналну идеју о постојању једног света, као целине свега постојећег, који се дели на две сложене целине, два света – реални и идеални.³¹

²⁷ Исто, стр. 52-53.

²⁸ Исто, стр. 54-57.

²⁹ Исто, стр. 58-59.

³⁰ Исто, стр. 60-78.

³¹ Исто, стр. 79.

Реални свет Лукић означава као троједно, један свет у јединству трију чинилаца. Његов тријализам је схватање о тројном устројству света, састављеном од три суштинска чиниоца; духа, материје и енергије. „Свет је Једно, али и Троје, он је ТРОЈЕДИНСТВО, Јединство, Трога у Једном, у нераздвојном самопостојању, чиме се изражава и његово несумњиво јединство и исто тако несумњива различитост и несводивост једног чиниоца на друге. Наша несумњива свест потврђује постојање духа, као што то потврђује и несумњива законитост и ред у свету, стваралаштво и умност света, његов поредак и склад насупрот хаосу. Просторност сопственог тела и света у целини показује постојање материје (твари). Из просте и очите чињенице да свет *постоји* и да се одржава и траје, као и да се *мења* и *развија* стварајући све нова и нова бића и појаве на њима, излази несумњиво постојање сила које морају деловати и омогућити и постојање, и промену, и трајање, сила које су очитовање енергије, њени облици појављивања и деловања. Свака „честица“ материје истовремено је и „честица“ духа и „честица“ енергије.“³²

Састав реалног света Лукић одређује као разноврсна бића, сходно томе што је свет све што постоји. Основна честица света је просто биће, јер се састоји из најмање количине трију чинилаца света, који су сједињени у њему. Она је неразорива, постојана, увек иста, бесмртна као и свет који је сачињава.³³

Повезаност основних честица доводи до бесконачне разноврсности сложених бића у свету и света као целине. Зависно од односа трију чинилаца бића, главне одреднице суштине бића, Лукић дели свет на две велике врсте бића, два главна саставна дела бића – неорганска бића (мртва бића) и органска бића (жива бића).

Међу живим бићима издваја се човек извесним суштинским квалитетима (рад, ум, морал, полност, смрт, људско стваралаштво, духовне творевине). Човек и његов свет (друштво) не чине свет или природу у ужем смислу.³⁴

Реални свет се мења квантитативно и квалитативно.³⁵ Крајњи узрок промена је, дух³⁶ и постојање и промене света јесу по одређеној законитости. Лукић

³² Исто, стр. 86.

³³ Исто, стр. 125.

³⁴ Исто, стр. 137-172.

³⁵ Исто, стр. 176.

стаје на становиште нужности у спору о нужности и случајности. Такође разликује законитост од детерминаности (узрочности). У главне законе света³⁷ убраја: 1. закон одржања света, 2. закон узрочности и слободе, 3. закон привлачности и одбијања, 4. закон (не)равнотеже, 5. закон (не)реда, и без поретка, 6. закон (не)склада 7. законе развоја света.

4. АКСИОЛОГИЈА

Одређење аксиологије Лукић доследно изводи из свог схватања филозофије, као сазнајне дисциплине чији је предмет суштина света, шта свет заиста јест. Средишна филозофска дисциплина је онтологија, која проучава свет у целини, па је аксиологија део онтологије зато што проучава вредности као део света. Али аксиологија је посебна филозофска дисциплина зато што је вредност особена појава у свету, суштински различита од свих других појава у свету.

Основни став је: „Аксиологија је учење о вредности(ма), које утврђује појам, врсте и законитости постојања и деловања вредности.“³⁸ Особеност вредности, у односу на друге појаве у свету које *јесу*, испољава се у њиховом двојструком онтолошком карактеру - вредности постоје, оне *јесу*, али суштина вредности је у ономе што *треба*. Оно што *треба* може и бити и не бити.

Из овог става изводи Лукић да је гносеолошки статус аксиологије суштински супротан онтологији. Ставови о ономе што треба да буде не могу се доказивати (као ставови што јест), него само образлагати, зато што су судови вредности субјективни, а не објективни као судови стварности. “Да би се могле доказивати, вредности морају бити распоређене у хијерархијски низ – од највише до најниже вредности. У низу оне морају бити повезане узрочним везама, тј. нижа вредност мора бити средство за остварење више. На тај начин, она вуче своју вредност из више вредности. Цео низ нижих вредности, пак, вуче своју вредност из највише, врховне вредности. Ова, како је речено, не може да се докаже, јер је највиша, што значи да она вреди *по себи*,

³⁶ Исто, стр. 177.

³⁷ Исто, стр. 188-202.

³⁸ Исто, стр. 221.

а што опет значи да се мора узети као вредност, претпоставити или поставити као таква, несумњива, односно усвојена као таква. При том она ипак остаје субјективна, тј. њу усваја субјект самостално. Отуд се основне вредности и разликују од субјекта до субјекта, односно од (пот)културе до (пот)културе.³⁹

Неуспешно је *логичко* извођење вредности, оног што *треба* да буде, из оног што *јест*, али је могуће *онтолошко*, јер вредности произлазе из саме суштине света, из оног што свет *јест*. Онтолошке утврђивање објективности вредности могуће је зато што постоји свет, а свет који *јест* је сâм мерило вредности.

Као појаве изведене из онтолошке суштине света, Лукић дели вредности на две главне врсте, најзначајније за људе и друштво. Основна је вредност, врховна, општа, суштинска – добро. Другу врсту чине остале, ниже вредности, везане за врховну. Добро, као врховна вредност света, истоветно је са онтолошком суштином света, са законитошћу света. Отуда је и морал, као апсолутна унутрашња дужност о човечном поступању, заснован онтолошки, на природи човека и његовог друштва.⁴⁰

По наведеном онтолошком основу Лукић разврстава главне вредности: 1. истина 2. правда, 3. слобода, 4. ред (поредак) 5. мир, 6. људско достојанство 7. лепо.⁴¹ Као три највише вредности ставља добро, истину и лепо.

Као супротност вредностима узима невредности. Главне невредности су зло и смрт. У вези са смрћу поставља се питање вредности живота.

5. ГНОСЕОЛОГИЈА

Прво питање филозофије је питање сазнања, да ли и шта човек може сазнати. Према томе је за Лукића први истински филозоф онај који је поставио питање људске могућности сазнања.⁴² Филозофска дисциплина која се бави

³⁹ Исто, стр. 222.

⁴⁰ Исто, стр. 235.

⁴¹ Исто, стр. 240-260.

⁴² Исто, стр. 270.

сознањем је гносеологија. Према подели света на искуствени и неискуствени, гносеологија користи два основна метода сазнања.

Сазнање је процес између субјекта сазнања и предмета сазнања. Први степен сазнања дат је природом човеког ума и мишљења. Други степен сазнања јесу знања логичких закона, по којима функционише свако мишљење. Закони логике се свде по Лукићу на један једини – закон истоветности – $A=A$. Даље је ум способан да стиче знање искуством и да увећава своју моћ сазнања. Од суштинске логике идентитета развија се супротна – дијалектичка логика.

Сазнање је противречно, као што је и свет противречан. Ова својства мишљења и света отварају питање истинитости сазнања и питање доказивање сазнања. Доказивање може да се односи на сферу реалног света (доказ о постојању света ЈА и доказ о постојању спољног света) и идеалног света (идеалних појава).

Посебна суштина вредности захтева и посебан начин сазнања. Први начин је чисто гносеолошки процес - сазнају се појмови, односно мисли, који су или непосредан предмет сазнања или посредан производ опажања објективно датих претежно материјалних предмета и њихових односа. Други начин сазнања је осећајно–емоционални и он више одговара суштини вредности.

ФИЛОЗОФИЈА ПРАВА

Лукић полази од става да је „Филозофија суштински иста без обзира да ли је реч о тзв. општој или посебним филозофијама, онда и за филозофију права као посебну филозофију важи исто: и она мора расправљати суштински иста питања као и свака филозофија, односно као и општа филозофија иако ће се та питања јављати у посебном облику. Поред тога, наравно, могу се појавити и нека посебна питања, везана само за право иако ће и она суштински ипак, на један или на други начин, бити обухваћена и општом филозофијом, макар у другом облику. Ово значи да филозофија права претпоставља одговарајућу општу филозофију као свој основ и узор.“⁴³

⁴³ Исто, стр. 17.

Наведени став Лукић доследно спроводи у свом систему филозофије права. Тачније речено, пошто одреди појам филозофије права (предмет и методе), развија учења о онтологији права, аксиологији права и гносеологији права.

Предмет филозофије права је надискуственија страна права, узимајући у обзир два вида права. Једно је особено правно надискуствено објективно право које је различито од искуственог права, тзв. позитивног права које је људска творевина.⁴⁴

Сходно предмету филозофије права одређени су и методи филозофије права. Један је искуствен јер се односи на позитивно право, други је чисто надискуствен, јер се односи на објективно право.⁴⁵

У онтологији права развија се учење о наведеним особеностима права. Разуме се да се полази од става да онтологија права, као суштинска дисциплина филозофије права, има за предмет одређивање суштине права као надискуствене појаве, односно откривање везе права са светом у целини.⁴⁶ Даље се доследно изводи да онтологија права суштински одређује и друга два дела филозофије права – аксиологију и гносеологију.

Онтологија права као део филозофије права – учење о суштини права по себи – утврђује суштинску разлику између искуственог и надискуственог права. Искуствено право или право у ужем смислу, чине норме које санкционише држава и за њих се користи термин позитивно право. За надискуствено право користе се термини објективно или природно право.⁴⁷

Онтолошку садржину појма права чине правна бића као друштвени односи суштински исте врсте.⁴⁸ Главна правна бића су: 1. правни субјект, 2. људска права и слободе, 3. правни однос, 4. субјективно право, 5. правни акти (општи устав и закон, појединачни и приватни), 6. држава 7. брак, 8. породица, 9. својина, 10. прекршаји права.

⁴⁴ Исто, стр. 320.

⁴⁵ Исто, стр. 329.

⁴⁶ Исто, стр. 335.

⁴⁷ Исто, стр. 354.

⁴⁸ Исто, стр. 454.

Аксиологија права је учење о правним вредностима, које чине више или мање опште друштвене вредности које и право штити.⁴⁹ Општа вредност права је одређена нужношћу опстанка и развоја датог друштва. Она је у тесној вези с моралом.

Правне вредности Лукић разврстава у три основне групе. Прву чине вредности које најпотпуније остварују право: мир и рад. Другу – друштвено-правне вредности: правда, правичност, истина, слобода и људско достојанство. Трећу – чисто правне вредности: делотворност, сигурност, целисходност, техничке правне вредности и врховна правна вредност која одговара врховној вредности света.

Гносеологија права⁵⁰ је, у основи, сазнање позитивног и објективног права, с обзиром на место у филозофији права и општој филозофији и гносеологији.

⁴⁹ Исто, стр. 485.

⁵⁰ Исто, стр. 522.

Prof. Dr. Dragan Stanimirović, LL.D.
Full Professor

The System of Jurisprudence in the Opus of Prof. Radomir Lukić

Summary

In this paper, the author discusses Prof. Lukic's system of jurisprudence considering a wider context of his apprehension of philosophy, law and jurisprudence. Prof. Lukic defines the concept of jurisprudence as a separate discipline of philosophy, having its origin and source in general philosophy. Accordingly, the most significant work in Prof. Lukic's opus, "The System of Jusiprudence", on the outset, provides an overview of the so-called general philosophy. First, due attention has been given herein to Prof. Lukic's understanding of philosophy as a critical, cogitive, and sur-experiential discipline. Second, Prof. Lukic's division of the empirical world into real and ideal is original. Third, with reference to monism and dualism, Prof. Lukic's philosophical trialism is quite new and distinctive, considering his original apprehension of the real world as a unity of matter, energy and spirit. These concepts pervade jurisprudence as well. In addition to the system of general philosophy - its concept, ontology, axiology and gnoseology – Prof. Lukic consistently elaborates on the elements of the system of jurisprudence - its concept, ontology, axiology and gnoseology of law.

Key words: philosophy, jurisprudence, system, Lukić.



ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLII/2003

Проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић

ПРАВО РЕАЛНОГ (СТВАРНОГ) ТЕРЕТА
UDK 347.268

Рецензент: Проф. др Милорад Рочкомановић

Апстракт

Аутор се у раду бави институтом реалног (стварног) терета. Пошто се ради о праву које није регулисано постојећим законима, а није било регулисано ни предратним законима, анализирају се сви елементи овог права. Аутор указује на функције овог института у време настанка. Истовремено се излажу и решења прихваћена у упоредном праву, нарочито у земљама бивше Југославије, која могу бити корисна и за наше право.

Разматрајући право реалног (стварног) терета, аутор има у виду потребу уређења овог права у будућој кодификацији грађанског права или евентуално, приликом измена и допуна Закона о основама својинско-прав-

них односа. Зато се бави субјектима права реалног терета, његовим објектом, као и садржином. Највећу пажњу аутора привукла је правна природа права реалног терета, јер је то једно од питања са великим практичним значајем. Наиме, питање правне природе права реалног терета представља и најспорније питање у правној науци. То је последица садржине права реалног терета у којој се срећу истовремено елементи облигационих и стварних права. Зато се право реалног терета може сврстати у стварна, односно облигациона права. Ипак, аутор сматра да је реч о самосталном правном институту којим се остварују одређени циљеви.

Кључне речи: право, реални терети, својина, непокретност, чинидба, издржавање.
--

Проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић¹

ПРАВО РЕАЛНОГ (СТВАРНОГ) ТЕРЕТА

I

Право реалног терета представља право имаоца права да од свагдашњег власника оптерећене непокретности захтева одређене, по правилу, периодичне чинидбе. Реални терет је стварно право на туђој ствари (*iura in re aliena*). Поред права службености, заложног права и права грађења, сматра се да и право реалног терета настаје рашчлањавањем права својине.² О правној природи овог права постоје озбиљна неслагања међу правним теоретичарима. Правни аутори се не слажу око тога да ли право реалног терета представља самостално стварно право или је "варијанта" права службености или посебна врста облигација које настају поводом ствари (*propter rem*). Одговор на ово питање може се дати тек након разматрања целокупне садржине, врсте, начина настанка и осталих елемената овог права.

Грађански законици 19. и 20. века нису били наклоњени схватању да ово право треба регулисати. Реални терет је сматран остатком феудалних односа, тачније феудалне подељене својине. Будући да кметови и нижи феудалци нису били власници непокретности које су користили, они су врховним феудалцима догавали обавезу давања дела приноса са земљишта или кулучења одређени број

¹ Редовни професор Правног факултета у Нишу.

² Уобичајено је да се стварна права подвргавају принципу *numerus clausus* или одређеног броја стварних права. Међутим, овом принципу се све више супротстављају захтеви из друштвене реалности, тако да настрају нове форме, односно осамостаљена овлашћења из права својине.

дана и сл. У каснијој фази феудализма њихова обавеза је замењена обавезом давања одређене новчане суме, тзв. новчана рента.³ Страховање да се и у систему приватне својине не успоставе односи феудалне зависности, учинило је да један број грађанских законика само посредно помиње право реалног терета, а други га уопште не спомињу. Тако се нпр. у Аустријском грађанском законнику у § 530. само предвиђа да сталне годишње ренте нису никакве личне службености и да се не могу преносити на другог.⁴

На другој страни, Немачки грађански законик, као и Швајцарски, регулише право реалног терета. У Немачком грађанском законнику право реалног терета (Reallasten) регулисано је у §§ 1105-1112. Право реалног терета дефинисано је као право које постоји онда када се неко земљиште оптерети на начин да онеме у чију је корист установљено треба по том основу да извршава одређене чинидбе. Чинидбе које дугује власник оптерећеног земљишта повезане су са земљиштем, "проистичу" из оптерећеног земљишта, тако да за њихово извршење "одговара" земљиште.

У нашем предратном праву се у § 393. Српског грађанског законика, у делу о личним службеностима, помиње се право које одговара § 530. Аустријског грађанског законика. После Другог светског рата, право реалног терета није регулисано, али је у пракси могло настати на основу одређених уговора, као што су уговор о уступању и расподели имовине за живота и уговора о доживотном издржавању. Закон о основама својинско-правних односа, донет 1980. године, предвиђа да се "на ствари на којој постоји право својине може засновати право службености, право стварног терета и право залог, под условима предвиђеним законом" (чл. 6. ст. 1.). Од република бивше СРЈ, једино су Република Хрватска и Македонија регулисале право реалног терета. У Хрватској, право реалног терета регулисано је у чл. 246-279, Законом о власништву и другим стварним правима који је ступио на снагу 1997. год. По чл. 246. право стварног (реалног) терета даје кориснику стварно право на некретности (коју оптерећује) овлашћујући га да му на терет њезине вредности понављано даје ствари или чини радње које су садржај реалног терета. У Македонији је, такође, донет Закон на сопственост и други стварни прави (2001), а право реалног терета регулисано чл. 236-239.

³ Види А. Гамс у сарадњи са М. Петровићем, Основи стварног права, Научна књига, Београд, 1980. стр. 153.

⁴ На сличан начин поступа и Code civil (1804).

Основни циљ нашег рада јесте да укажемо на потребу уређења права реалног терета и у нашем праву, с обзиром да предстоји потпуна кодификација права својине и других стварних права.

II

Ималац права реалног (стварног) терета може бити сваки власник непокретности.⁵ Сматра се да ималац права реалног терета може бити и титулар права грађења. Наиме, као корисници права реалног терета могу се појавити било свагдашњи власник одређене непокретности и онда је то предијални реални терет или тачно одређено лице, лични реални терет. Исто тако, корисник права реалног терета може бити и ималац права грађења на одређеној непокретности.⁶ Ималац права реалног терета преноси право својине на одређеној непокретности (или право грађења) другом лицу, а ово се обавезује на одређене чинидбе које су, по правилу, периодичне. Изузетно то може бити и једнократна престајања. Ималац права реалног терета има право да захтева одређена давања по основу оптерећене непокретности, а обавезно лице, као њен власник, у обавези је на извршење уговорених чинидби. Између имаоца права реалног терета и обавезног лица настаје одређена заједница у којој оба лица остварују одређене интересе. Она се остварује могућношћу да се извесна овлашћења из права својине или поводом права својине пренесу на друго лице, а да се оно обавезе према власнику или ранијем власнику на одређене чинидбе, само до вредности непокретности. Зато је у праву и настала ова форма за задовољење одређених интереса која се назива право реалног или стварног терета.

Најчешће се као ималац права реалног терета или корисник терета јавља тачно одређено лице или, евентуално, његови наследници. То је случај личног или персоналног реалног терета. Овом врстом права реалног терета остварују се циљеви због којих је и настало ово право. Наиме, лице које жели одређена давања у природи или новцу, или предузимање других радњи, прено-

⁵ Неки правни теоретичари непокретност оптерећену правом реалног терета називају повласном непокретношћу. Међутим, она је, осим изузетно, код тзв. предијалних реалних терета, за имаоца права повласна непокретност, јер на основу њене вредности има право да захтева одређене чинидбе, а за њеног власника, оптерећено добро, јер дугује одређене чинидбе њеном ранијем власнику. Више, М. Ведриш, П. Кларић, Грађанско право, Загреб, 2000. год., стр. 349. Овај однос изражен је и називом "право реалног терета".

⁶ Види чл. 248. Закона о власништву и другим стварним правима (ЗВ).

си својину на непокретности на другога, као "залог" за извршење дугованих чинидби, а обавезно лице се обавезује на њихово испуњење. По престанку обавезе према кориснику терета, његово право својине је потпуно, без ограничења. Овлашћено лице је довољно обезбеђено, јер његово право делује према свагдашњем власнику оптерећене непокретности. Ако овлашћено лице прода оптерећену непокретност, нови власник ће такође бити у обавези према имаоцу права реалног терета. Право имаоца реалног терета делује према свима, *erga omnes* и зато има право следовања према свим трећим лицима. Међутим, у упоредном праву се срећу и предикални реални терети код којих је овлашћено лице свагдашњи власник повласне непокретности (*realiter*)⁷. У овом случају се, као корисник терета јавља непокретност, овлашћено лице одређено је правом својине повласне непокретности. Овај облик реалног терета допушта и аустријско право, а могуће је и у нашем праву.⁸ Код предикалног реалног терета успоставља се однос између власника две непокретности, повласне и оптерећене. Власник повласне непокретности, споразумом са обавезним лицем уговара право реалног терета, а друга страна се обавезује на одређене чинидбе (он постаје власник друге непокретности и она одговара за испуњење уговорених чинидби). Код предикалних реалних терета имамо правну ситуацију сличну праву стварне службености *in faciendo*, за разлику од личног реалног терета који је, на изванредан начин, сличан праву личног службености. Власник оптерећене непокретности реалним теретом дугује позитивне чинидбе, а власник послужног добра је у обавези да трпи да титулар службености врши своја овлашћења на његовој непокретности. Међутим, често и власник послужног добра може бити обавезан на одређене позитивне чинидбе, због чега настаје ситуација слична праву реалног терета. О овоме ће бити речи касније у делу о правној природи права реалног терета.

Истакли смо да право реалног терета делује према свим трећим лицима, и да у случају преноса права својине на непокретности другом лицу, обавеза давања одређених чинидби погађа то лице. Преносом права својине на оптерећеној непокретности не могу се увећати обавезе обавезног лица, нити умањити овлашћења имаоца права реалног терета. Исто правило важи и у случају деобе повласне некретности (предикални реални терет).⁹ Ако би део-

⁷ Чл. 248. и 256. ст. 1. ЗВ.

⁸ У нашој правној теорији, било је мишљења да појам реалних терета не треба ширити, даље од појма личног или персоналног реалног терета. види А. Гамс, *op. cit.* стр. 154.

⁹ "Стварни терет у корист некретности (повласна некретности) даје свагдашњем власнику повласне некретности ограничено стварно право на оптерећеној некретности које

бом повласне некретнине обавезе власника оптерећене непокретности постале теже, он има право да захтева да се стварни терет укине или да се смање давања и чињења до којих је дошло из тог разлога.¹⁰

III

Предмет права реалног терета може бити свака непокретност, односно право својине на непокретности, која може бити предмет залагања. Исто тако, и више непокретности могу бити предмет овог права. Предмет права реалног терета може бити и сувласнички део. Право реалног терета обухвата и све припатке непокретности. Ако се као предмет права реалног терета јавља право грађења, онда право реалног терета може трајати колико и право право грађења. У овом случају би се, заправо радило о праву реалног терета са раскидним роком, ако није друкчије уговорено. Могуће је, међутим, да ималац права реалног терета по престанку права грађења, постане власник земљишта по принципу *superficies solo cedit*. Наиме, пошто је ималац права реалног терета лице на које упућује право грађења, престанком овог права то својство стиче лице на кога "прелази право грађења", а то је власник земљишта на коме је зграда била подигнута и која дели правну судбину земљишта. Ова могућност се може искључити уговором.

IV

Ималац права реалног терета овлашћен је да захтева, по основу оптерећене непокретности, одређене чинидбе. Њихова садржина може бити различита и састојати се у давању одређених ствари, новца или у природи (*dare*) или у предузимању одређених радњи од стране обавезног лица (*facere*).¹¹ Када се ради о давањима која немају новчани карактер, онда она морају бити таква да се могу новчано изразити. Чинидбе обавезног лица иначе морају испуњавати све услове које захтевају општа правила облигационог права, да су могуће,

га овлашћује да му се понављано дају ствари или чине чињења која су садржина тога стварног терета, а да му за то одговара свагдашњи власник оптерећене некретнине њезином вредношћу". Чл. 256. ст. 1. ЗВ.

¹⁰ Чл. 257. ст. 1. ЗВ.

¹¹ У нашој правној литератури било је схватања да се садржина права реалног терета може састојати само у давању одређене суме новца (рента). А. Гамс, *op. cit.* стр. 154.

допуштене и одређене или одредиве. Чинидбе обавезног лица се извршавају, по правилу, периодично и састоје се, најчешће у давању одређене суме новца у једнаким временским размацама. Зато се право реалног терета често меша са уговором о доживотној ренти, а обавезе власника оптерећене непокретности називају рентом.

Једнократно давање је ређе у пракси и, по неким правним ауторима, може бити само споредна обавеза, нпр. обавеза сахране издржаваног лица у складу са месним обичајима. Ипак, сматра се да једнократна чинидба може бити садржина дужникове обавезе, нпр. обавеза да се подигне одређена зграда и сл.¹²

Међутим, из циља права реалног терета да служи издржавању одређеног лица произлази да се његова садржина састоји у периодичним давањима која могу трајати до краја живота имаоца права или одређено време. Вредност чинидби, нпр., износ новчане суме, одређује се сразмерно вредности оптерећене непокретности. Из циља права реалног терета произлази и усклађивање дужникових обавеза у складу с вредношћу непокретности. Усклађивање се врши по правилима која важе за клаузулу *rebus sic stantibus* (код уговора о ренти то није случај).

Садржину реалног терета могу чинити и давања у натуралном облику. Обавезно лице може дуговати одређену количину приноса или прихода или плодова, која се може изразити номинално (120. кг. кромпира, пшенице) или аликвотно (1/2, 1/4 од укупног приноса). Потребно је да натурално давање буде одређено или одредиво, тако да се може одредити у складу са обичајима у том крају, нпр. количина огревног дрвета, и сл.

Поред обавезе давања садржину реалног терета може чинити и предузимање одређених радњи од стране обавезног лица (*facere*). Ове обавезе се обично састоје у пружању одређених услуга или радњи везаних за старање о имаоцу права реалног терета. Тако се може уговорити обрада земље од стране обавезног лица, одржавање зграде, одржавање гроба и сл. Раније се сматрало да такве чинидбе морају бити у некој вези са оптерећеном непокретношћу. Данас влада уверење да то није неопходно. Неки законици то изричито и предвиђају.¹³

¹² Више, Ч. Рајачић, *Стварно право*, ауторизована предавања, Загреб, 1956. стр. 371.

¹³ Чл. 249. ст. 2. ЗВ.

Поставља се и питање, може ли се преиначити садржина права реалног терета. Циљ због кога се установљава право реалног терета упућује на негативан одговор. Међутим, из начела аутономије странака произлази да га оне могу, својим вољом, мењати. Споразумом странака не могу се вређати права трећих лица, уколико она постоје. Промена садржине права реалног терета није могућа једино ако је законом или уговором искључена.

V

За утврђивање правне природе права реалног терета потребно је анализирати правне односе који настају заснивањем овог права. Право реалног терета је сложено право, јер између овлашћеног и обавезног лица настају различити односи.

Својина на оптерећеној непокретности указује на обавезно лице које за обавезе према имаоцу права реалног терета одговара целокупном имовином, као и вредношћу оптерећене непокретности. Обавезно лице је увек власник непокретности и то је основ стварноправне одговорности. Оптерећена непокретност има функцију обезбеђења, као што је случај код хипотеке, односно права стварне службености.¹⁴ Садржина реалног терета, у целини, као и појединачне доспеле чинидбе, су терет оптерећене непокретности. Свагдашњи власник оптерећене непокретности одговара за све доспеле обавезе давања и чињења из вредности непокретности. Ова обавеза преноси се заједно са преносом права својине на оптерећеној непокретности. Истовремено, обавезно лице одговара, као сваки дужник, према општим правилима за доспеле обавезе, и целокупном својим имовином.

Обавезно лице се обавезује на одређене чинидбе према титулару права реалног терета и за њихово извршење одговара лично, као дужник, целокупном својом имовином - личноправна одговорност. То значи да преносом права својине на оптерећеној непокретности, ова одговорност не престаје, јер је он и лични дужник. Он одговара по општим правилима облигационог права која налажу дужност испуњења уговорне обавезе. Зато је обавезно лице дужно да доспеле, а неиспуњене обавезе изврши, на терет своје имовине и када престане да буде власник оптерећене непокретности. После преноса својине на оптерећеној непокретности, обавезно лице више није одговорно по основу

¹⁴ Ч. Рајачић. *op. cit.* стр. 372.

ствари. За обавезе које настану после преноса својине на оптерећеној непокретности одговара нови власник и као стварноправни и лични дужник.

Могуће је да оптерећену непокретност користи треће лице, нпр. плодуживалац. Поставља се питање да ли је он обавезно лице и по ком основу одговара? Следећи изнета правила о стварноправној одговорности, плодуживалац може одговарати само својом имовином, за појединачна давања или чињења која произлазе из реалног терета. Стварноправну одговорност има власник ствари, он је реални дужник (по основу својине на оптерећеној непокретности).¹⁵ Интересантно је и питање односа одговорности између стварноправне и личне, када су оне раздвојене између два лица, а ради се о појединачној обавези. Сматрамо да се у том случају може применити правило о солидарној одговорности. То је исправно правило с обзиром на овлашћења плодуживаоца, која су, док траје плодуживање, равна својинским.

За разумевање суштине реалног терета важно је питање преносивости, односно наследивости. Стварни терет је везан за право својине на непокретној ствари и зато се може преносити само са преносом својине. Обавезно лице из реалног терета је свагдашњи власник оптерећене непокретности. Отуда је реални терет самостално непреносиво право, већ само уз право својине на оптерећеној непокретности.

Што се тиче овлашћења, да се од власника оптерећене непокретности захтевају одређена давања или чинидбе, то је, такође, непреносиво овлашћење, јер се реални терет конституише управо ради издржавања одређеног лица. У том смислу, право из реалног терета је и ненаследиво, осим изузетно, ако је тако уговорено.¹⁶ Ако је у питању предиктални реални терет, онда се овлашћења из права реалног терета преносе на свагдашњег власника повласне непокретности. Наравно, ова врста реалног терета је претешка за обавезно лице, тако да се не може очекивати његова честа примена у пракси. Заправо, предиктални стварни терети се могу установљавати, под условом да се њихово трајање ограничи. У супротном би обавеза на пасивној страни била таква да у потпуности исцрпљује својину на оптерећеној непокретности.

¹⁵ Вид, чл. 253. ст. 3.

¹⁶ У пракси, уговарање права реалног терета у корист наследника је веома ретко, јер исувише оптерећује обавезно лице, односно непокретност. Наслеђивање права реалног терета би својину на оптерећеној страни исцрпљивало у дужем периоду, тако да обавезно лице не би било заинтересовано за такав терет.

Појединачне доспеле чинидбе се могу преносити на друго лице, осим ако је то супротно природи чинидбе, ако је нпр. личне природе, или ако је таква могућност уговором искључена.

VI

Стварна права на туђим стварима (секторска права) се међусобно разликују у многим елементима. Она се разликују по садржини овлашћења, по настанку итд. За реални терет је важно разматрање основа настанка, јер он доводи до различитог односа између облигационих и стварноправних елемената у садржини права.

Начелно, реални (стварни) терет може настати на основу правног посла, судском одлуком и на основу закона. Најчешћи основ настанка је правни посао, док је закон основ настанка једне врсте реалних терета за које се, оправдано, поставља питање да ли представљају реалне терете, тзв. јавноправни реални терети, или се ради о законским ограничењима својине у општем интересу.

Основ споразумног стицања реалног терета јесте пуноважни правни посао-уговор или тестамент, као *iustus titulus*. Међутим, за коначно стицање права потребан је начин стицања, *modus acquirendi*.

Уговор је најчешћа врста правног посла који доводи до стицања права реалног терета. Уговор мора бити пуноважан и усмерен на стицање реалног терета. У нашем праву то могу бити уговор о уступању имовине за живота, као и уговор о доживотном издржавању, али и други неименовани уговор који садржи клаузулу којом се једна или више непокретности оптерећују обавезом власника на одређене чинидбе.

Уговором о уступању имовине за живота, уступилац може за себе или свог брачног друга или за које друго лице, задржати право плодуживања или уговорити доживотну ренту у натури или новцу, или доживотно издржавање, или другу накнаду.¹⁷ Потомци, као власници непокретности могу располагати непокретностима, али ће обавеза доживотне ренте прећи и на стицаоца. Значи, уговарање реалног терета се може јавити као клаузула овог уговора.

¹⁷ Види, чл.111. Закона о наслеђивању (ЗОН).

Уговором о доживотном издржавању се такође може уговорити давање ренте, али ова обавеза, по нашем важећем праву, нема стварноправни карактер, јер давалац није власник непокретности у време закључења уговора, већ то постаје тек смрћу примаоца издржавања.¹⁸ Давалац издржавања би могао своје право "будуће" својине уписати у земљишне књиге (у облику забележбе) и тако се обезбедити према трећим лицима. То своје право давалац издржавања може обезбедити и хипотеком на некој непокретности или залогом. Међутим, формалноправно гледано, његова обавеза не произлази из непокретности, већ је уговорне (облигационе) природе. Шире посматрано, давалац ренте испуњава своје уговорне обавезе у очекивању да ће постати власник непокретности које су означене уговором. Код уговора о доживотном издржавању се, по интерпретацији законодавца, ради о "уговору о отуђењу уз накнаду свих непокретних ствари које припадају примаоцу издржавања у време закључења уговора, или одређеног дела тих ствари, чија је предаја даваоцу издржавања одложена до смрти примаоца издржавања (уговор о доживотном издржавању)".¹⁹

И уговор о уступању имовине за живота и уговор о доживотном издржавању регулисани су Законом о наслеђивању. Међутим, и један и други уговор су уговори облигационог права, а за наслеђивање су везани само зато што могу имати наследноправне последице. Наиме, имовина која је била предмет уступања, односно уговора о доживотном издржавању не улази у заоставштину и не може се, осим под одређеним условима, наслеђивати, а давалац издржавања постаје власник ствари тек у часу смрти примаоца издржавања. Дакле, код уговора о доживотном издржавању (по правилима из Закона о наслеђивању) право својине прелази на даваоца издржавања тек после смрти примаоца издржавања. Међутим, по ранијим правилима давалац је постајао власник ствари у моменту закључења уговора.. Чини се, да је ова могућност искључена из разлога што се сматра да би прималац издржавања, преносом својине на даваоца издржавања у моменту закључења уговора, изгубио довољно ефикасно средство да даваоца издржавања (сада власника ствари) натера да извршава уговорене чинидбе. Поред тога, давалац издржавања би могао, као власник ствари, даље располагати стварима и право својине пренети на друго лице. То лице не би било у обавези према примаоцу издржавања, негдашњем власнику ствари. Ако се има у виду, да су примаоци издржавања старија, често и болесна лица, онда је ово правило донекле оправдано. Исто тако, треба поменути да се овај уговор може јавити и као

¹⁸ Чл. 117. ст. 1. ЗОН.

¹⁹ Ibidem.

уговор *intuitu personae*, због чега би могућност стицања својине (због бојазни од даљег располагања) у моменту закључења уговора била искључена.

Међутим, уговор о доживотном издржавању је, начелно посматрано, уговор облигационог права и за њега важи општи правни режим. Реч је о теретном уговору, који је заправо неименовани квазиуговор о доживотном издржавању. У том случају може се уговорити обавеза издржавања, с тим да прималац издржавања постане власник непокретности (као и покретних ствари) у моменту закључења уговора. Давалац издржавања постаје одмах власник ствари, оптерећене обавезом издржавања (реалним теретом). То је модификација неименованог облигационог уговора који представља основ заснивања реалног терета, као стварног права.

Поред уговора као самосталног правног посла усмереног на конституисање реалног терета, као основ се јавља и посебна клаузула о реалном терету уз главни уговор, по правилу, уговор о продаји непокретности. У том случају, преносилац задржава право да од стицаоца права својине на непокретности захтева одређене чинидбе или издржавање. Та се клаузула назива придржај.²⁰

Ако се заснива предјални реални терет онда уговор (или посебна клаузула) мора да садржи изричиту одредбу о повласној непокретности као "кориснику" из права реалног терета. Сматрамо да је за ову врсту реалног терета битна и клаузула о трајању реалног терета. У супротном, ланац свагдашњих власника, као корисника из реалног терета, би потпуно уништио право својине на оптерећеној непокретности. Право својине даваоца ренте би у том случају било вечито празно или веома ограничено обавезом давања одређених чинидби. У пракси, право предјалног реалног терета се мора ограничити вредношћу непокретности.

Пошто је објект уговора или споредних клаузула пренос својине на непокретности уговор мора бити закључен у писменој форми.²¹

Реални терет се може засновати и тестаментом (завештањем), као и легатом доживотног издржавања. Наиме, завешталац (тестатор) може тестаментом једну или више непокретности оставити одређеном лицу или наследнику, да из онога што му је оставио издржава одређено лице.²²

²⁰ М. Ведриш, С. Кларић, *op. cit.* стр. 353.

²¹ У ЗВ, изричито је предвиђено да уговор мора бити у писменој форми. Чл. 262. ст. 2.

²² Чл. 86. ЗОН Поред издржавања, предмет легата могу бити и давање одређене ствари, исплата одређене суме новца и сл.

Начин стицања (модус) реалног терета представља упис у земљишне књиге и то као терет, осим у случају предвијалног терета, када се уписује као право у корист повласне непокретности. Закон о изменама и допунама Закона о државном премеру и катастру и уписима на непокретностима (1996) предвиђа да се у катастар, поред права својине, право стварне и личне службености и хипотеке, уписују и реални (стварни) терети (чл. 58 а. ст. 1.). Иако су реални терети ретки у нашој пракси, Закон их сврстава у права која представљају предмет самосталног уписа, односно у тзв. књижна права. Међутим, овај Закон није одредио како се уписују реални терети, с обзиром на неодређеност садржине овог права. Наиме, за упис права у јавне књиге важи принцип специјалности, по коме садржина права мора бити одређена, предмет права и обим потраживања које се обезбеђује одређеном непокретношћу. На тај начин, право реалног терета може имати дејство *erga omnes*. Трећа лица морају тачно знати о каквим правима и ограничењима је реч. Исто тако није одређено ни у који лист се уписују реални терети. У "Г" лист уписују се само службености, хипотека и одређена облигациона права. Ако се има у виду да су реални терети истим Законом предвиђени као самостално књижно право, јасно је да је законодавац сматрао да је њихов упис исти као упис службености.²³

Заснивање реалног терета на основу судске одлуке је ретко приликом деобе непокретности. У том случају, учесници у деоби се обавезују на одређене чинидбе према одређеном лицу (51. ст.1. Закона на сопствености и други стварни права).

На основу закона, настају јавноправни реални терети. Јавноправни терети су врста предвијалних реалних терета који настају законом. Наиме, у упоредном праву (немачко и швајцарско право) свагдашњи власник једне непокретности може бити обавезан на одређене чинидбе, нарочито фасеге, у корист одређене непокретности, односно њеног свагдашњег власника. Таква је нпр. обавеза власника приобалног земљишта да подигне или одржава брану ради заштите од поплава. Сматра се, да је ова врста реалних терета прави настављач реалних терета у феудалном праву.²⁴ Слажем се са осталим ауторима, који сматрају да су јавноправни реални терети врста законског ограничења права својине.²⁵

²³ Јерковић, Реални терети као предмет уписа у катастар непокретности, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 3. 1997.

²⁴ Више, А. Гамс, *op. cit.* стр. 153.

²⁵ Тако, А. Гамс, *op. cit.* стр.154. М. Ведриш, С. Кларић, *op. cit.* стр. 352.

VI

Реални (стварни) терет се штите стварноправним и облигационоправним тужбама. Стварноправна тужба има свој основ у стварноправном односу који настаје поводом оптерећене непокретности. Овлашћено лице може захтевати (тужбом за утврђење) да се утврди да постоји реални терет на одређеној непокретности, као што и власник оптерећене непокретности може захтевати да се утврди да не постоји право реалног терета.

По истом основу, титулар права може подићи тужбу и против садашњег, али и било којег власника оптерећене непокретности (као и против плодоуживаоца), са захтевом да трпи намирење доспелих, а неиспуњених чинидби.

Титулар реалног терета има на располагању и личноправне или облигационоправне тужбе из облигационог односа. Оне се подижу против личног дужника – лице које није више власник непокретности али дугује испуњење доспелих чинидби. То је врста кондемпнаторне тужбе.

VII

Реални (стварни) терет престаје на више начина. Право реалног терета може престати одрицањем титулара, при чему се одрицање може тицати целог права, и онда оно престаје, или само неких чинидаба, када право и даље постоји, али титулар не може захтевати престације којих се одрекао. У случају одрицања од права реалног терета код кога је на оптерећеној непокретности засновано плодоуживање или заложно право, потребна је сагласност ових лица.

Пропаст оптерећене непокретности, свакако, има за последицу престанак реалног терета, с могућношћу да, у случају обнављања непокретности, право буде поново успостављено (рушење куће и поновна изградња).

До престанка реалног терета може доћи и услед смрти титулара, ако је он био одређен као једини носилац права (лични реални терет) или његовог наследника, евентуално других лица у чију је корист био установљен реални терет. То не важи за тзв. предијалне терете.

Реални терет може престати и напуштањем права својине (право абандона) на оптерећеној непокретности, као и на захтев власника оптерећене непокретности, када је његова обавеза изгубила сврху.

Најзад, право стварног терета престаје и из разлога који доводе до престанка сваког права, истеком времена за који је терет уговорен или наступањем раскидног услова (ако је тако уговорено). У свим наведеним случајевима престанка права реалног терета, потребно је извршити испис из земљишних књига.

IX

Јавноправни реални терети су, као што смо рекли, реални терети који настају на основу закона и за њих важи режим јавног права.²⁶ Сматра се да приватноправни терети своје поновно оживљавање у европском (нарочито, немачком и швајцарском праву) праву, дугују јавноправним реалним теретима.²⁷²⁸ Наиме, повећање обавезе власника (обавеза на чињење), правна наука није хтела "образлагати" законским ограничењима права својине, већ реалним теретима. То је било лакше, јер су реални терети слични праву службености, на једној страни, а на другој, није се могло говорити о претераном ограничавању својине, ако се такво ограничење може наметнути и уговором између два лица (приватноправни реални терети).

Као јавноправни реални терети третирају се обавезе свагдашњег власника непокретности да не зидају грађевински објекат на одређеном земљишту ради видљивости, да не саде високо дрвеће или постојеће одржавају на одређени начин, да допусте постављање одређених инсталација, одржавање насипа ради спречавања поплава, обављање других радова и сл. И у нашем праву се свагдашњим власницима одређених непокретности могу наметнути позитивне или негативне обавезе. Тако нпр. власнику земљишта у близини

²⁶ Правни режим јавноправних реалних терета може бити и јавноправни, али и приватноправни.

²⁷ Јавноправни реални терети срећу се и у другим правима, нпр. у француском праву, као службености у јавном интересу, а позитивне обавезе власника одређених непокретности, наметнуте појединим законима, постоје и у нашем праву.

²⁸ У време доношења Немачког грађанског законика (БГБ), реални терети су сматрани, не остатком феудалних односа, већ одликом германског права.

аеродрома забрањено је подизање грађевинских објеката, или обавеза трпљења телекомуникационих и сигнално-сигурносних уређаја за потребе железнице или поштанске телекомуникације, или на земљишту поред железничких пруга или поштанских водова и сл.

У свим овим случајевима, а њихова листа је далеко већа, ради се, најшире посматрано, о ограничењима права својине. То су ограничења својине која намеће закон, и то у општем интересу. Неки правни аутори у нашем праву називају их законским службеностима, по угледу на француско право.²⁹ Исто тако, они праве разлику између ове врсте ограничења својине и ограничења у опште корисне сврхе, као што су она везана за одржавање и забрану располагања добрима од посебног историјског и културног значаја за целу друштвену заједницу. Сви правни писци слажу у томе да се у свим наведеним случајевима ради о законским ограничењима права својине. До разлике међу њима долази приликом покушаја ближег одређивања природе законских ограничења. Наиме, јавноправни реални терети имају извесне сличности са стварним службеностима, а ова друга ограничења која настају у "оптредруштвеном" интересу не показују никакве сличности са службеностима.

У француском праву, у коме се и употребљава појам службености у јавном интересу (*la servitude d'utilité publique*), прави се разлика између ових службености и службености грађанског права. Истиче се, да оне не садрже право повласно добро, јер су овлашћена лица - чланови неког правног лица или неког колективитета локалне управе или концесионари неких служби, нпр. железничко предузеће)³⁰. На другој страни, свагдашњи власник "оптерећене" непокретности обавезује се на позитивне чинидбе, нпр. да исече шуму, да одржава насип и сл., за разлику од права службености код кога се титулар послужног добра обавезује на трпљење (*servitus in faciendo consistere nequit*). Ако и постоје извесне обавезе на предузимање одређених радњи, оне нису предмет службености, већ су спорадичне. Код службености у јавном интересу, власник оптерећене непокретности обавезује се на одређена чињења као у облигационим односима. Његове обавезе су терет који га погађа зато што је власник одређене непокретности због чега се могу сматрати реалним теретима. Ипак, овај аутор сматра да то није разлог да се службености у јав-

²⁹ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, 1999. стр. 62. Супротно, А. Гамс, *op. cit.* стр. 154. М. Ведриш, С. Кларић, *op. cit.* стр. 352.

³⁰ Више, F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.* стр. 212.

ном интересу не сматрају врстом службености. "То је само пример особености правила административног права."³¹

Посматрано из угла власника послужне непокретности, службености у јавном интересу или законске службености се јављају као обавезе из облигационих односа, због чега се ови доноси могу сматрати посебном врстом реалних облигација "propter rem". Међутим, нема потребе позивати се на реалне облигације ради објашњења ове ситуације. Реалне облигације постоје у "режиму" службености као института приватног права, и њих ће све више бити. Обавезе одржавања послужног добра сматрају се реалним облигацијама, јер су повезане са правом својине на послужном добру. Њихов настанак треба ограничити на потребе вршења права службености.

Х

У претходним поглављима размотрили смо субјекте, настанак, садржину, карактеристике и заштиту реалног (стварног) терета. Сви ови елементи реалног терета били су потребни ради одређивања његове правне природе, пошто је то једно од веома спорних питања.

Право реалног терета слично је са службеностима, са заложним правом, као и са облигационим односима посебне врсте, "propter rem". Зато ћемо размотрити сличности и разлике између реалних терета и наведених института.

Реални терет је право које у нашем праву није уређено на општи начин, као што је то случај у упоредном праву, нпр., као у хрватском праву. Овај институт није био регулисан ни у Аустријском грађанском законнику, као ни у Српском грађанском законнику.³² По већинском схватању, реални терет је право изведено из права својине које настаје на основу облигационих односа. Према томе, то је прва сличност са правом службености, које такође, спада у *iura in re aliena*.

Право реалног терета заснива се у корист одређеног лица ради његовог издржавања и по томе је оно слично праву личне службености. Праву личне

³¹ Ibid. стр. 213.

³² Реални терет није садржан ни у преднацртима закона којима је требало на потпун начин регулисати право својине и друга стварна права.

службености и реалном терету заједничко је и то што су ограниченог трајања. Међутим, разлози који доводе до ограниченог трајања једног односно другог права, су различити. Лична службеност може трајати најдуже до краја живота, нпр., плодуживаоца, јер је његова садржина слична садржини праву својине, па би неограничено трајање довело до потпуне експропријације својине власника ствари. Код реалног терета трајање је, по правилу, одређено вредношћу оптерећене непокретности, иако и оно може трајати најдуже до краја живота лица које је овлашћено из реалног терета. Поред тога, плодуживање може имати за објект, како непокретне, тако и покретне ствари, док реални терет само непокретности. Плодуживалац има најшира овлашћења у погледу ствари, али није власник ствари, док на ствари оптерећеној правом реалног терета постоји право својине, али њен је власник обавезан на одређене чинидбе давања или чињења итд.

Ако се као овлашћено лице јавља свагдашњи власник једне непокретности, онда се правна природа реалног терета приближава праву стварне службености. Наиме, ту се успоставља однос између двеју непокретности (повласна и послужна непокретност), с једном разликом што се власник оптерећене непокретности обавезује на предузимање одређених радњи (*in faciendo*), а не на трпљење, као код права стварне службености. Поред тога, правом стварне службености заснива се трајни однос (што је општа карактеристика стварних права), док реални терети немају трајни циљ, али не и тако привремен као код облигационих права.

Сличности са заложним правим су најмање. Тачније, реални терет се може, евентуално, упоређивати са хипотеком, пошто има за објект непокретност. Реални терет, као и хипотека, служи обезбеђењу чинидбе. Међутим, хипотеком се обезбеђују само новчане чинидбе, а реалним теретом и друге врсте, давања у натури, као и чињење. За неиспуњење новчане обавезе поверилац се може намирити из вредности хипотеке, а корисник реалног терета може захтевати испуњење доспелих, а незастарелих потраживања из имовине обавезног лица, иако је право својине на оптерећеној непокретности прешло на друго лице.

Хипотека се заснива за тачно одређени новчани дуг (начело специјалности), осим изузетно, а реални терет за потраживања која ће тек настати и чија вредност није тачно одређена. Исто тако, код хипотеке је лични дужник одређено лице (може се, изузетно, променити уз сагласност хипотекарног повериоца), а обавезно лице код реалног терета је одређено правом својине на оптерећеној непокретности.

Разматрање садржине права реалног терета, као и упоређивање са осталим сличним институтима, упућује на закључак да је право реалног (стварног) терета самостално имовинско право које има карактер стварног права. Право стварног терета није ни стварна службеност, ни лична службеност, ни залога, као ни реална облигација.³³ Правом реалног терета се могу, поред осталих правних форми, остваривати обезбеђење лица којима је потребна помоћ других, а поседују непокретности којима то могу "платити".

³³ Природа реалних облигација или облигација "proptem rem" је веома спорна. У француској правној теорији се сматра да су реалне облигације негде на средини између "чистих" облигација и стварних права и да их карактерише могућност преносења обавезе и на новог стицаоца својине. При томе се обично мисли на обавезе свагдашњег власника непокретности у јавном интересу, или на обавезе чињења титулара послужне непокретности код права стварне службености, којима придају акцесорни карактер.

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

Property Right *in rem* (Real Charge)

Summary

In this paper, the author is concerned with the institute of property right in rem (real charge). As this right has not been regulated either in the existing legislation or in the legislation before World War II, the author analyses all the elements of this right, pointing to the formation and functions of this institute at the time of its conception and concurrently overviewing the solutions accepted in comparative law, particularly in the former Yugoslav countries, which may apply in our legislation.

In discussing the right of real charge, the author has taken into account the need for introducing this right into the prospective civil law codification, or regulating it in the process of amending and supplementing the Property Relations Act. Therefore, the author is interested in the title-holders of the real charge right, its subject matter and contents, with special focus on its legal character, which is an issue of great practical significance. The issue of legal nature of the real charge right is one of the most disputable issue in legal theory, arising from the contents of the real charge right, which comprises elements of both contractual and real law. Thus, the real charge right can fall into the category of both real and contractual rights. However, the author strongly believes it is to be an independent legal institute employed to realize specific aims which define its independent character.

Key words: law, real charge, property *in rem*, immovables, performance, subsistence.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Проф. др Милорад Рочкомановић

**RENOVI И НАШЕ МЕЂУНАРОДНО
ПРИВАТНО ПРАВО -
ЈЕДАН ДРУГАЧИЈИ ПОГЛЕД**
UDK 341.922

Рецензент: Проф. др Мирса Мијачић

Апстракт

У овом свом полемичном чланку, што се може назрети и из самог његовог наслова, аутор је покушао да једном, у домаћој доктрини међународног приватног права, недовољно разјашњеном проблему, приђе са друге стране односно на другачији начин. Притом он полази од језичког и логичког тумачења законског текста, врло снажно подвлачећи да, будући да је у питању изузетак од стандардне улоге колизионих норми *par excellence*, исти треба уско тумачи-

чити као, уосталом, и све друге изузетке у праву. Шта више, наглашено је да из самог текста законске норме о *renvoi* уопште не произилази да је законодавац имао на уму шири концепт ове установе, јер је изричито регулисан једино случај узвраћања на домаће (полазно) право, док је првим ставом чл. 6 ЗМПП, у ствари, само изражен став о начелној прихватљивости исте за наше међународно приватно право, и ништа више од тога.

Кључне речи: међународно приватно право, колициона норма, *renvoi*.

Проф. др Милорад Рочкомановић¹

RENVOI И НАШЕ МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО - ЈЕДАН ДРУГАЧИЈИ ПОГЛЕД

1. Неко је давно казао да је ваљаност једног закона у доброј мери условљена квалитетом његовог тумачења од стране оних који треба да га примене у пракси. У основаност ове тврдње уверили смо се на случају доктринарног тумачења чл. 6 нашег закона о решавању сукоба закона (ЗРСЗ) који уређује установу renvoi:

Ако би по одредбама овог закона требало применити право стране државе, узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права.

Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право СФРЈ, примениће се право СФРЈ, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права.

2. Иако је законодавац изричито уредио једино случај узвраћања на домаће право, наша правна наука је, готово без изузетка, склона да у цитираној норми види доказ да за наше међународно приватно право треба прихватити шири концепт ове специфичне установе, а да се притом не нуде иоле озбиљнији аргументи за тако нешто. Због тога наша намера није била да на овом месту шире расправљамо о правној и теоријској фундираности, као и о ефектима њене примене у једном или у другом виду. Уместо тога, желели смо да укажемо да се тексту законске одредбе може прићи и на другачији начин, који је, по нашем дубоком убеђењу, много логичнији. Исто тако, и да покажемо како је, с обзиром на основну сврху колизионих норми и доминантно

¹ Редовни професор Правног факултета у Нишу,

територијалистичко схватање у примени норми међународног приватног права, упутније њено уже поимање, за шта се, сматрамо, определио и наш законодавац.

3. Као непосредан повод за то послужила нам је једна мања, али солидна, упоредноправна студија о овој установи међународног приватног права, која је била изложена на скупу стручњака за међународног приватно право који је недавно био одржан поводом јубилеја нашег закона о међународном приватном праву. Њен аутор у више наврата констатује да је “наведеном одредбом сасвим јасно и недвосмислено изражена намера нашег законодавца да се приликом одређивања меродавног права прихвати принцип *renvoi*,... међутим, све друго, почев од обавезе његове примене, *могућег облика*, поља примене, као и начина решавања питања затвореног круга, нити је јасно, нити прецизно формулисано... Последице овога су отворена врата различитим интерпретацијама, а у вези са тим и различитим закључцима.”

Основни аргуменат за тезу о широј концепцији установе *renvoi* проналази се у врло дискутабилном ставу о примењивости истог правила, које важи за квалификацију у међународном приватном праву (чл. 9 закона каже да се *право стране државе примењује према свом смислу и појмовима које садржи*) и на област примене колизионих норми односно одредбу о узвраћању која постоји у страном закону. Другим речима, стране колизионе норме, сем у случају узвраћања на домаће право (законски изузетак), имају се применити на начин који је предвиђен у закону државе коме припадају. Зато, ако би колизиона норма првоупућеног права упутила даље, на право треће државе, онда би и наш суд морао следити тај налог. Но, како се поред стране колизионе норме морају узети у обзир и правила о *renvoi* страног права, то упућивање може ићи и даље, па се поставља питање где прекинути ланац таквог sukcesивног упућивања (завршен навод).

4. Упркос свим дилемама које је аутор изнео у свом раду и еминентног састава учесника скупа, изостала је права расправа и покушај да се проблем начина функционисања и домаћаја ове установе у нашем међународном приватном праву ближе лоцира. Констатација да би у недостатку прецизности законске одредбе у односу на моменат када треба прекинути ланац sukcesивних упућивања, одговор на то питање ваљало потражити у нашој доктрини међународног приватног прва (јер је судска пракса у том погледу изузетно оскудна), не узима у обзир ноторну чињеницу да мишљења доктрине у нас нису формално обавезујућа и да немају карактер извора права. Но, чак и да

није тако, ефекти таквог “учења” међународног приватног права од стране наших судова били би занемариви и, свакако, не би могли користити као правно валидна подлога за њихове пресуде, поготову онда када међу теоретичарима ове гране права нема сагласности о томе колики је домаћај *renou*.

Наше виђење законске одредбе о којој је реч (чл. 6) не даје нам за право да исту прогласимо “одговорном” за све недоумице које настају код оних који су по природи свог посла задужени за критичку оцену и анализу законских решења, иако свакако садржи одређене мањкавости. Свестрано сагледавање цитираног члана, које подразумева најпре његово језичко и логичко, а потом и циљно тумачење, напротив, треба да покаже како ствари ипак не морају бити тако компликоване како се на први поглед чини да јесу.

5. Пођемо ли од самог текста законске одредбе видећемо, најпре, да се наш законодавац јасно определио за *увођење* установе узвраћања у наше међународно приватно право (ст. 1). Никакав другачији закључак не изгледа нам умесним, нарочитио не онај који иде у правцу ширег поимања овог института односно који у таквој формулацији види намеру нашег закона да прихвати и узвраћање и упућивање у материји на коју се закон односи. Наиме, као што закони једног броја држава изражавају принципијелну одбојност према њој, одређујући да се примена страног права, индикована на бази домаћих колизионих норми, не односи и на његове колизионе норме, тако је и наш законодавац на поменути начин јасно изразио само своје начелно опредељење у односу на њено увођење у праксу међународног приватног права у нас. *И ништа више од тога.*

Супротан став имао би смисла једино да се закон задржао само на формулацији из ст. 1 која говори о *узимању у обзир стране колизионе норме*, будући да нема никакве одредбе која би ближе дефинисала врсту односно степен узвраћања. Но, како је законодавац експлиците одредио да се у случају узвраћања на домаће право не врши даље обраћање на домаћу колизиону норму (ст. 2), тиме је показао да случај указивања на право неке треће државе (тзв, упућивање даље) није ни имао на уму. Такво његово понашање у складу је и са чињеницом да је ова установа, по себи, својеврсно одступање од изворног смисла односно намене колизионих норми, па је у складу са тим ово ваљало изричито предвидети.

6. Још један разлог говори у прилог прихватања једино узвраћања на наше право. То су практичне потешкоће у вези са сазнавањем садржине страног

права (колизионе норме), као и решења која права трећих држава имају у односу на установу о којој је реч односно њен домет примене. Наиме, ако након првог упућивања следи сукцесивно још неко, поставља се питање, колико је напора и времена потребно да би домаћи суд (који се обратио са захтевом за правну помоћ у вези сазнавања како гласи колизиона норма првоупућеног закона) коначно применио меродавно право у низу упућивања. Не заборавимо да се у овом случају не ради само о проблему сазнавања како гласи страна колизиона норма, већ и о томе какав је став страног меродавног права у односу на допустивост односно врсту узвраћања. Свега тога, разуме се, нема ако би се прихватило становиште о ограничавању ове установе само на случај узвраћања на домаће право, што је, уосталом, закон једино изричито и регулисао.

7. Схватање које се сматра доминантним у нашој доктрини, које у чл. 6 налази потврду о прихватању установе узвраћања и упућивања у оба степена, не води рачуна ни о правилу о томе *да се у случају сумње изузеци у праву морају уско тумачити*. Ако је чл. 6 закона “сумњив” (непрецизан, нејасан или недоречен, као што се тврди), онда не видимо оправдање да се без икаквих ограда и јаких аргумената тврди како се наш законодавац определио за ширу концепцију узвраћања. Уместо тога намеће нам се питање, зар није било нормалније (због интереса правне извесности) предвидети исто или слично решење као оно које садржи чл. 5 аустријског закона о међународном приватном праву из 1978. Наиме, његов први став идентичан је нашем, али је зато у ст. 2 посебно регулисан случај узвраћања на аустријско право, као и пример упућивања даље на право неке треће државе.

Захтев за међународном сарадњом држава у решавању проблема избора закона, који подразумева консултовање њихових колизионих норми, што би требало да резултира доношењем истогласећих судских одлука, независно од тога где се о спорној ствари расправља, често се узима као један од разлога у прилог шире концепције узвраћања и у нашој доктрини. Без обзира на сву његову прогресивност, мислимо да је за сада то тешко достижан идеал. Ако се искрено желе прави практични помаци у овој материји, они се по нама могу постићи на два начина. Један је у потпуном укидању установе *renvoi*, јер противречи основној намени колизионих норми (одређивање као меродавног оног закона који *по схватању домаћег законодавца* највише одговара да буде примењен у конкретной ситуацији). Све друго значи поверавање исхода избора меродавног права страним колизионим нормама и увод у потенцијална сукцесивна упућивања. То њено елиминисање требало би извршити

помоћу одредаба двостраних или (упутније) вишестраних међународних уговора. Други се, пак, огледа у стриктном ограничавању поља њене примене на одређене области или питања ове гране права у националним законима о међународном приватном праву.

8. Ни тврдња о томе да су неке нове кодификације извршиле прогрес у конципирању ове установе, те да би и наша држава требало да крене путем усаглашавања својих решења са страним одредбама у том погледу, посебно у циљу приближавања решењима права Европске уније, не би могла да послужи као адекватно оправдање за њено постојање у облику за који пледира већински део наше доктрине међународног приватног права. Нарочито мислимо да не треба бити превише опседнут правом ЕУ, које у материји међународног приватног права још није формирано, а неизвесно је и када ће и у ком делу то бити. Уместо тога, сматрамо да би постојеће неусаглашености и дилеме које се тичу начина њеног функционисања у нас, могле бити отклоњене променом закона у том делу. У том погледу ми се налазимо пред избором једне од две могућности. Једна је радикалнија и састоји се, као што смо навели, у напуштању установе узвраћања и упућивања у закону. Тиме би показали да умемо самостално и практично да мислимо, упркос наводима да су учињене законодавне реформе у материји међународног приватног права другде имале за резултат заузимање позитивнијег става о овој специфичној установи. Други, много умеренији и, са становишта наших проевропских стремљења, тактичнији, огледао би се у простом брисању одредбе ст. 1, из чега би се видело да смо (јасно, искрено) опредељени само за њено прихватање у форми узвраћања. То је и иначе тренд у судској пракси неких држава, иако се то неретко (и вешто) маскира прописима о томе да по закону може доћи до упућивања даље ако то одговара *разумном и правичном решењу односа* (право Републике Чешке) или *ако примена страних колизионих норми не би била супротна смислу домаћих колизионих норми* (закон Немачке).

На тај начин, уместо признавања превелике слободе судовима у поступку реализације законске норме о врсти узвраћања у конкретном случају, у случају да постоји сумња о врсти и домашају ове установе, допринело би се већој правној сигурности у области колизије и примене страних закона. Исто тако, домаћи судови имали би јасну представу о томе шта треба урадити ако страна колизиона норма одбија надлежност закона коме припада (индикованог на основу домаће колизионе норме.) Такође, ни наша правна наука не би више носила баласт одговорности у вези са тумачењем онога шта је законодавац *казао* одредбом чл. 6 нашег закона о решавању сукоба закона. Са-

мим тим и националне колизионе норме повратиле би значај који им по дефиницији припада, а проблем избора меродавног права не би дефинитивно био препуштен страним колизионим нормама и условљен страним поимањем установе о којој је реч.

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

Renvoi and the Private International Law in Serbia and Montenegro

Summary

In this polemic article, the author has attempted to approach the institute of renvoi, a problem that has been insufficiently enlightened in the national legal doctrine related to private international law, from quite a different angle. Starting from the linguistic and logical interpretation of the existing legislation, the author underlines the need that the issue, being an exception par excellence from the standard role of collision rules, is to be interpreted narrowly, as all other exceptions in law.

Moreover, there is a strong emphasis that the legal provision of the renvoi does not imply that the legislator had a wider concept of this institute in mind, due to the fact that the only strictly regulated case is the issue of renvoi with regard to the national law as a starting point, whereas the first paragraph of Article 3 of the Private International Law Act is, in effect, nothing more than a statement of acceptability of this institute in principle, and its compliance with out Private International Law is Serbia and Montenegro.

Key words: Private International Law, collision rules, *renvoi*.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Проф. др Слободанка Константиновић Вилић

ТИПОЛОГИЈЕ УБИСТАВА И УБИЦА

UDK 343.61+343.91

Рецензент: Проф. др Војислав Ђурђић

Апстракт

Убивства као најтежи облик криминалитета насиља класификују се на различите начине и према различитим критеријумима. У литератури, поред класификације убистава, често постоје и класификације убица. У раду се указује на обе типологије које постоје у оквиру кривичног права, криминологије и судске психија-

трије. Криминолошке класификације су најбројније и њима је посвећена посебна пажња. Критеријуми за криминолошке класификације најчешће се налазе у мотивима извршења убистава, док се класификације убица најчешће врше према њиховим карактеристичним психолошким особинама.

Кључне речи: типологија, класификација, насиље, убиства, масовна убиства, серијска убиства, убице.

Проф. др Слободанка Константиновић Вилић¹

ТИПОЛОГИЈЕ УБИСТАВА И УБИЦА

1. КРИВИЧНОПРАВНЕ ТИПОЛОГИЈЕ УБИСТАВА

Убиством се уништава људски живот и због тога се у кривичним законцима убиство сврстава у кривична дела против живота и тела. Кривичноправно дефинисање убиства своди се на одређивање објекта напада, радње извршења, последице, облика виности и казне код кривичног дела убиства. Осим одређивања појма убиства, прописима кривичних закона утврђују се врсте убиства. Између кривичних закона појединих земаља постоје разлике у врстама убиства, па, самим тим и у кривичноправним типологијама.

У англосаксонском праву хомицид обухвата: убиство са предумишљајем (**Murder**), убиство без предумишљаја (**Manslaughter**) и оправдано, извињавајуће убиство (**lawful, excusable Homicide**). У француском праву постоји разлика између уморства или убиства са предумишљајем (**meurtre**) и обичног убиства (**assasiant**). Са уморством се изједначава убиство сродника по узлазној линији, убиство тровањем и свирепо убиство извршено мучењем и варварским средствима.²

Швајцарско и раније важеће немачко законодавство разликовали су намерно убиство (**vorsätzliche Tötung**), уморство (**Mord**) и убиство (**Totschlag**). Уморство се дефинисало као намерно убиство извршено са предумишљајем, док је обично убиство било убиство без предумишљаја. Новелирани Кривични

¹ Редовна професорка Правног факултета у Нишу.

² Јаковљевић, Д.: Кривично дело убиства на свиреп начин, ЈРККП, бр. 3, јули-септембар 1975., с. 362.

законик Немачке предвиђа три облика убиства: обично убиство (Totschlag), уморство (Mord) које обухвата покушано и завршено убиство са предумишљајем (vorsätzliche Tötung) и убиство детета (Kindestötung)³.

Одредбама Кривичног закона Републике Србије инкриминисано је лишење живота без посебних квалификаторних околности, као и више врста убиства са квалификаторним околностима које га чине тежим и друштвено опаснијим. С обзиром на те посебне околности, разликују се: лишење живота на свиреп или подмукао начин, лишење живота и истовремено умишљајно довођење у опасност живота више лица, лишење живота при безобзирном насилничком понашању, лишење живота службеног или војног лица приликом вршења послова јавне или државне безбедности или дужности чувања јавног реда, хватања учиниоца кривичног дела или чувања лица лишеног слободе, умишљајно лишење живота више лица и кад раније осуђено лице за убиство поново неког лиши живота. Као посебне врсте убиства (у теорији кривичног права назване привилегованим) закон предвиђа убиство на мах, убиство из нехата и убиство детета при порођају (чл. 47-50 КЗ РС).

Обично убиство се састоји у умишљајном лишењу живота другог лица без квалификаторних околности које убиство чине тежим или без посебних околности које убиство чине привилегованим.

Квалфикована (тешка) убиства постоје када је умишљајно убиство извршено на такав начин и под таквим околностима који му дају већи степен друштвене опасности што доводи до тежег кажњавања. Ова убиства се даље деле на неколико врста према различитим критеријумима: начину извршења (убиство на свиреп и убиство на подмукао начин), побудама извршиоца (убиство из користољубља, убиство ради прикривања другог кривичног дела, из крвне или безобзирне освете или других ниских побуда), околности извршења и последици (убиство при безобзирном насилничком понашању, убиство којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица, убиство више лица), особености жртве (убиство службеног лица при вршењу послова државне или јавне безбедности или чувања јавног реда, хватања учиниоца кривичног дела или чувања лица лишеног слободе).

³ Keiser/Kerner/Sack/Schellhoss: Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Auflage, C. F. Müller, 1993., s. 549.

Убиство на свиреп начин постоји када учинилац наноси жртви прекомерне физичке и психичке болове. У кривичноправној литератури се истиче да ова врста убистава има објективна и субјективна обележја. Свако убиство је на извештан начин сурово и свирепо, али се ова врста квалификованог убиства карактерише посебно израженом суровошћу јер се жртви наносе такве муке, патње и болови који по свом интензитету прелазе болове који обично настају приликом лишења живота. Субјективна обележја се односе на став учиниоца према жртви - учинилац је свестан да жртва трпи болове великог интензитета али је неосетљив и хладнокрван према њеним мукама⁴.

Убиство на подмукао начин постоји када учинилац напада на живот жртве прикривено, потајно, лукаво, у моменту када жртва то не очекује. Извршилац користи поверење које има жртва према њему и поступа са злом намером. У кривичноправној теорији и судској пракси се сматра да су убиство жртве на спавању и убиство тровањем убиства на подмукао начин.

Убиство из користољубља представља лишење живота другог лица у намери да се за себе или другог прибави материјална корист, која не мора да буде противправна већ правно дозвољена. Примери овог облика убиства су: убиство ради остварења наслеђа, ослобођења од неке имовинске обавезе, остварења добити, за награду и сл.⁵

Убиство из крвне или безобзирне освете или из других ниских побуда разликује се од других облика убистава по мотиву извршења. Мотив извршења може да буде крвна освета (за убиство или на други начин скривљену проузроковану смрт, породица убијеног се свети тако што убија убицу или другог мушког члана заједнице којој убица припада), друга безобзирна освета (учинилац извршава убиство из егоистичких, саможивих побуда) или друге ниске побуде (ради задовољења настраних сексуалних потреба, похлепе и сл.)⁶

Поред обичног и квалификованих облика убистава, кривични закон предвиђа убиство на мах, убиство детета при порођају и убиство из нехата. Ови обли-

⁴ Радовановић, М., Ђорђевић, М.: Кривично право, посебни део, IV издање, Савремена администрација, Београд, 1973., с .59.

⁵ Атанацковић, Д.: Кривично право, посебни део, Привредна штампа, Београд, 1978., с. 91.

⁶ Таховић, Ј.: Коментар Кривичног законика, II издање, Савремена администрација, Београд, 1962., с .265.

ци убистава у кривичноправној литератури се означавају као "привилеговани" због мањег степена друштвене опасности и врсте и висине казне која је за извршење ових убистава предвиђена.

2. КРИМИНОЛОШКЕ ТИПОЛОГИЈЕ УБИСТАВА И УБИЦА

У криминолошкој литератури постоје бројне класификације убистава према различитим критеријумима. Док су кривичноправне типологије концентрисане на злочин, криминолошке типологије убистава полазе од злочинца, његове улоге у настајању злочина и мотива извршења убиства. Типологије које полазе од злочинца углавном прате основно теоријско опредељење аутора, те се тако могу разликовати биолошке и психолошке типологије. Основно је да се ове типологије ослањају на биолошка (антрополошка, физичка) и психолошка обележја злочинаца. Типологије концентрисане око улоге коју имају убице приликом извршења убиства познате су као бихејвиористички систем типологије.⁷

Позната је класификација коју је дао Мидендорф. Он разликује неколико врста убистава према критеријуму мотива извршења: конфликтно убиство, убиство из користољубља, убиство ради прикривања неког другог извршеног кривичног дела, убиство из сексуалних побуда, масовна убиства, убиства из политичких разлога и у рату, убиства ради остварења сопственог права - самопомоћи, убиства при посебним ситуационим околностима изолације, убиства из религиозних побуда (Middendorf, 1984.).

Конфликтна убиства (Konfliktmord, Totschlag) су најбројнија и дефинишу се као убиства извршена у циљу разрешења одређеног конфликтног односа између извршиоца и жртве. Овај облик убиства може да се јави у оквиру породице (убиство једног брачног друга од стране другог, убиство детета од стране родитеља и родитеља од стране детета, убиство једног рођака од стране другог и сл.) и ван породице.

Убиство из користољубља или похлепе (Tötung aus Gewinnsucht) има за основни мотив користољубље, остали мотиви су споредни. Ово убиство се најчешће врши заједно са имовинским деликтом - разбојничком крађом или разбојништвом, затим ради добијања премије осигурања, приликом уцењи-

⁷ <http://online.moraine.cc.il.us/spring/2002/CRJ105-300/lesson61.htm>

вања и изнуде. Мотив извршења убиства може бити прикривање неког другог извршеног кривичног дела, најчешће разбојништва, сексуалног деликта или саобраћајног деликта (*Deckungsmorde*).

Убиства из сексуалних побуда (*Sexualmorde*) извршавају се приликом силовања или других сексуалних деликата, у хомосексуалној вези и приликом убиства проститутки.

Масовна убиства (*Massenmorde*) дефинишу се као већи број извршених убиства према већем броју жртава, при чему мотиви извршења ових убиства могу да буду различити као код појединачних убиства. Међу овим убиствима разликују се: убиства отровом и убиства из разјарености и беса.

Убиства из политичких разлога (*Politischer Mord, Tötungen im Krieg*) могу бити извршена од стране једног лица или групе. Тероризам припада овој групи убиства. У току рата овај тип убиства врше припадници војних формација према заробљеницима и цивилном становништву.

Ради остварења сопственог права, (*Tötungen aus eigenem Recht*) врше се убиства из крвне освете, због неслоге између породица, као и акти линча. У посебним ситуационим околностима, долази, на пример, до убиства између чланова посаде приликом нестанка бродова (*Isolationmord*).

Религиозна убиства (*Tötungen aus religiosem Hintergrund*) могу бити ритуална, између чланова појединих секти и због “истребљења ђавола”.⁸

Сличну типологију као Мидендорф сачинио је Hans v. Henting, описујући карактеристике убиства као појединачне појаве⁹. Зависно од ситуације извршења убиства (*Mordsituationen*), он разликује: убиство из користољубља, конфликтно убиство, убиство ради прикривања другог кривичног дела, сексуално убиство, убиство без мотива.

У великој групи убиства из користољубља најпримитивнија категорија је убиство приликом разбојништва, пљачке. За разлику од ситног лопова који

⁸ Middendorff, W.: *Kriminologie der Tötungsdelikte*, Stuttgart, München, Hannover, 1984, s. 15.

⁹ Henting, H. v.: *Zur Psychologie der Einzeldelikte, II, Der Mord*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956., s. 45.

узима и износи новац "испод јастука оних који спавају", разбојник не мисли да се на овај начин "потруди". Њему недостају окретност прстију, стрпљење и техника. Оно што он поседује је једино и само сирова снага¹⁰.

Људе повезују и раздвајају поред материјалних интереса низ других ситуација, околности, емоција. Љубав, мржња и љубомора доводе до личног конфликта и јављања конфликтних убистава. Конфликтна убиства се најчешће јављају у браку, између брачних партнера или у оквиру породице између њених чланова. После извршења конфликтног убиства може да дође до самоубиства ако постоји психички поремећај у виду депресије. Осим тога, код ове врсте убистава често се испољавају афекти у екстремно јаком степену.¹¹

Убиство ради спречавања откривања извршеног кривичног дела и вођења кривичног поступка манифестује се на различите начине: убиством недужних људи који су без своје воље били сведоци извршења неког кривичног дела и могу да препознају извршиоце, као и оних који су и сами учествовали у извршењу кривичног дела, али у које се нема поверења или представљају конкуренцију приликом поделе плена. Један од облика овог типа убиства је убиство ради прикривања покушаја убиства. Код овог типа убиства помешани су жудња за осветом и осећање страха од повећане опасности од откривања.

"Убиства из задовољства" потичу најчешће из сексуалне сфере јер уништење живота треба да буде замена за сексуални чин. Извршиоци ових убистава су импулсивне и агресивне особе које губе присебност и налазе се у стању највеће узбуђености и истовремено раздражљивости.

За разлику од наведених категорија убистава која имају мотив, постоје и "убиства без мотива", која врше душевно болесна лица, затим убиства из политичких побуда, као и атипичне ситуације дела које настају с времена на време и немају практичан значај.

У посебну категорију убистава издвојена су **сатанистичка убиства**. Религиозна убиства могу да буду повезана са сатанизмом и/или окултним стварима.¹² У неким од ових убистава, извршиоци су чак и користили елементе

¹⁰ Henting, H.v., op. cit. s. 45, 46.

¹¹ Henting, H.V., op. cit., s. 55.

¹² <http://www.witchery.ca/ocult/lanning4htm>

окултног (нпр. остављали су сатанске симболе на месту злочина). Међутим, ритуална убиства која су починиле серијске убице или сексуални садисти не мора да значи да су дело сатаниста или окултних убица. Ритуална убиства чине и душевно болесне убице који чују глас Сотоне, али их то, самим тим, не чини сатанистима.

Сатанистичка убиства се дефинишу као рационално испланирано лишење живота једног или више лица уз извођење тачно одређеног сатанистичког ритуала¹³. У укупном броју убиства овај облик религиозних убиства заступљен је у веома малом броју. Такође, извршење оваквог злочина представља крај деловања сатанистичке групе јер је мала вероватноћа да ће остати неокривена после извршења злочина.

Типологија сатанистичких убиства настала на основу истраживачког искуства у полицији Сан Франциска даје прилично потпун преглед извршилаца ових убиства. Према овој типологији постоје три групе сатанистичких убиства:

1. У првој групи су сатанистичка убиства произашла из поткултуре тинејџера који се опредељују за сатанизам и окултне ствари. Извршиоци ових убиства потичу из дисфункционалних породица или не контактирају са породицом уопште, па постају веома подложни утицају сатаниста. Настоје да превазиђу осећај одбачености, да добију неку врсту моћи и/или да оправдају своје асоцијално понашање. За њих је битан симболизам, не спиритуалност. Они показују да на овај начин одбацују друштво и због тога је најгора ствар коју друштво може да уради упозоравање тинејџера да избегавају "мистериозну, моћну и опасну ствар која се назива сатанизам".¹⁴

2. Другу групу чине сатанистичка убиства која врше они који се за свој рачун баве сатанизмом и окултним, који имају свој стил и своје симболе (Self-styled). За овакве извршиоце постоји веома мало или чак ни мало спиритуалне мотивације. Сатанизам, вештичарење и паганизам су за њих исте категорије, а симболи значе оно што они желе да значе, а не шта заправо значе. Злостављачи, силоватељи, дилери дроге и убице, који припадају овој категорији, могу да изврше злочин на церемонијални или ритуални начин. Ова категорија убица је најчешћа и најопаснија и већина "сатанистичких"

¹³ <http://www.witchery.ca/ocult/lanning4htm>

¹⁴ <http://www.witchery.ca/ocult/lanning4htm>

убица заправо спада у ову категорију. Ипак, ово превелико мешање у сатанизам и окултно указује на проблеме које особа има и који су асоцијалне природе. Они који практикују сатанизам и/или окултно, као и они који користе остале спиритуалне системе веровања и извођења, могу да буду прави механизам за извршење кривичних дела ове врсте.

3. Трећа група обухвата "традиционалне" (обичне, мултигенерацијске) извршиоце сатанистичких убистава. Они су заиста прави верници. Најчешће су неповерљиви према свакоме ко им се учини или ко јесте другачији од њих самих. Ова неповерљивост је један од разлога немогућности полиције да открије овакве групе. Због тога што се о овим групама не зна много, постоји мало доказа да су њихови чланови вршили серијске и организоване криминалне активности.

Вишеструка убиства могу да се поделе на две категорије: масовна убиства и серијска убиства.

Масовно убиство се дефинише као лишење живота три или више лица на истом месту у исто време или у једном краћем временском периоду на истој територији.¹⁵ Према дефиницији који је дао Национални центар за жртве злочина, масовне убице се разликују од серијских по томе што делују одједном убијајући велики број људи, што делују насилно испољавајући свој бес и што, после извршења дела, извршавају самоубиство или гину приликом покушаја хватања од стране полиције. Убиства су акт очајања, немоћи, фрустрација, беса и непријатељства.¹⁶

За разлику од масовног убиства, серијско убиство представља виши манифестациони ниво насилног криминалитета, који се испољава кроз екстремно страшне радње извршене према недужним жртвама. Злочини су најчешће у вези са или представљају кулминацију екстремне сексуалне преверзности и бруталног убиства, након чега је жртва просто унакажена. Иако су серијске убице релативно ретке у поређењу са бројем обичних убистава или насилним злочинима уопште, друштво има негативнији став према серијском убици, оно се згражава над његовим делима и налази се у сасвим оправданом страху.¹⁷

¹⁵ Petee, Thomas, A. Odsek za sociologiju, Auburn University, <http://www.auburn.edu/~peteeta/massmurder1.htm>

¹⁶ <http://home.att.net/~mignarda/mass.html>

¹⁷ Waters, K. "Understanding Society's Most Dangerous Offender: A Typology and Corresponding Dynamic Analysis for the Substantive Theory Formulation of Serial Murder,"

Много је доказа који потврђују да класични серијски убица пати од истог беса и фрустрација, губитка контроле и неадекватног понашања као и масовни убица, али ипак постоји неколико разлика на основу којих можемо одвојити ове две категорије.

Серијски бомбаша, чија делатност углавном има за последицу бројне жртве и чија се психологија изједначава са психологијом масовних убица, са својим жртвама немају никакав физички контакт који би им дао прилику да буду брутални или сексуално перверзни и да остављају своје трагове као што то чине серијске убице. Луде бомбашке убице не желе да контролишу индивидуе, већ да њима манипулишу и контролишу цело друштво тако што ће их терорисати. У том смислу, њихова психологија је ближа психологији масовних убица него класичним серијским убицама. Кључна разлика између масовних убица и бомбаша је у чињеници да су бомбаша спремни да изврше самоубиство и да су неспремни да се излажу ризику.

У оквиру категорије масовних убистава постоји већи број класификација. Класификације масовних убистава се могу сматрати криминолошким и виктимолошким (Busch & Cavanaugh, 1986; Dietz, 1986; Gresswell & Hollin, 1994; Holmes & Holmes, 1994; Kelleher, 1997; Levin & Fox, 1996; Rappaport, 1988; Rowlands, 1990). Већина класификација заснована је на проучавању појединачних случајева или на малом броју случајева који имају неку заједничку одлику. Често ове класификације истовремено представљају и класификацију извршилаца убистава.

Један од првих аутора који је извршио класификацију масовних убистава, Dietz (1986.), разликује три категорије масовних убица и убистава која они врше:

- породични насилници (нападају чланове породице искључиво у кућној атмосфери),
- псеудокомандоси (који се одушевљавају војничким начином живота, оружјем и најчешће детаљно планирају своја кривична дела),
- убице које "убијају на даљину" (set-and-run killers), постављањем бомби или постављањем отрова и после тога побегну са места злочина¹⁸.

(Masters Thesis). Florida State University, School of Criminology, 1987., <http://home.att.net/~mignarda/mass.html>

¹⁸ Petee, Thomas. A. op. cit.

Holmes & Holmes (1994.) су на Dietz-ову типологију додали још две категорије: дисциплиноване убице (који стоје под великим утицајем харизматског вође који наређује да убијају) и на незадовољне и љуте запослене раднике (који за све што им се дешава криве лош став свог послодавца према њима).

Наведене типологије полазе од неколико различитих нивоа класификације (мотивација, односи између убице и жртве, техника извршења убиства). Међутим, постоје убиства и убице који не би могли да се сврстају ни у једну од датих категорија.

Левин и Фокс (Levin i Fox, 1996.) користе мотивацију као једини критеријум класификације. Према њима, највећи број масовних убиства се врши из освете и постоје три подкатеорије масовних убиства: индивидуално-специфична убиства (када се нападају тачно одређени људи); групно-специфична (када се нападају посебне групе људи) и неспецифична (када убица нема посебно одређене жртве, већ насумице убија). Такође, масовна убиства могу да се класификују према томе да ли су учињена из љубави/љубоморе (породични масакри), да ли су учињена из користи или су последица терористичког акта.

Келерова класификација (Kellehr, 1997.) такође полази од сличних критеријума као претходне. Разликују се седам класификационих категорија масовних убиства: освета (која је у сличном контексту као код Левина и Фокса), изопачена љубав (која је поново слична са Левин и Фоксовом категоријом "изокренуте сврхе љубави", и која обухвата убијање чланова породице и вољених особа); политичка и убиства из мржње (која су идеолошки мотивисана и најчешће обухватају и терористичке акте); сексуална убиства (која су веома честа међу масовним убиствима); масовна погубљења (која обухватају заједничко убиство више људи у истом инциденту); ненормалне убице (за које Kellehr не може да пронађе ниједну другу мотивацију осим менталне болести); и оне случајеве где мотивација не постоји/није јасна.¹⁹

Новије криминолошке класификације масовних убиства такође полазе од мотива извршења и избора жртве. Класификације обухватају више подкатеорија и додатних подгрупа (видети Petee, Padgett i York, 1997.).

¹⁹ Petee, Thomas. A. op. cit.

(1) Као и код Левина и Фокса (1996.), у новим типологијама се бес и/или освета трерирају као један је од примарних и главних мотивационих фактора за масовна убиства. Три категорије убиства из ове класификације се фокусирају на мотиву беса/освете, који произилазе из дуготрајне конфликтне ситуације. Ове три типологије се разликују према врсти изабране жртве.

Жртве првог типа убиства из беса/освете су сасвим одређени људи, познати извршиоцу, за њих он сматра да су повредили његов интерес и учинили му нешто лоше. Када повређује ове људе, учинилац се труди да избегне повређивање недужних, осим ако се не умешају сами у конфликт.²⁰

Код другог типа убиства из ове класификације, жртве су одабране према месту извршења које за учиниоца има неко симболично значење.²¹

Код трећег типа убиства у оквиру ове класификације доминира мотив беса/освете. оних учинилаца који немају јасан став о томе ко треба да буде жртва, већ се фокусирају на неку околност или карактеристику која је заједничка једној групи људи а коју они мрзе.²²

²⁰ Најбољи пример за овај тип убиства је случај Ганг Луа који је 1991. убио петоро људи на Универзитету у Ајови. Лу је био бесан што није био номинован за престижну награду за написану докторску дисертацију, и окривио је за то чланове факултетске катедре за физику. Да би се осветио, убио је два члана комисије за докторску дисертацију, шефа катедре за физику, универзитетског администратора и студента који је добио награду за докторску дисертацију за којим је Лу толико жалио. Све ове жртве су биле тачно одређене као мете напада јер је његов бес био усмерен на њих директно. Једина додата непланирана жртва била је секретарица универзитетског администратора коју је Лу убио јер је хтела да га спречи да убија. Petee, Thomas. A. op. cit.

²¹ Случај Едвина Грејса (Edwin Grace) пример је за овај тип убиства. Грејс је 1972. убио шесторо људи у Њу Џерсију у згради фирме која није могла да Грејсу обезбеди осигурање за посао који обавља. У овом случају, Грејс је одабрао локацију и она је била битна, а не заправо људи који су постали жртве и који чак и нису имали посла ни везе са овом агенцијом. Petee, Thomas. A. op. cit.

²² На пример, Колин Фергусон (Colin Ferguson) који је 1993 убио 6 путника у метроу са Лонг Исланда (САД), очигледно је имао нешто против белаца јер су све његове жртве белци. Марк Лепајн (Марц Лепине) је 1989. убио 14 жена у школи у Монтреалу јер је окривио "феминскиње" зато што су му се умешале у живот и упропастиле га. Те исте године, Петрик Пурди (Patrick Purdy) је убио 5 и повредио 29 особа у школском дворишту у месту Stockton (Калифорнија). Purdy је био расиста који је мрзео људе из југоисточне Азије, па је већина његових жртава било азијског порекла. Petee, Thomas. A. op. cit.

(2) Други тип убистава заснован је на мотиву изненадног афекта, када извршиоци нагло агресивно реагују и свако ко им се нађе на путу представља потенцијалну жртву.

(3) Трећи тип убистава су породична убиства. Код ове врсте убистава и жртве и извршиоци су чланови породице који су у конфликту. Ова убиства се најчешће дешавају у кући, мада има случајева да се дешавају у јавности, пред већим бројем људи. Жртве су најчешће жене и деца, а убице мушкарци.²³

Остали случајеви обухваћени овом категоријом везани су за одбијање успостављања или одржавања љубавне везе. Код ове врсте масовних убистава пре извршења убиства долази до прогањања и праћења. Преступник је овде најчешће деструктивно посесиван према свом партнеру. Ово је пример "фаталне привлачности", која иде даље од само једне особе јер се продужава и преноси на пријатеље, рођаке, сараднике планиране жртве.

(4) Четврти тип су масовна убиства која се догађају приликом извршења имовинског деликта, најчешће пљачке продавнице или банке. Према постојећим статистикама, приликом извршења више од половине ових имовинских деликата долази до масовног убиства и/или повређивања.

(5) Масовна убиства која се дешавају унутар банди припадају петој категорији и обухватају инциденте као што су пуцање из аутомобила или директно сукобљавање банди. Убиства углавном настају као последица расправе и директних интерперсоналних сукоба. Ова убиства су унапред планирана и у њиховом планирању учествује више лица, што је типично за активности банде.

²³ John List је 1972. убио своју жену, мајку и троје деце у New Jersey (SAD) јер је мислио да ће тако моћи да "почне живот из почетка". Свим жртвама је пуцао у потиљак, извршавајући убиство на начин на који се врше егзекуције, да би на крају њихова тела поређао у дневној соби. Новембра 2001. у Футогу (Југославија) Душан Маријанац је у породичној кући кухињским ножем заклао оца, супругу и четворогодишњег сина, док је мајку ранио. У с. Биновци код Смедерева (Југославија) крајем марта 2002. Едип Шахировски је убио супругу, петнаестогодишњег сина и бившу супругу. Фебруара 2002. у Београду Иван Мијајловић је убио супругу и двоје малолетне деце, а непуна три месеца после ове трегедије исто у Београду Душан Мартиновић је убио супругу, осамнаестогодишњег сина и шеснаестогодишњу ћерку. У последња три случаја убице су извршиле самоубиство.

(6) Политички мотивисана масовна убиства најчешће обухватају терористичке акте. Мотивација је првенствено идеолошка, неки политички разлог, иако може да се деси да се јави и нека религијска повезаност или тежња за политичком променом. Природа овог криминалитета је таква да се најчешће дешава да убица напусти место злочина пре него што његове жртве погину.²⁴

(7) У седму групу убистава спадају убиства са неспецифичним мотивима. Извршиоци ових убистава најчешће имају тешке психолошке проблеме или пате од менталне болести. Мотиви њиховог криминалног понашања се не могу утврдити и због тога их је немогуће сврстати у неку од постојећих класификација.

Серијска убиства се такође класификују на већи број типова. При Националном центру за анализу насилних злочина (The National Centre for the Analysis of Violent Crime - NCAVC) на ФБИ Академији у Квантику (Quantico, Virginia, USA) извршена је подела серијских убица на два типа: на оне који убијају из задовољства и на класичне.²⁵ Код серијских убистава "из задовољства" нема паузе између убистава, убиства се дешавају једно за другим, а мотив је најчешће финансијске природе. "Класична" серијска убиства врше се највише из сексулано-садистичких мотива.

Dietz (1986.) је урадио детаљнију типологију серијских убица класификујући их на следеће категорије: психопатске сексуалне садисте (који муче и убијају из задовољства); чланове организованих банди (мафије, уличних банди и сл. који убијају из инструменталних/финансијских/територијалних побуда); троваче и гушитеље (серијске убице који убијају по болницама, неговатељским домовима и сл.); и психотичне убице (чији се злочин јавља као резултат психичких делузија). Овој групи још може да се дода категорија политики мотивисаних плаћених убица који су најчешће везани за неку терористичку организацију.²⁶

Највише пажње се посвећује типу психопатских сексуалних садиста који се деле на оне који убијају да би елиминисали сведока/жртву после сексуалног

²⁴ Пример за ову врсту убистава је терористички напад на Светски трговински центар у Њујорку 11.09.2001.

²⁵ Mitchell, E.: Етиологија серијских убистава: кретање ка интегрисаном моделу, <http://faculty.nwc.edu/toconnor/401/401lect11.htm>

²⁶ Mitchell, E.: op. cit.

напада и на оне којима извршење убиства представља задовољство (Gresswell, 1994.). На основу изгледа места где је злочин извршен Ressler (1988.) класификује серијске убице на "организоване" и "дисорганизоване" убице. "Организовани" добро планирају злочин, кога ће вероватно поновити и који је веома вешто изведен и по томе се разликују од спонтаног/хаотичног извршења дела "дисорганизованог" убице. "Организовани" убица је строг, испољава контролу и моћ над жртвом, сексуално насиље извршава док је жртва у животу и често користи возила. "Дисорганизовани" убица оставља трагове и оружје на месту злочина, положај мртве жртве је карактеристичан, некрофилно се понаша, деперсонализује жртву, не користи возила.

Holmes & Holmes (1996.) су по основу асоцијалности поделили убице на "дисорганизоване" и "организоване". "Дисорганизоване асоцијалне преступнике" околина доживљава као "чудаке", док "организовани асоцијални преступници" изгледају околина шармантно и нормално.²⁷

Критеријум дисорганизованости/организованости коришћен је и у типологији Холмса и де Бургера (Holmes & DeBurger, 1985.). Они су класификацију убица повезали са географском распрострањеношћу убиства. Разликују "географски стабилне убице", који жртве бирају према локацији где и сами живе и "географски привремене убице", који прелазе огромне раздаљине да би дошли до жртве.

Hickey (1991.) разликује три врсте серијских убица: они који мењају место боравка, путују и убијају док се крећу са једног места на друго (око 28% серијских убица); локалне убице, које остају у истом урбаном насељу или географском региону (око 45%); и убице специфичне по месту, који убијају код куће, на радном месту и осталим специфичним местима (око 27%).

Према схватању Холмса и де Бургера (Holmes & DeBurger, 1988.) на основу мотива убиства и карактеристика жртве серијске убице се деле на следеће типове:

(1) убица визионар - бира тачно одређени тип жртве (по раси, полу, годинама, занимању), а на извршење убиства има значајна утицај постојање психотичних симптома (халуцинације, делузије).

²⁷ Mitchell, E.: op. cit.

(2) убица мисионар, који верује друштво мора да се "очисти" од специфичних група људи (нпр. проститутки).

(3) хедонисти - ова група убица може да се подели у неколико подкатеорија. *Убице из похоте* убијају ради сексуалног задовољства. *Убице које траже узбуђење* убијају јер их узбуђују нова искуства. Оба ова подтипа могу да имају елементе садистичких метода, као што су осакаћење жртве, драње, пре- и пост-мортем сексуалне активности. *Конформистичке убице* врше злочине који су усредсређени на саму радљу и акт убиства и код којих мотив може да буде психолошке или финансијске природе.

(4) убица који жели моћ и контролу над жртвом - мотивисан је жељом да стекне моћ и да контролише своју жртву. Сексуалне активности су могуће, иако се јављају само у функцији доминације над жртвом.

Типологије према критеријуму жртве серијског убиства ("victim-focused") показују да су жртве серијских убица најчешће оне особе које су маргинализоване у друштву, на пример. жене, националне и етничке мањине, хомосексуалци, проститутке и сл.

У оквиру категорије серијских убистава постоји разликовање према критеријуму пола извршилаца. Уочено је да се убиства која врше мушкарци серијске убице знатно разликују серијских убистава која врше жене и да су ово два посебна типа серијских убистава. Код серијских убистава која врше мушкарци просечан период континуираног извршења убистава износи четири године, док је код жена осам година. Затим је утврђено да жене серијске убице веома ретко муче своје жртве или скрнавe тела жртви. Оне чешће практикују суптилније начине убиства користећи оружја које је тешко препознати као што су отров, смртоносне ињекције и намерно изазвани несрећни случајеви.

Жртве злочина код мушкараца и жена серијских убица такође се разликују. Мушкарци се углавном понашају као сексуални "истребљивачи" чије су жртве старије жене. Жене веома ретко бирају жртву према полу, оне углавном нападају жртве које су њима познате, које су из непосредног окружења, као што су деца, рођаци и супружници. У ретким ситуацијама када се жена ипак напада странца, жртва је обично особа коју она лако може да савлада као што је старија особа о којој се она брине или дете. Старосно доба када жене серијске убице признају да су извршиле свој први злочин креће се у распону од 14 до 64 година. Просечни серијски убица женског пола почиње да убија

после 25. године. Жене серијске убице су по својим карактеристикама сложеније од мушкараца серијских убица и због тога се сврставају у посебан тип.

Жене серијске убице²⁸ такође су класификоване на различите типове. Као основна обележја ове категорије серијских убица Kelleher & Kelleher (1998.) наводе њихову прецизност приликом извршења убиства и способност прикривања злочина.

Kelleher & Kelleher (1998.) су типологију жена серијских убица засновали на критеријуму самосталног учешћа у извршењу убиства и саучесништва и приказали девет типова жена убица.²⁹ Истраживања откривају да само једна трећина жена врши серијска убиства самостално, док две трећине врши серијска убиства у саучесништву.

Жене серијске убице које саме врше серијска убиства описују се као жене средњих година, пажљиве, одговорне и друштвено прихваћене особе. Оне жртву нападају у кући или на радном месту а као средство за извршење убиства користе отров и смртоносне инекције. За разлику од њих жене серијске убице које имају саучесника су млађе особе, агресивне, злобне, не планирају пажљиво убиства. Жртву нападају на различитим локацијама, муче жртву и за извршење убиства користе пиштољ и нож.

Прва категорија жена серијских убица обухвата неколико типова:

(1) "црна удовица" - убија више брачних партнера, партнера или других чланова породице.

Најчешће своју криминалну каријеру почиње после 25. године живота и од тада траје деценија или дужи период систематског убијања брачних партнера, партнера, чланова породице или било које особе са којом има неки лични однос. Типичан циклус износи 6 до 8 жртава у периоду од 10-15 година, а тамо где је слаба акција полиције, број жртава може да дође и до 13.

Начини извршења убиства су: тровање, гушење, дављење, пуцање из ватреног оружја. Најзаступљенији од свих метода је отров који је коришћен у 87% случајева.

²⁸ <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/401/401lect11.htm>

²⁹ <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/401/401lect11.htm>

"Црна удовица" убија из два мотива. Први и најчешћи разлог је материјалне природе. Код највећег броја "црних удовица" извршење убиства је мотивисано новцем од животног осигурања или имовином жртве. Новац који је добијен по основу животног осигурања и имовина која је припадала жртви временом ће постати власништво извршитељке злочина после смрти жртве. За ове жене није уобичајено да осигурају саме жртве непосредно пре него што почине злочин јер би на тај начин пружиле чврст доказ о томе шта су учиниле. То показује колико су оне прорачунате, методичне и лукаве. Други тип "црне удовице" убија због љубоморе и одбачености и исто је тако немилосрдан.

(2) "анђео смрти" - убија људе које треба да медицински негује.

Жртве су старији људи, деца поверена на чување, сви они који не могу сами да се заштите и бране. Криминалну каријеру почиње са 21. годином и извршава убиства у медицинским установама, болницама, домовима или другим местима где се смрт може појавити као нормална ствар. На оваквим местима убиство је неприметно, извршилац ужива у моћи да одлучује о нечијем животу и смрти, а сви лекови, материјални и опрема су приступачни. Типичан циклус је 8 жртава у току 1-2 године, али уколико је убица способан тај број може да буде и дупло већи, до 16 или више жртава. Њихове каријере су кратке јер воле да се хвалишу својим "добрим делима".

По својој суровости овај тип убица у потпуности одговара "црним удовицама". "Анђео смрти", као и "црна удовица", користи оружје које је суптилно и тешко се открива. Кад је жртва старија особа, за извршење убиства се користе леталне хемијске ињекције, као што је жива сода (потасиум). Када су жртве немоћна деца, прибегава се методи гушења. Типични "анђео смрти" се одликује двома карактеристикама, што веома често олакшава хватање оваквих особа. Прва карактеристика је њена одлучност у потреби за убијањем. Друга карактеристика се огледа у постојању потребе да прича о својим убиствима покушавајући на тај начин да их представи као чин милосрђа, а себе као хериону коју околина и рођаци жртве треба да посматрају са дужним поштовањем. Иако је велики број "анђела смрти" у току задњих петнаест година прошлог века одговоран за животе на стотине недужне деце и беспомоћних старијих особа, веома мали број њих је ухваћен.

(3) "сексуалне истребљивачице (предатори)" заступљене су у веома малом броју међу женама серијским убицама. Овај тип убиства се изузетно ретко

јавља и у историји америчке криминологије постоји само један забележен случај жене која је сама извршавала ова убиства.³⁰

(4) серијска убиства из освете и мржње су мотивисана екстремном мржњом и уперена према тачно одређеним особама. Убиства се често одвијају у оквиру одређеног временског периода, када су осећања убице толико јака да мотивишу на убиство. Код убица постоји осећање беса стално, чак и када се жртве смењују. То се дешава јер убица сматра да су све жртве индиректно одговорне за њено осећање горчине, па их притом напада, што симболички представља чин освете. Због тога се дешава да су жртве серијских убиства потпуно недужна сопствена деца убијена да би се осветила супругу. Према схватању Гултимашер, серијске убице осветници користе индиректне методе агресије и нападају особу која је веома блиска и драга самој жртви која у ствари представља праву мету. Слично "црним удовицама", оне углавном користе гушење или методе тровања, али њихови злочини нису извршени са толико упорности и прецизности као код "црних удовица". Ово се може при-

³⁰ Ailin Kerol Vurons, рођена 1956 године у Мичигену, имала је веома несрећно детињство. Отац алкохоличар и мајка неодговорна тинејџерка, оставили су је, заједно са братом, на чување баби и деди по мајци. Деда, који је био такође алкохоличар, физички је злостављао. У четрнаестој години је остала у другом стању као последица силовања. Родила је сина кога је дала на усвајање и, када је деда истерао њу и брата из куће, почела је да се бави проституцијом и да врши кривична дела. До своје осамнаесте године пет пута је била силована. Када је напунила двадесет година преселила се на Флориду где је наставила да се бави проституцијом, крађама и пљачком. Удала се за седамдесетогодишњег човека, али је брак кратко трајао. Две године после развода покушала је да изврши самоубиство пуцајући у стомак. Прекретница у њеном животу одиграла се 1986. године када среће Тирију Мур са којом започиње хомосексуалну везу. Три године после тога, када је напунила 33 године, започиње каријеру серијског убице. У периоду између 1989. и 1990. године, Вуронова је убила најмање седморицу мушкараца, којима је, бавећи се проституцијом, пружала сексуалне услуге. У сваку жртву пуцала је небројано пута. Тврдила је да је те мушкарце убила у самоодбрани, али сама чињеница да је опљачкала своје жртве и да је сакрила њихова тела у шуму, довела је у сумњу веродостојност њене приче. Међутим, врло је вероватно да је прву жртву - манијака, ипак убила у самоодбрани. Имајући у виду дугогодишње злостављање од стране мушкараца, није изненађујуће да се окренула против мушкараца који јој чак у том тренутку и нису претили. Када је Вуронова ухапшена 1991. објаснила је полицији своје злочине на следећи начин: "Убила сам их јер је за мене то представљало самоодбрану или то је као нека освета, враћање мило за драго". У току 1992. Вуронова је подвргнута читавом серијалу судских процеса и била је осуђена на смртну казну.

писати чињеници да су серијске убице осветнице жртве својих сопствених осећања, које реагују у тренутку и изненада, а показују грижу савести када буду ухваћене.

(5) убиства ради профита - извршавају се искључиво ради стицања материјалне добити а жртве нису чланови уже или шире породице извршилаца. Жена серијски убица ради профита веома је добро организована, тешко је открива и може да буде активна више година пре него што је ухвате на делу. Просечни број њених жртава може достићи цифру већу од тридесет, може бити активна десет или петнаест година, а почиње своју каријеру убице у двадесетим годинама. Слично "црним удовицама", углавном практикује коришћење отрова. Слично "анђелима смрти" изузетно се безосећајно и хладнокрвно односи према убиству. Слично сексуалним предаторима, она је застрашујућа и опака и поседује високи степен мотивације. Али оно по чему је јединствена је то што она убија за неког другог, углавном у име злостављаних супруга које јој плате да би се ослободиле мучења која им приређују њихови мужеви.³¹

У оквиру серијских убистава, која врше жене у саучесништву, разликују се тимске серијске убице, ментално поремећене, необјашњена убиства и нерешени случајеви.

(1) тимске серијске убице се деле према лицима која сачињавају "тим". Тако је могуће разликовати три различите врсте тимова серијских убица женског пола: женско-мушки, мушко-женски и породични тим. Све у свему, серијске убице женског пола, које су део тима имају у просеку од двадесет до двадесет пет година када изврше своје прво убиство, просечни број извршених убистава је између девет и петнаест, док је просечни период њихових активности од једне до две године.

³¹ Прва позната жена-серијски убица, која је од убиства направила профитабилни посао, била је чувена, озлоглашена рускиња госпођа Попов. О њеним злочинима се веома мало зна, осим податка да је била активна у доба Царске Русије, на прелазу из једног у други век, између 1880. и 1909. године. Како је и сама признала, убила је триста мушкараца, чије су супруге платиле скромну суму да би се ослободиле њихове бруталности. Попова је те мушкарце усмртила путем отрова. Она је успешно "пословала" скоро тридесет година, док једна од њених клијенткиња у току напада гриже савести није све признала полицији. Попова је потом ухапшена и тада је признала кривицу за смрт три стотине мушкараца.

Међу тимским серијским убицама најчешћи су они који припадају мушко-женском тиму. Они су активни у дужем временском периоду јер су чланови тима најчешће љубавници, па се, самим тим, боље слажу и сарађују. Женска особа се у овим тимовима подвргава мушкарцу и његовим захтевима, он постаје доминантна фигура у тиму. Убиства која су извршили тимови серијских убица (парови) су често веома добро организовани, а женска особа је углавном јако млада, за разлику од других серијских убица женског пола, и најчешће нема више од двадесет година када изврши прво убиство.

Женско-женски тимови серијских убица су друга велика категорија тимских убица. Тим чине две жене које заједно активно врше серијска убиства. Иако оне могу имати различите мотиве, убиства се углавном извршавају ради профита. У просеку, чланице женско-женског тима су старије од чланова мушко-женског тима и активне у дужем временском периоду. За разлику од мушко-женских тимова, а слично другим серијским убицама женског пола које извршавају убиства самостално, женско-женски тимови чешће користе "суптилније" оружје као што је отров, леталне ињекције и гушење.

Три или више особа, које могу али и не морају бити у биолошком сродству, чине породични тим серијских убица. Без обзира на њихову биолошку повезаност, они углавном живе у истој кући и понашају се као породица. Доминантна фигура је најчешће мушкарац и тим је углавном усредсређен на сексуална серијска убиства која попримају изузетно насилнички карактер. Активни период тима је најчешће врло кратак, пошто када везе између чланова и сарадња престану, долази до дезорганизације и тим бива ухваћен.

(2) ментално поремећене жене серијске убице не сматрају се одговорним за своје поступке, иако дело извршавају на изузетно свиреп и застрашујући начин. Услед постојања менталне болести оне нису свесне својих поступака и нису урачунљиве.

(3) необјашњени случајеви - код ових убиства у сваком појединачном случају могу се идентификовати одређени мотиви. Жена серијски убица припада овој категорији уколико систематски убија из разлога који су у потпуности неразумљиви или због мотива који није довољно разјашњен да би био сврстан у неку од познатих категорија. Интересантно је приметити да у великом броју ових ситуација и сама извршитељка убиства није у стању да идентификује разумни мотив за своје злочине.

(4) нерешени случајеви - могу се увек јавити међу свим наведеним типовима серијских убистава. Испоставило се да "црне удовице" и "анђели смрти" могу да у дужем временском периоду избегну хапшење, а понекад њихови идентитети заувек остају непознати. Злочини се открију случајно у току истраге за неко друго кривично дело.

4. ПСИХИЈАТРИЈСКО-ПСИХОПАТОЛОШКЕ. ТИПОЛОГИЈЕ УБИСТАВА И УБИЦА

У психијатријској литератури постоји само неколико класификација и типологија убистава и убица. Аутори ових типологија полазе од сасвим различитих критеријума за класификацију и имају различите циљеве које желе да постигну класификацијом.³²

Према класификацији коју је сачинио Balanesku постоје следећи типови: психотични убица, убица са најнижим степеном моралне свести, перверзни садистички убица, убица који извршава бесмислено, апсурдно и монструозно убиство и убица из страсти.

Штајгледер (E. Steigleder)³³ је поделио убице на основу карактеролошко-психолошких и психопатолошких особина на:

(1) убице у афекту, код којих долази до поремећаја у сфери осећања и расположења. Овај тип убице је лако увредљив и рањив, има осећање ниже вредности и осветољубивости.

(2) нагонски убица показује висок степен егоизма и дефицит међуљудских веза. Има слабу вољу и низак етичко морални ниво. Код њега постоји тенденција ка импулсивним реакцијама уз поремећај сексуалности. Овом типу убица припада и тзв. јувенилни делинквент против морала.

(3) рационални убица се одликује високостепеним, екстремним егоизмом и изразитим сиромаштвом осећања и расположења. Веома је интелектуално обдарен.

³² Капамација, Б.: Убиство, Матица Српска, Нови Сад, 1981., с. 123.

³³ Цит. према Капамација, Б. *op. cit.*, с.125.

Према мишљењу аутора Штајгледера, ова класификација има прогностичке вредности у криминолошком смислу. Рационални и нагонски убица су абнормалне личности и код њих нису од значаја околности дела. За разлику од ових типова, код типа афективног убице ситуациони моменти, сама ситуација извршења дела веома је значајна и може имати одлучујућу улогу у настанку злочина. Због тога је јасно да се код убице из афекта не јавља поновљено вршење убиства за разлику од рецидива код рационалног и нагонског убице.

Тени³⁴ је на основу 100 посматраних случајева извршио класификацију на неколико типова убистава: его-синтоно убиство, које се односи на ситуације где је убиство извршено без сламања Егоа, его-дистоно убиство, које се извршава у стању измењене свести, без свесног увида и мотивације, психотично убиство, које врше душевно оболела лица.

ЗАКЉУЧАК

Класификација убистава и убица може се вршити у кривичном праву, криминологији, судској психијатрији и пенологији. Међутим, до сада није постигнута сагласност између теоретичара и истраживача о постојању једног јединственог класификационог система и заједничке типологије убистава и убица. Постоји велики број различитих класификација зависно од циљева и критеријума за стварање класификација.

Кривичноправне класификације долазе до изражаја у кривичном праву. Оне полазе од степена друштвене опасности извршеног кривичног дела и објективно се одређују према врстама и групама кривичних дела које се налазе у кривичном закону.

Криминолошке класификације се заснивају на етиолошким сазнањима и имају за циљ да превентивно делују на сузбијање криминалитета. Њихов значај се посебно наглашава и због тога је веома важно да ове класификације буду прецизне и добро урађене.

Пенолошке класификације су повезане са праксом извршења кривичних санкција и применом третмана у пенитенцијатним установама.

³⁴ Цит. према Капамација, Б., *op. cit.* с. 126.

Велики број различитих класификација и типологија отежава остварење основног превентивног циља - сузбијања криминалитета. Због тога се изградња адекватне класификације и типологије криминалитета и делинквената поставља као неопходан задатак теоретичара и истраживача.

*Prof. Dr. Slobodanka Konstantinović Vilić, LL.D.
Full Professor*

Typologies of Murders and Murderers

Summary

In criminology, typologies have proved to be highly significant. Different typologies of murders and murderers in criminal science have shown that it is possible to create classification types according to their common characteristics. Although the existing typologies do not cover for all kinds of murders and murderers, the theoretical significance of these typologies lies in highlighting the differences between certain categories of murders and murderers, where the classification is based the motives for murders and the psychological characteristics of the mudrerers. Besides, this theoretical knowledge can practically help the qualification of crimes in the court procedure, in disclosing the murderers and committed murders, the motives of crimes, and effecting potential crime prevention. The two typologies of murders and murderers are valuable in criminal law, criminology and forensic psychiatry for determining the appropriate criminal treatment.

Key words: typology, clasification, violence, murder, mass murders, serial murders, murderers.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Проф. др Александар Петровић

**СОЦИЈАЛНО ОСИГУРАЊЕ - *DE LEGE
LATA И DE LEGE FERENDA***

UDK 369

Рецензент: Проф. др Милан Петровић

Апстракт

Изгледа да сви пророци не би потврдно одговорили на основно питање да ли ће социјално осигурање постојати и убудуће. Сматра се да системи познати као Држава социјалне заштите, који су створени у току последњег светског рата, представљају само пролазну појаву у социјалној заштити, која је осуђена да ишчезне у такозваном друштву изобиља. Па ипак, дубља анализа таквих схватања не сугерише потпуно негативан одговор. Према неким прогнозама, системи социјалног обезбеђења у напредним друштвима сутрашњице неће бити расформирани због тога што ће институција постати некорисна, већ што ће бити радикално трансформисана у националне системе обезбеђења минималних прихода, посебно у такве системе који су засновани на “негативном порезу на доходак”, поред све већег броја различитих начина индивидуалног осигурања, као последице значајног напретка у животном стандарду. Овај приступ

је мање полемичка, а више разборита оцена сталне тенденције да се пронађу различити облици социјалне заштите унутар друштвеног система коме припадају. Тиме се објашњава њихово порекло и релативно прилагођавање, али не толико проблемима које треба решити, колико нестабилној и променљивој друштвеној равнотежи чији варијабилни аспект они чине на посебном степену историјског развоја. Када је реч о широј перспективи реално је питање шта сматрати да је будућност социјалног осигурања, пошто је извесно, чак и за оне који су према томе најмање расположени, да је исто толико као што се сме тврдити да је социјално осигурање постојало много раније него што се појавила савремена институција позната под тим именом, сасвим оправдано претпостављати да ће имати и будућност тако дуго колико се уопште може предвиђати.

Кључне речи: осигурање, социјална помоћ, социјално осигурање, социјална заштита, социјално право, социјална сигурност.

Проф. др Александар Петровић¹

СОЦИЈАЛНО ОСИГУРАЊЕ - *DE LEGE LATA* И *DE LEGE FERENDA*

Уводне напомене

Не желимо да проричемо будућност социјалног осигурања. Овај рад спада у много скромнију категорију анализа онога што долази, и то такву која се, по аналогији са већ промењеном стратегијом у социјалној економици, заснива истовремено на тенденцијама које делују унутар посматране институције и у социјалном амбијенту средине, да би се могла предосетити концепција и нови облици који би могли да буду карактеристични за ову институцију и касније. Имајући све то у виду, не сматрамо да ће ова анализа бити од одлучујућег значаја. Њена вредност је, међутим, у томе што је аутор користио што је могуће објективнији метод приликом испитивања текућих тенденција и процене њихових могућих последица. Стога се у раду ове тенденције и последице не преносе једноставно и на будуће време, већ се покушава да се сагледа њихово даље кретање у светлу опште еволуције друштва. Упркос многих неизвесности које укључује овај метод, ова анализа може да помогне у сазнавању и деловању стварањем теоријских "модела" еволуције. Веома је важно на почетку одредити главне тенденције које управљају развојем социјалног осигурања у развијеним и мање развијеним земљама, расветљавањем конфликтне ситуације у којој се институција тренутно налази, услед контрадикција које доводе у сукоб различите тенденције међусобно, или у односу на стање друштва. Затим, узимајући у обзир

¹ Ванредни професор Правног факултета у Нишу.

основне факторе који су у стању да коначно измене ситуацију, шема даљег изучавања социјалног осигурања требало би да омогући сагледавање решења садашњих неспоразума и појаву нових захтева у социјалној заштити под утицајем предстојећих трансформација у индустријским и новоиндустријализованим друштвима следеће генерације.

I АКТИВНИ ТРЕНДОВИ И ЛАТЕНТНИ КОНФЛИКТИ

Развој систем социјалног осигурања после другог светског рата сведочи о основним тенденцијама које се разликују у великој мери од повремених и пролазних варијанти, а које су последица добро познате нестабилности у законодавству и пракси. Ове основне тенденције учљиве су по својој постојаности током дугог периода, за разлику од пролазних промена које их прате. Уколико је предмет ограничен на главне токове, који подразумевају заштиту гарантовану социјалним осигурањем, искључујући друге аспекте који се односе на техничку, административну или финансијску организацију, изгледа да активни трендови, који се појављују у садашњим околностима, погађају углавном обухват категорија (генерализацију) пруженом заштитом и њену ефикасност.

1. Примена заштите

Тенденција генерализације у пружању заштите условљена је применом принципа универзалности осигураних лица, који је основна карактеристика савремене доктрине социјалног осигурања. Социјално осигурање, које је у почетку било намењено радницима с ниским платама у индустрији, било је проширено на све најамне раднике, да би касније, сагласно ономе што је диктирала доктрина социјалног обезбеђења, обухватало све радно активно становништво, или чак све држављане или све стално настањене. Ова тенденција се манифестовала у постепеном ширењу поља примене, бржем или споријем, мање или више потпуном, али се упадљиво континуално настављала у развијеним земљама упркос колебањима и незгодама. Све слабије пружање отпора према овој оријентацији значајно је и објашњава њихов успех. Карактеристично је за ову усмереност да се наставила и у земљама које су одувек пружале отпор социјалном осигурању под изговором социјалне или политичке филозофије, потпомогнуте релативно високим национал-

ним дохотком и животним стандардом. У овим земљама, у којима се ограничено ширење социјалног осигурања одржало увођењем само неких грана, тенденција генерализације у тим истим областима наставила се као мање-више нормалан процес.

Са друге стране, у сиромашним земљама овој тенденцији испречиле су се многе препреке, почевши од недовољне количине свих врста средстава, затим преовлађујући традиционални методи организације друштва, исто као и индиферентност или егоизам привилегованих класа, које су успеле да се уврсте у круг заштићених лица. Међутим, и поред бројних потешкоћа те врсте, које се живо осећају, притисак ка генерализацији веома је јак и у овим земљама, било због незадовољства постојећим системима или настојања да се неодложно, макар и у ограниченој мери, реализују посебно у полуразвијеним земљама у којима су неки облици социјалне заштите почели да се шире и на неке делове сеоског становништва, иако у смањеној мери или у виду експеримента.

Отуда тенденција генерализације заштите, изгледа, представља основну покретачку снагу у развоју социјалног осигурања последњих година. То је проистекло из унутрашњег динамизма институције и под притиском спољних потреба, произашлих из социјалних промена које су лишиле привилеговане класе и групе традиционалних корена и заштите, на којима се заснивала индивидуална и колективна сигурност њихових чланова. Тим факторима у индустријским друштвима додаје се тражење релативне изједначености у погледу животне шансе и социјалног статуса, као и природна жеља за бенефицирањем, чије озакоњење више није ограничено на ситуацију која би се могла сматрати дискриминаторном или штетном. Захтевање социјалне једнакости логична је последица нове ситуације у друштвима, у којима се слабљењем класних структура и редуцирањем разлика у могућностима потенцира конфликт социјалних група. Тенденција ка генерализацији заштите у ствари се манифестује у веома различитим условима, било на широком фронту система социјалног осигурања или пак само у оквиру приоритетних грана, или понекад у различитим методама који укидају или уважавају разлике међу класама, групама или професионалним категоријама. Међутим, без обзира да ли је тенденција све интензивнија или све спорија, није нимало лако изменити њен ток, чији је крајњи резултат сличан национализацији социјалне заштите, схваћен као проширење гаранција у том домену на читаву националну заједницу или барем на заједницу рада.

2. Ефикасност (примене осигурања)

Друга основна тенденција која карактерише развој социјалног осигурања последњих година произлази из све већег интересовања за ефикаснијом заштитом коју би гарантовала институција социјалног осигурања, што би требало да се одрази у њеној способности да се у потпуности реше потребе заштићених лица, с обзиром на њихову све већу свест о обавезама друштвене солидарности наметнуте њиховој заједници. У почетку помоћ по својој природи, а и социјално осигурање као обавеза, обезбеђивали су само ограничену заштиту засновану на неопходним потребама за опстанак. Доктрина социјалног осигурања, барем у односу на грану која се јавља као резултат извештаја Лорда Бевериџа (Lord Beveridge) о социјалном осигурању и сродним службама, заснивала се на концепцији једнаке основне заштите која се истовремено не може применити генерално на све становништво. Ово схватање, засновано на давању једнаких минималних бенефиција, било је у принципу оправдано логичном идејом односа који треба успоставити између одговарајућих обавеза колективне солидарности и личног осигурања, како би на прихватљив начин, различите форме одговорности могле допуњавати једна другу. У пракси обухваћеност социјалним осигурањем, које је већ дуже време саображено овој шеми, чак и у системима прављеним под утицајем Препоруке бр. 67 Међународне организације рада, подразумева обезбеђење средстава за егзистенцију. Ова Препорука, уз велику меру предострожности, претпоставља стварање односа између врсте давања и ранијих зарада корисника. Таква ситуација која, у ствари, усклађује два прилично различита принципа, објашњена је недостацима примећеним у примени другог принципа чије су предности често редуциране фиксирањем релативно ниских износа давања и плафона зарада. Ти недостаци могу се објаснити финансијском опрезношћу у односу на тренд генерализације, која се односи на поменуто. Међутим, замерка се може упутити упорном традиционалном начину мишљења када је реч о томе да се социјална заштита сматра одбраном од прекомерног сиромаштва пре него политиком осигурања прихода.

Тенденција ка захтевању ефикасности, која прати тренд генерализације у заштити социјалним осигурањем, прети да поремети претходну равнотежу односа концепције и реалности. Наиме, захтев за ефикасним осигурањем, које је логична импликација права на социјално обезбеђење, у приличној мери мења садржај законодавства и циљ система. Прва промена је значајно

мењање шеме под утицајем Беверичове концепције, од једнаке основне заштите до степенованог осигурања, у односу на раније зараде, односно на све бенефиције које су замена за зараду (допунска давања). Уопштено гледајући, пораст стопе давања, повећање или смањење плафона зарада и нагли пораст комплементарних режима о допунама указује на снагу ове тенденције и значај њених последица. Исход овог развоја, који је у неким земљама постигнут или се управо остварује, огледа се у гарантовању примања у свим краткорочним осигурањима. Слична тенденција одржава се и код дуго-рочних давања, не само у случају неспособности за рад, без обзира да ли је реч о професионалном или непрофесионалном пореклу, већ и у случају старости. То јест, сумња се да ли је оправдана традиционална калкулација старосних пензија по стопи редуцираној у односу на изворе активних лица. Уз то, постепено се усваја да су потребе старије генерације једнаке као и младих у односу на зависност од породице.

Тренд који се залаже за гарантовање ефикасне заштите, која је дуго била преимућство најповољније ситуираних, приближава социјално осигурање реалној друштвеној структури савремених заједница, са свим последицама које тај развој подразумева у односу на начин живота и колективне односе. Иста тенденција се манифестује на краткорочна давања и у мање развијеним земљама, у којима је то изгледа лакше спровести пошто су често режими социјалног осигурања веома ограничени. Са друге стране, то ствара низ озбиљних потешкоћа у развијеним земљама, у којима социјално осигурање обухвата све становништво. Овај парадокс један је од најособенијих видова конфликтне ситуације у социјалном осигурању као институцији каква је данас.

3. Притисци (криза) социјалног осигурања

Многи знаци указују на то да упадљиви развој последњих година укључује опасност приближавања критичне фазе. Највероватније да је реч о кризи напретка, као последици наглог развоја институције која се појавила у савременој форми једва пре једне генерације. Важно је, међутим, детаљно објаснити природу ове кризе, која се разликује зависно од нивоа развоја, како би се одредиле њене евентулане последице на развој социјалног осигурања убудуће. Њени основни узроци, могли би се, углавном, односити на супротности активних трендова, објашњених претходно. Затим, разлике између захтева условљених овим трендовима и расположивих средстава, а и на противуречности (неспојивост) оперативних потреба институције и особе-

ности друштвене средине. Поред тих унутрашњих узрока, који се могу појавити у било којем друштву на различитом степену развоја, а гледајући са међународног аспекта, треба поменути и основне неједнакости које произлазе из раскорака у нивоима развоја земаља; то не може а да не утиче на социјално осигурање убудуће.

Сукоб тенденција унутар институције социјалног осигурања посебно се јасно манифестује у учесталој затегнутости између генерализације и ефикасности заштите. У току претходног периода релативна равнотежа постигнута је у оквиру два различита типа система. На једној страни су системи који обухватају сво становништво у облику познатом под називом "демогрантско" ("демогрант"), или у виду националног осигурања, посебно у Великој Британији, Комонвелту и нордијским земљама, али који обезбеђују у принципу само основну заштиту. На другој страни су класични системи социјалног осигурања са давањима у односу на раније зараде осигураних лица; ови системи иду у прилог само запосленим особама. У последње време, међутим, развој ова два типа система почео је да конвергира под новим притисцима за општу и ефикасну заштиту. Отуда би системе првог типа требало допунити системима о давањима степенованим у односу на зараде, док су системи другог типа допуњени обезбеђењем минималних примања, или су пак проширени на пружање заштите разним категоријама незапослених лица. У оба случаја појава генерализованих система, који претендују да постепено задовоље услове за ефикасну заштиту, ствара нове проблеме у организацији административних и финансијских послова.

Ова ситуација карактеристична је за развијене земље, које не морају да буду најбогатије, у којима системи социјалног осигурања обухватају многе ризике (непредвиђене случајеве) за које се сматра да припадају области социјалног осигурања као институцији. У овим земљама тренд гарантовања ефикасне заштите реализује се, наравно, у свим постојећим гранама, а то изазива посебно противречност између процеса свеобухватности и развоја проширеног система заштите. То се дешава посебно у многим европским земљама, источним као и западним, у којима су ове тенденције на снази истовремено у читавој широкој области социјалног осигурања. Неке економски развијене земље, међутим, нису још суочене са тим потешкоћама, пошто су њихови системи социјалног осигурања, који фаворизују неке видове заштите на штету осталих грана, остали фрагментарни. У већини земаља у развоју још није присутна ова врста противуречности, пошто њихови системи социјалног осигурања, чије су могућности ширења ограничени, још нису достигли ниво

свеобухватности. Ове земље у најбољем случају располажу веома скученом избором, који радо користе за давање предности најнефективнијој заштити за понекад веома ограничене категорије становништва. Противречност ове врсте, без обзира у којој се земљи појави, укључује озбиљне ризике који не само што угрожавају постојано напредовање система, већ и њихово структурно јединство, или чак и изворну амбицију да постану непогрешиви облици обезбеђења.

Истовремени трендови ка генерализацији и ефикасности заштите гарантоване социјалним осигурањем неминовно утичу на приличан пораст трошкова. Одатле произлази друга врста притиска непосредније осетљивих, које настају из конфликта све већих жеља за обезбеђењем и расположивих средстава којима одређено друштво располаже. Ова противуречност је присутна у сиромашним земљама, иако се то не манифестује увек у веома оштрој мери. У овим земљама системи социјалног осигурања још увек су недовољно развијени и често прављени према моделу социјалног осигурања за запослене особе или само оне који су запослени у индустрији, а понекад чак ограничени на посебне географске области или предузећа одређеног обима. У таквим шемама посредан начин финансирања (из буџета, фондова) у почетку углавном не ствара озбиљне проблеме, тако да у неким случајевима то може знатно да помогне развоју нивоа заштите, барем у погледу краткорочних давања за ограничене групе корисника. У развијеним земљама, у којима су за социјално осигурање карактеристичне ендемске, а понекад и оштре финансијске кризе, сукоб жеља и средстава изгледа, напротив, да је озбиљнији. Када је реч о недовољним средствима разлику треба правити између стварног недостатка средстава, што налазимо у мање богатим земљама, и тобожње недовољности, која је последица одбијања да се одобри обезбеђење потребних средстава за социјалну политику. Ова разлика не може се, међутим, увек имати у виду, а раскорак између средстава и захтева често је довољно широк да проузрокује критичну ситуацију, тим озбиљнију услед већег неслагања с истинским узроком.

Многи фактори делују заједно на повећање финансијске кризе социјалног осигурања у земљама у којима је ова институција високо развијена. С једне стране свеобухватност наглашава својство директног финансирања за неке категорије самосталних професија, док истовремено захтева коришћење јавних фондова за оне које су међу њима у слабијем положају. Са друге стране, слободна размена, ограничавајући могућности пораста доприноса заснованих на зарадама, потенцира финансијске тешкоће социјалном осигу-

рању и налаже тражење нових извора финансирања, понекад условљавајући чак и унутрашњу прераспodelу трошкова у односу на раније и нове елементе обрачунавања. Најзад, технички развој и економски напредак на исти начин утичу на оптерећења фондова давањима на расходе као и захтеве корисника за ефективном заштитом. Отуда се подизање зарада и животног стандарда одражава на (цену) трошкове заштите, било директно преко давања у готовом или индиректно преко давања у природи, због општијег и чешћег захтева за коришћењем система социјалног осигурања; док је још очигледније да нагли развој медицинске технике повећава трошкове здравствене заштите много бржим коракom него пораст националног дохотка. Усавршени методи економског и социјалног планирања помажу осветљавању ових дивергентних развојних путева и указују на опасност кризе која прати развој социјалног осигурања у таквој ситуацији, коју често отежава чињеница да је развој у великој мери аутономан. У ствари, извесни фактори који проузрокују трошкове промичу контроли финансијских стручњака. На пример, то се дешава када је реч о демографском порасту и његовим последицама на расподелу старосних група међу становништвом, што утиче на број и потребе заштићених лица, затим, приликом наглог избијања болести, што на извесно време повећава трошкове здравствене заштите, или приликом промена у психологији друштва, што се опет одражава на коришћење и злоупотребу система социјалног осигурања. Поред ових неконтролисаних фактора повећања трошкова, независно од унапређивања стандарда заштите, тражење посебних извора средстава изискује свесне напоре и жртве, понекад изузетно велике.

Трећи вид проблема карактеристичан за кризу социјалног осигурања, односи се на могућу неусаглашеност социјалних импликација институција социјалног осигурања и филозофије традиционално усвојене и присутне у тој области. Иако је то понекад тешко схватити, овај аспект веома је важан у односу на будућност социјалног осигурања пошто, можда чак и више него тренд ка општем и ефективном осигурању, одређује дугорочне могућности одржавања и развоја социјалног обезбеђења. Ове неусаглашености блиске су земљама у развоју, у којима представљају најозбиљнију препреку настављања прогреса до сада постигнутог. Тешкоће се манифестују или у релативној несагласности у принципу између религиозних веровања или политичких мишљења, с једне стране, и циљева социјалног осигурања, с друге, или чешће у дивергентности која, у ствари, постоји између развоја средине и класичних функција ове институције. То се може видети, на пример, у сектору који преовлађује у обичајном праву по којем сигурност дохотка нема значаја у економији минималног стандарда. Тешкоће у погледу социјалног осигу-

рања за сеоско становништво у земљама у развоју под утицајем су дивергентности институције, карактеристичне за индустријска друштва, и социјалне средине у којој већина становништва није тренутно обухваћена секторима модерне економије. Други значајни вид ове дивергентности односи се на прилагођавање административним потребама наметнутих радом нових грана заштите, преузетих из других земаља у новостворене нације. Овај аспект, међутим, није својствен само социјалном осигурању, јер се односи на сваку организацију административног типа. Сем тога, потешкоће те врсте изгледа да ће се постепено решавати у току нормалне еволуције друштва.

Мада су ова неслагања уочљива у земљама у развоју она се сразмерно срећу и у богатијим земљама. Традиционална филозофија индивидуалистичког либерализма дуго је успевала да спречи у неким развијеним земљама напредовање социјалног осигурања, које је заправо било удружено у социјализацији ризика и индивидуалних или породичних трошкова, што је изгледало супротно општеприхваћеним принципима. Отпор таквом начину мишљења осетно је слабији, али је могуће да оно поново искрсне у новим облицима какви се свуда јављају у западној Европи. Понекад се, у ствари, сматра да концепт социјалног осигурања, који се јавио у току последњег светског рата под утицајем историјских околности, које су захтевале поделу ризика и трошкова чланова заједнице чији је опстанак био у питању, а и строгу расподелу средстава за опстанак у економици сиромаштва, није више погодан у новим околностима такозваног друштва изобиља. У таквим друштвима пораст друштвеног стандарда већине омогућио би онима који су заинтересовани да сносе појединачно и добровољно одговорност за властито осигурање, док би социјално осигурање, као обавезан систем колективних гаранција, углавном био планиран за сиромашнија лица, слично пружању помоћи у преиндустријским друштвима. Није мање карактеристично за ову неприлагођеност ситуацији непријатељско реаговање према социјалном осигурању неких делова средњих класа, посебно међу категоријама радника који нису надничари који одбијају да прихвате колективизацију ризика и обавеза унутар националног система осигурања, док то обично прихватају у корист мањих група које су већ у релативно повољнијем положају. Однос који се развија између структуре класе и прихватања социјалног осигурања убедљив је доказ да извесни облици социјалног раслојавања, чије су последице оштро одвајање социјалних група, неповољно утичу на развој општег и јединственог система заштите. Отуда садашња криза социјалног осигурања води порекло не толико у настављању традиције либерализма, колико у неолиберализму новообогачених друштава, која се приближавају илузији изобиља,

када њихова класна структура добија особине главног узрока раслојавања, у одсуству било каквог нивелирања политичке, социјалне или економске природе. У сваком случају, несталност присутна у кризи друштвених вредности, широко прихваћених од претходне генерације, не ограничава се само на кругове традиционално непријатељски расположене према свим облицима социјализације; она одражава, у ствари, у много дубљем смислу оспоравање идеала солидарности који је приметно ослабио у колективној свести. Криза напретка тежи да се оптерети на тај начин и кризом савести.

Различити видови проблема који упоредо објашњавају моменталну кризу социјалног осигурања, односе се у различитој мери на земље са релативно високо развијеним системима, исто као и на земље које су још увек на почетку организовања мреже социјалне заштите. Иако је то парадоксално, ова критична ситуација изгледа да је акутнија у првој групи земаља, пре свега због трошкова институције која се већ толико проширила да укључује читаву националну заједницу, а и због тежине финансијских проблема које одатле произлазе. Међутим, у тим земљама проблеми ове врсте припадају изричито социјалном осигурању као институцији и, мада су одраз бројних чињеница карактеристичних за стање околине у целини, они се могу у принципу одвојити и третирати према сопственој важности, пре свега у односу на будући сталан пораст националног дохотка. У земљама у развоју, напротив, потешкоће на које наилази социјално осигурање од самог почетка, тј. од увођења, само су један вид општег стања неразвијености, који парализује напоре мање богатих друштава да достигну виши животни стандард. Услед тога, могућности напредовања социјалног осигурања као институције веома су ограничене, а проблеми који се у том погледу јављају део су бројних потешкоћа свих врста које нападају младе земље и компромитују њихове могућности развоја. У овим земљама треба свакако тражити посебна решења и у области социјалног осигурања, али поред тешкоћа да се пронађу, таква решења тешко могу донети приметне резултате уколико се упоредо не одвија одговарајући напредак на општем плану. Врло је вероватно да у овој области акутни знаци кризе тачно не изражавају стварну тежину ситуације. У једном случају ситуација је, без сумње, последица кризе напретка, понекад праћена кризом савести; док је у другом случају то знак почетничке слабости повезане са неразвијеношћу, због чега у анализи треба бити веома опрезан. Отуда аналогije засноване на површним анализама захтевају опрезно објашњење, пошто општи чиниоци немају увек исто значење или вредност у различитим срединама.

Социјално осигурање је на посебан начин доказ раскорака између животног стандарда сиромашних земаља и земаља које прелазе из благостања у изобиље. Раскорак је посебно уочљив у односу на број лица обухваћених социјалним осигурањем и скалу обухваћених ризика. Међународне статистичке студије, које се односе на област примене система социјалног осигурања или њихове упоредне трошкове, веома убедљиво илуструју ове разлике. У ствари, системи социјалног осигурања, о којима је реч, не припадају истом степену развоја, мада су се неке шеме у земљама у развоју срећом појавиле раније под утицајем много развијенијих система, посебно у погледу методе организације. Поред тих изузетака сиромашније земље грчевито се боре да прилагоде за своју употребу, макар у неколико грана, концепције и методе социјалног осигурања за запослена лица, или неке категорије међу њима које представљају мањи део становништва. Међутим, много напредније земље улазе у савремену еру социјалног осигурања, коју карактерише тражење свеобухватног и ефективног осигурања у оквиру националних система социјалне заштите. Из тога произлази у земљама које су у неповољнијем положају сужено ширење социјалног осигурања, које непотпуно врши своју функцију, и то према ограниченим, дакле привилегованим групама. Треба истаћи, такође, да су ова ограничавања релативно више наглашена него што су била у европским земљама у периоду социјалног осигурања који је одговарао напреднијем нивоу индустријализације и обухватања релативно већег броја запосленог становништва.

У овим условима напредак социјалног осигурања у сиромашнијим земљама био би веома спор уколико би и даље зависио од економског напретка у земљи у којој се спроводи. Када најразвијенији системи постигну беспрекоран стандард, што се свакако неће скоро остварити, не може се са сигурношћу тврдити да ће неједнакост, на очигледан начин како се она данас манифестује, бити дуже време прихваћена од тренутка када буде боље схваћена. Тако се јавља у области социјалног осигурања на међународном нивоу један посебан проблем који није још достигао обим праве кризе, али је јасно да ће бити главни чинилац поред свих осталих фактора који делују у том правцу у условима неразвијености.

Ова скица заснива се на читавом низу координираних хипотеза о развоју социјалног осигурања убудуће, а на основу текућих активних тенденција. При томе се посебно имају у виду могући услови који ће постојати у новој техничкој и друштвеној средини формираној на националном и међународном нивоу. Условљено намером да се прикаже оно што ће бити, ово истра-

живање се, углавном односи на веома развијене земље, за које није могуће, да би се предвидела будућност социјалног осигурања, користити примере засноване на историјском искуству које је имало вредност преседана. Овде, такође, треба узети у обзир и мање развијене земље за које није сигурно да ће неизоставно следити социјални развој трасиран од земаља које су раније покушале да уз помоћ сопствених средстава пређу пут од напретка до развоја. Без сумње, предстојећа стратегија односиће се на могуће, или у најбољем случају вероватне шеме изложене двострукој критици, тј. уколико су више одређене садашњим тенденцијама мање је вероватно да ће такве бити, а што се више удаљују од објективних основа утолико је вероватније да ће изгледати нереално. Међутим, труд није свакако узалудан уколико смо од почетка свесни његових граница. Иако није могуће предвидети даљи развој, покушаћемо макар донекле да сагледамо будућност, чије представљање чини елемент детерминације који се не сме занемарити. Такво представљање много је прихватљивије него чести обичаји гледања у будућност с погледом унатраг. У најгорем случају намера ће бити за похвалу уколико, пре него што подучимо како да сагледа будућност уз помоћ бољих инструмената, припремимо планера да гледа на праву страну.

II ПЛАНОВИ (СИСТЕМИ) СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

1. Шема система социјалног осигурања

Релативно је лако скицирати у грубим цртама шему система социјалног осигурања, који ће се евентуално појавити као последица садашњих активних тенденција у развијеним земљама, уколико се остали елементи не промене. Ова примедба не би требало сувише да нас изненади уколико се има у виду општа усмереност напредних система, која се у ствари јасно формира под утицајем основних тенденција свеобухватности и ефикасности социјалног осигурања. Комбиновани притисак ових тенденција на институције које су се развиле почев од заједничких фондова социјалног осигурања или фондова за социјалну помоћ, прилагођене ширем циљу модерне доктрине социјалног осигурања, ствара представу о системима сложене структуре, без обзира да ли су интегрисани или не, који удружују принципе и методе различитог порекла. Ови, пак, делују заједно у служби низа циљева различитих нивоа: на једној страни, основне заштите загарантоване свим држављанима или чак свима који су настањени; поред тога, основна заштита

за све активно становништво у виду примања степенованих у односу на ранију зараду, имајући, при том, у виду издржаване чланове породице и ограничавање у посебним случајевима преко одређеног износа износ давања или зараде које се узимају у обзир за обрачунавање давања у свим уобичајеним ризицима, који утичу на радне могућности или способности. Најзад, постоји и додатна заштита секторског или експерименталног карактера институционасана у форми додатних или посебних шема за категорије које су у ситуацији да себи обезбеде већу накнаду у посебним непредвиђеним случајевима, посебно за случај инвалидности, старости или смрти, или за било које друге разлике за које се не добија заштита за коју би се могло сматрати да је довољна на нивоу већ за то одређеном. Сложена структура ових система последица је издвојене позиције оних који полажу право на заштиту, што се одражава на ограничавање заштите, као и повећање давања која се пружају зависно од нивоа зарада на основу рада и висине доприноса. Њихова мешовитост произлази из чињенице да они повезују концепције и технике социјалне помоћи, које треба да се интегришу на нижем нивоу са социјалним осигурањем, које одговара основном нивоу битном за обезбеђење примања и најзад са колективним старањем које се успостаља на вишем нивоу. Интегрисани или неинтегрисани карактер тих система одражава се само на то да ли је њихова организација јединствена или разноврсна, у одређеном моменту развоја, пошто у суштини то не погађа њихове битне основе. Међутим, свака тако велика и различита структура на крају ће захтевати пажљиву координацију у односу на концепт и примену таквих система у којима су различити нивои међусобно повезани.

Ова груба скица је готова општа шема система социјалног осигурања који ће, следећи правац који се већ назире, настојати да поприме облик социјалне степенасте пирамиде засноване на потпуно националној основи. Остаје нам да опишемо садржај и распоред шеме, што ће, такође, бити одређено истим основним тенденцијама. Основна заштита представља преко потребно обезбеђење доступно целокупном становништву у погледу здравствене заштите и свих непредвиђених ризика у којима зараде и томе одговарајући доходи нису довољни да надокнаде потребе појединаца или породичне групе. Ови облици обезбеђења састоје се од компензационих доходака као што су породична давања, државне пензије које се обезбеђују из јавних фондова и негативни порези на доходак. На овом нивоу то је питање опште или допунске заштите намењене да обезбеди свим заштићеним лицима право на здравље и средства за живот, у складу са доктрином социјалног осигурања изнетом у извештају Беверица о социјалном осигурању и сродним службама. У прелазном перио-

ду заштита је намењена да осигура свим радницима, без обзира да ли су запослени или не, регрес када зараде на основу рада подбаце из било којих разлога и поред залагања особе о којој је реч, одређивањем што је могуће ближег или пожељнијег односа између ове две врсте накнаде. На том нивоу у питању је посебно осигурање дохотка по основу рада у складу са концепцијом о социјалном осигурању изложеном у Препоруци бр. 67 Међународне организације рада. Најзад, на вишем нивоу заштите секторског или експерименталног типа уочљиви су напори за колективним стварањем и за истраживањем нових или посебних облика заштите. Социјални домет овог модела манифестује се у општој основној заштити заснованој на потреби за све становништво; проширењем гарантовања зарађеног дохотка на основу рада за све радно активно становништво у случају настајања општег смањења или губитка зарада, као и у ефективности заштите градиране од социјалног минимума за опстанак до потпуног осигурања зарађеног дохотка, усклађеног за захтевима и могућностима колективне заштите, укључујући осигурање дохотка у краткорочним ризицима.

III НОВЕ ДИМЕНЗИЈЕ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

Следеће истраживање еволуције социјалног осигурања у новоиндустријализованом друштву не би требало помешати са планирањем идеалног система који би требало да исправља неједнакости и несугласице у постојећим системима. Сасвим је сигурно да не треба покушавати решити потребе сутрашњице теоријским методама актуелним данас. Уз то, неједнакост развоја, иако је прилично смањена, биће без сумње довољна да ограничи међународну примену идеалног система или евентуално да наметне решење за много праведнију расподелу привилегија изобиља. Будућност социјалног осигурања требало би посматрати пре у односу на нову техничку и друштвену, националну и међународну условљеност, којој би требало прилагодити и социјално осигурање да би задржало свој "raison d'être" и унапредило своју корисност. Истраживање би требало стога да се одлучно ограничи на основне усмерености које се односе на функције и структуру институције.

1. Функције

У односу на основну функцију социјалног осигурања – које, као што се обично мисли треба да обезбеди, у оквиру колективних система заштите, сигурност дохотка и надокнаду за трошкове издржаваних чланова породице у случају да се изгуби запослење или ако оно није довољно – најпре треба скицирати промене и развој који ће се вероватно десити у новоиндустријализованим друштвима. У светлу оријентација које се могу запазити, а изгледа да ће бити у складу са природом ових нових друштава, могло би се десити да се функција колективног осигурања прилично развије изменом његових елемената уз посебно наглашавање његових нових функција у односу на прилагођавање средини, допунска примања и задовољавање друштвених тежњи. Ово могуће мењање функција социјалног осигурања без сумње ће угрозити традиционално монолитни карактер социјалног осигурања, али, са друге стране, то може и да га прилично обогати, тј. да га прилагоди новим техничким и социјалним условима, без штете по евентуално поједностављење структуре.

Задовољство изобиљем и дисциплина организације, што се заједно може сматрати особеностима новоиндустријализованог друштва, неће спречити опсежност и неједнаку брзину социјалних промена захваћених таквим развојем. Интензивност и ритам ових промена, које ће вероватно трајати током дугог и критичног периода, захтеваће формирање извесне "инфраструктуре прилагођавања" намењене фаворизовању пожељних промена и редуцирању њихове људске цене. Социјално осигурање, које већ донекле представља грубу скицу инфраструктуре такве врсте, тежи да се још отвореније развије у овом правцу у већини земаља у којима техничке промене мењају друштвену средину већом брзином. Обнова система заштите у случају незапослености значајнији је показатељ овог развоја, уколико претендује да прати структуралне промене у привреди или да им чак претходи, како би спречила њихове штетне последице на раднике. Отуда идеја активне политике социјалног осигурања постаје стварност, што произлази из подешавања социјалним потребама и последицама техничког развоја.

То представља почетак значајне промене у ранијим концепцијама о социјалној заштити, која је сматрана углавном делимичном накнадом за штетне последице остваривања ризика и као помоћ у случају потребе. Ове концепције важиле су посебно у европским земљама, у којима је индустријализација

зација претходила увођењу социјалног осигурања. Са друге стране, у земљама у развоју, социјално осигурање преузело је такву функцију од почетка, тј, да подстакне прилагођавање радне снаге индустријализацији. Ова промена правца посебно је значајна ако се узме у обзир потреба за проширењем функције опште заштите социјалног осигурања, развојем његових додатних функција у смислу подешавања социјалним променама, које прате трансформацију друштава отворених техничком напретку, утолико пре што ризици, обухваћени по правилу на основу искустава индустријских друштава, међају важност у корист нових друштвених ризика, док се техничке помоћи, или превентивне модификују. Даље, свим старосним групама потребна је помоћ у прилагођавању новој средини и сви видови заједничког живота постепено треба да се прилагоде захтевима нове цивилизације. Поред ризика губитака или промене запослења, што је већ поменуто, постоје и многи други примери потребе да се поставе границе прилагођавању. Социјално осигурање може успешно помоћи да се то спроведе заједно са другим одговарајућим социјалним институцијама. Такви примери су хуманизација преласка са традиционалне у савремену околину, интеграција младих и старих, прилагођавање миграната, стручних кадрова и најугроженијих категорија радно-активног становништва, и увођење радника делимично ослобођених радних обавеза у цивилизацију слободног времена.

Други вид вероватне промене функција социјалног осигурања односи се на развој његове функције у односу на допунске зараде. Његова општа функција у осигурању примања испуњена је, с једне стране, задржавањем накнаде у свим признатим ризицима када изостане зарада на основу рада, и са друге стране, обезбеђењем допунских примања када се за зараде или накнаде сматра да су недовољни да подмире потребе породице. Историјски гледано ова два метода осигурања дохотка јавила су се један за другим. Најпре је социјално осигурање у различитим облицима осигуравало раднике од низа ризика који су угрожавали њихову способност и могућност за рад, путем накнада које су сачињавале давања одређена на основу зараде. Затим, обезбеђивање допунских примања постаје нужно у случају породичних додатака, који у ствари у очима послодаваца представљају допунску зараду. Касније су породични додаци општеприхваћени као породична примања усклађена према зарадама, или не, да би се на тај начин узеле у обзир и породичне потребе. Идеја допунских примања ближа је техници помоћи него социјалном осигурању, пошто узима у обзир стање потребе пре него однос између давања и зарада. Могло би се стога рећи да социјално осигурање није ограничено на допунска примања од породичних додатака, већ настоји,

тежећи ка задовољавању потреба пре него компензацији ризика, да прошири област допунских примања, посебно у односу на осигурање за старе особе, где циљ свеобухватности оправдава прихватање посебних давања која нису заснована на доприносу, а одређена су на минималном нивоу за све особе које немају право на пензије у форми накнада за раднике на крају радног века. Другим речима, утврђивање минималних давања за различите ризике, посебно оне које проузрокују дугорочне бенефиције, проширује појам допунских примања на нове случајеве.

Није, међутим, тачно да је развој допунских примања пролазна фаза коју су наметнуле околности као неопходну. Веома је вероватно да ће у новим индустријским друштвима деловати јаке снаге у супротном правцу. Са једне стране, у тим друштвима старање о групама у мање повољној ситуацији, које неће уживати привилегије изобиља, требало би нормално да буде обухваћено додатним мерама које ће постати још неопходније уколико разлике између ових група и група у повољнијој ситуацији порасту. Са друге стране, у дугорочном периоду, у друштвима у којима ће производни рад имати тенденцију да смањи број физичких радника, захваљујући ширењу аутоматизације и методе информације, структуралне потешкоће могу захтевати ширење допунских примања која ће обезбедити социјално осигурање извесним категоријама становништва, евентуално лишеним одговарајућих зарада од рада: таква социјална примања у извесној мери ће се разликовати од давања заснованих на раду. У том погледу, одговорност социјалног осигурања за одређивање допунских примања требало би убудуће да се прошири. То би требало да постане или главна функција институције, према мишљењу оних који сматрају да ће друштво изобиља бити обележено враћањем на традиционалан модел помоћи, или што је вероватније, помоћ би требало да се интегрише као посебна функција институције. У сваком случају, овај правац развоја у великој мери условљаваће социјалне могућности новоиндустријализованог друштва компензирањем чинилаца који узрокују неједнакост у овим друштвима, на чију структуру не може а да не утиче њихова техничка снага. Слична тенденција може се појавити и у земљама у развоју, уколико социјално осигурање успе да се донекле прошири на већину група које још увек недовољно зарађују или имају само минимална средства за живот.

Последњи, али не и мање важан, вид могућег мењања функција социјалног осигурања односи се на прелазак од задовољавања потреба на задовољавање социјалних тежњи. Овај нови степен у развоју подсећа на претходни који је пређен наступањем модерне доктрине о социјалном осигурању, када је задо-

вољење основних потреба сваког члана организованог друштва уведено као глобални циљ политике социјалног осигурања, уместо заштите радника против социјалних ризика карактеристичних за индустријализоване средине, каква је била конципирана у епохи социјалних осигурања. У историјским аналозијама, сугерисаним овим институционалним променама, не би требало, међутим, предвидети знатно ширење и трансформацију циљева заштите, обухваћеним мењањем социјалног осигурања од задовољавања потреба до задовољавања социјалних аспирација. Појам потребе, попут појма аспирације, представља заједничку усмереност која се развија у оквиру схватања да се друштво одржава својим дужностима, као и влашћу. Разлика између ова два појма изгледа да је пре у природи него у степену, уколико се обимност аспирација посматра у односу на потребе. Када буде осигурана накнада штета узрокованих социјалним ризицима, и када основне потребе буду задовољене захваљујући одговарајућем развоју система социјалне заштите до нивоа постигнутог у развијеним земљама, а и када се узме у обзир прилагођавање које захтева новоиндустријско друштво, боље ће се уочити корективни карактер ових система у односу на неједнакости материјалних стања односно доходака, који су резултат психолошких или социјалних узрока, чије су последице супротне нормама цивилизације рада. У исто време биће откривене нове димензије опсежне политике социјалног осигурања, које су везане у бити, осим за централну али елементарну функцију заштите, за превентиву и социјални напредак.

Најбољи облик заштите свакако је превентива, али много треба урадити да превентива нађе право место у друштву. Најбоље поље за социјалну превентиву је народно здравље, чијем је унапређивању социјално осигурање допринело многим успешним акцијама у већини земаља, у којима су се његова давања осећала навелико прилично дуго времена на широкој основи. Међутим, постоје и друге области, посебно помоћ породици или старима, помоћ за стицање квалификације или за преквалификацију, помоћ у социјалном прилагођавању и интеграцији, чија истраживања и актуелна искуства побуђују интерес. Осим тога, превентиву у свим својим разноврсним облицима, који су бројни колико и социјални ризици, требало би логично сматрати за приоритетни вид социјалне заштите, којем је све остало подређено. То је супротно идејама и пракси које су још увек доста распрострањене, а према којима се превентива своди на напоре за обештећење. Што се тиче социјалног напретка, то је други правац у којем ће активна политика социјалног осигурања највероватније ширити своју заштитну функцију, да би прилагодила појединца у новоиндустријском друштву новој цивилизацији која га окружује. У том

домену јављају се, такође, понекад изоловани знаци углавном у облику образовања намењених да фаворизују пораст на техничком и културном нивоу. Тешко се може сумњати у то да ће друштва, у којима су наука и техника основни фактори у развоју, урадити све што могу у погледу обезбеђивања социјалних услова који би одговарали њиховој култури, и уз праксу која би одговарала њиховом технолошком развоју. Веза је, отуда, учвршћена између функције социјалног осигурања да обезбеђује накнаде и његове функције у задовољавању социјалних аспирација, јер осигурање примања младих генерација у току стицања квалификација припада истовремено обема функцијама. Слично томе, врста социјалне помоћи специјализоване за рад у породици, за рад у кући или за време празника, које постепено шире домен деловања фондова породичних бенефиција, отварају пут акцији социјалне заштите према унапређивању услова породичног живота и развоју активности у слободном времену. Са тачке гледишта друштвеног напретка, иницијативе ове врсте, иако су још увек ограничене и повезане са функцијом допунских примања преко породичних додатака, требало би убудуће да се ослободе од те, у ствари, искључиво финансијске функције да би представљале један од основних видова политике друштвеног образовања и стварног изједначавања животних услова. Најзад, проблеми регулисања наталитета и оптималне равнотеже породица и генерација захтевају нове форме социјалне помоћи тесно повезане са напредовањем појединца и задовољавањем његових аспирација. Ових неколико примера довољни су да покажу да би дијалектика социјалног осигурања, пошто слобода зависи од превентиве као и од социјалног напретка, могла условити слободу у избору осигурања, усмеравањем социјализације акумулисаних средстава богатијих друштава, од задовољавања потреба ка задовољавању социјалних аспирација. То је у складу са преношењем материјалних вредности на људске и културне вредности, које би требало да карактерише прелазак са индустријског у новоиндустријализовано друштво.

2. Структуре

Еволуција структура социјалног осигурања може се посматрати с аспекта нових функција, које ће јој бити придодате и техничких средстава, која ће јој бити на располагању. Није, међутим, сигурно да ће захтеви у погледу ових функција бити у складу с обимом средстава на такав начин да ће вероватно промене у структурама социјалног осигурања следити исти правац. Насупрот томе, изгледа да ће ове промене бити везане за акцију дивергентних снага, које ће убудуће структуре морати да уравнотеже, узимајући у обзир хумане

циљеве институције о којој је реч. Постоји отуда опасност од појаве противуречности, посебно између тенденција о унификацији и диверзификацији, централизацији и децентрализацији, бирократизацији и индивидуализацији.

Стална расправа о унификацији и диверзификацији структуре социјалног осигурања води порекло у публикавању Беверицове доктриналне концепције о јединственој заштити као једном од основних принципа социјалног осигурања. Даљи развој система, међутим није пратио без отпора ову јединствену и рационалну идеју, тако да цепање режима и институције више карактерише садашње стање социјалног осигурања него тенденција ка уједињавању, иако се таква тенденција може срести у неким земљама. Да би се осветлио наступајући развој у том погледу, низ чињеница треба узети у обзир, чије последице могу тежити у једном или другом правцу. У првом случају, технички чинилац без сумње ће претегнути у смислу уједначавања структура, колико због пораста обимности доступне опреме, толико и услед усаглашених захтева за степеном искоришћења и за снижење трошкова управљања. То је већ преовладало у низу земаља које су у великој мери реализовале унификацију структура социјалног осигурања, на пример, у Великој Британији и неким земљама источне Европе. У другим земљама аналогна тенденција се појављује било у координацији одвојених режима, било да су у питању основни или допунски, или у регруписању националних шема, или најзад у поједностављењу режима конституисаних на моделу социјалних осигурања. Отуда је координација основних режима на професионалној основи на дневном реду у Латинској Америци, а координација допунских пензијских режима у Француској. Белгија је пре кратког времена постигла унификацију пензијских режима најамних радника, док је Холандија генерализовала режиме старосних и инвалидских пензија праћене поједностављењем у разврставању грана заштите апсорпцијом гране несретних случајева на послу и професионалних болести у сродне гране болести и инвалидитета. Слично томе, интеграција ранијег система помоћи у систему социјалног осигурања Уједињеног Краљевства представља нови корак у правцу унификације структура. Коначни исход ове оријентације је наговештен предлозима који се односе на негативан порез на примања, а који треба да осигура минимални доходак у свим околностима, без обзира на ризик, путем примене фискалне технике на давања. У том погледу, главни смер оријентације не може бити оспорен, јер је без обзира на чињеницу што се одлично слаже са традиционалном функцијом гаранције дохотка коју преузима социјално осигурање, потпомогнут усавршавањем техничких метода администрације.

Насупрот томе, диверзификација структура социјалног осигурања изгледа да боље одговара лепези нових функција које предстоје овој институцији. Разноврсност циљева требало би, нормално, да захтева одвојена средства за интервенцију, која ће, без сумње, бити координисана. Међутим, она ће се тешко прилагодити једноставности и јединству класичне функције обезбеђења примања, која делује у различитим гранама социјалног осигурања. То објашњава зашто се уједначавање структура може развијати у овом сектору, док је њихова диверзификација вероватнија за друге секторе. У ствари, диверзификација не искључује тражење јединства концепција на вишем нивоу целокупне социјалне политике, којој ће социјално осигурање моћи да допринесе јединству, али која ће дозволити различите структуре. Али, јединство тенденција, иако је битно ради стварања нове институције, не би требало помешати с јединством организације.

Остале чињенице односе се на централизацију и децентрализацију структура социјалног осигурања. Тај проблем разликује се од претходног пошто се среће како у унифицираној структури, тако и у диверзификованој структури, пошто је повезан са локализацијом центра или центара одлучивања, која треба да буде одређена у сваком посебном случају бољим степеном корисног деловања система. У односу на традиционалну улогу социјалног осигурања, тј. осигурање дохотка, тешко се може сумњати да ће велико усавршавање техничких метода у администрацији бити усмерено према централизацији. Централизација администрације пензијског система, као што је урађено у САД, упркос броја осигураних лица, није била имуна, без сумње, према таквим техничким разматрањима. Сличан систем пензије преовладао је у Великој Британији и земљама источне Европе, и то најпре у јавној администрацији, а затим у неким случајевима у области синдикалне администрације. У Француској је недавном реформом централизована пензијска администрација на националном нивоу. Систем те врсте очигледно је сагласан са административном, исто као и са аутономном структуром, као што показују две узастопне фазе остварене у источној Европи. Ови примери односе се, међутим, само на дугорочна давања, чија администрација захтева у принципу појединачну ликвидацију и понављање идентичних операција плаћања. Међутим, ништа не спречава да се предвиди ширење овог система централне администрације и на сва плаћања у готовом, у светлу пораста капацитета електронске опреме, нових техника, као и коришћења ове опреме ради уштеде времена. Такви изгледи за будућност не укључују обавезно симплификацију средстава законодавства, јер сама хармонизација административних метода, у односу на коришћену опрему, може бити довољна да осигура

функционалност система. Отуда би се применом машина могла, евентуално, решити позната дилема традиционалне администрације у социјалном осигурању између потребе за једноставношћу, која фаворизује учинак службе и захтева за правичним решавањем, које иначе може проуроковати компликације, као последице појединачних ситуација. Међутим, машина неће исцрпсти људске проблеме у социјалном осигурању.

Пошто техника централизације постаје све потребнија, могао би се стећи утисак да би децентрализација структура социјалног осигурања требало да буде све пожељнија, посебно у односу на тежњу за хуманизацијом ове институције. У том погледу постоји опасност од недовољне деконцентрације, иако се њена вредност, која се прихвата у пракси, тешко може оспорити на широком пољу примања, информисања и контакта са заштићеним лицима. Децентрализација, која укључује мултипликацију и аутономију одговорних центара изгледа да је веома добро прилагођена новим функцијама подешавања и задовољавања социјалних аспирација, чије испуњење захтева директан контакт са интересентима и одговарајућа средства за интервенције у посебним случајевима. Али, та функционална разматрања нису једина која оправдавају децентрализовану структуру социјалног осигурања у извесним правцима. Таква структура није мање значајна за развој интереса заштићених чланова заједнице истоветним јачањем њиховог осећања одговорности и ефикасним учествовањем у систему администрације. Ова усмереност изгледа да уважава мотиве оснивача социјалног осигурања, који су прихватили изворну структуру инспирисану традицијом друштава узајамне помоћи. Та ће традиција, без сумње створити основ за посебну концепцију администрације социјалног осигурања која ће се разликовати од осталих облика администрације. Поштовање ове концепције захтева јасно разликовање њених намера од средстава, а уз то треба имати у виду да се заснива исто толико на савести колико и на организацији. Најзначајнији резултат, који се са разлогом може очекивати од децентрализације структура, биће признавање људског фактора у социјалном осигурању. Без тог основног противсредства, социјално осигурање се излаже великом ризику да се изгуби у негативном систему пореза, под утицајем конвергентних техничких притисака према унификацији и централизацији.

Најзад, трећи спрег снага тежи да супротстави бирократизацију и индивидуализацију у структури социјалног осигурања. Бирократизација се понекад сматра као патолошка особина административних организација, изражена у расцепу структура и функција. У том смислу, било каква административна

структура која престаје да буде функционална постала би због те чињнице бирократска. Организација социјалног осигурања, попут сваке друге друштвене организације, изложена је таквом изопачивању и ризик се повећава старењем институције уколико се њене структуре благовремено не прилагоде функцијама. Опасност је посебно озбиљна у погледу социјалних институција, али то се ипак може спречити или избећи, посебно ако се има у виду утицај тенденције према диверзификацији и централизацији. Стога, најозбиљнија опасност од бирократије у социјалном осигурању није превасходно у том патолошком виду, већ произлази из одвојености од корисника и ниподаштавања његових личних потреба, што је последица глобности организације и генералне примене правила великих бројева. У овом домену, такође, развој техничких метода администрације повољно утиче на ову врсту бирократизације, која се добро подешава, уосталом, традиционалним функцијама социјалне заштите. Према томе, одељење које ради на осигурању примања не би имало потребу да познаје лично своје кориснике, а исто тако корисник не требао да има било какав директан контакт с одељењем. Банка или фонд националног социјалног осигурања може одлично да обавља функцију задуживања и кредитирања износа својих клијената, без било каквог контакта са њима. Истина је, међутим, да досадашња искуства администрације социјалног осигурања не откривају савршену бирократизацију; али, савршена бирократизација је можда скривени знак фундаменталног разилажења између корисника и институције, која би у том случају престала да служи свом хуманом циљу.

Претеран бирократизам требало би, нормално, да нађе лек у повећаној индивидуализацији структура социјалног осигурања. Ова реакција могла би се врло лако десити, пошто то одговара и потребама нових функција, као што је прилагођавање околини и задовољавање социјалних аспирација. У том погледу могло би се очекивати да се индивидуализација исказе у односу на актуелне специјалне проблеме појединаца и могућности да се пронађе посебно решење за сваки од њихових проблема. Када је реч о поједницу очигледно је да постоје ограничења за такву амбицију на граници прихватног и породичног домена. Али, важно је да би те границе требало интересенти сами слободно да одређују, а не да то зависи, како се често дешава, од њиховог незнања, предрасуда или нехатности социјалних организација које су им на располагању. Са гледишта институције, индивидуализација захтева систематско коришћење социјалних радника и остваривање органске повезаности између активности социјалних служби и стандарда, као и циљева социјалног осигурања. У том погледу ширење социјалне заштите, које је

попут рада у здравству потпуно индивидуално, могло би се лако сматрати убудуће као основна функција институција социјалног осигурања. Дакле, социјално осигурање ће заиста наћи свој хумани тон богаћењем свога утицаја директним доприносом психолошкој сигурности, која захтева, такође, одређени квалитет људских односа.

3. Међународни аспект

У овој студији о будућности социјалног осигурања не може се заобићи међународна димензија ове институције. У прошлости утицај социјалног осигурања на међународном нивоу огледао се, углавном, у форми спонтаних или усмерених нормативних или техничких акција међународних организација које, међутим, нису доводиле у питање национални оквир успостављања и развоја система. Дакле, овај традиционални облик солидарности требало би, несумњиво, да се шири у блиској будућности, с једне стране због прогреса економске интергације на регионалном нивоу, а са друге, под притиском захтева у корист непосредније интервенције на пољу међународне сарадње.

Регионална економска интеграција захтева хармонизацију социјалних давања, као елемента у укупним трошковима рада, у смислу одржавања конкурентског положаја националних привреда унутар нове интегрисане заједнице. Интеграција се не ограничава на ослобађање и оживљавање међународне конкуренције, већ тежи да још више модификује услове равнотеже ранијих односа, доводећи у тешњу везу ниво зарада и усмерености социјалних захтева. У одсуству спонтане хармонизације у порасту, интеграција би могла да успори или чак да заустави развој социјалног осигурања у најразвијенијим земљама или барем у онима у којима методе финансирања намећу високе обавезе на трошкове производње. Само планираним усаглашавањем на регионалном нивоу могу се избећи сличне неповољне последице, вођењем система социјалног осигурања одговарајућим диференцираним ритмом у условима различитих путева развоја. Међутим уколико спољни утицаји спречавају или стимулишу, или напротив, уколико постоји међународна акција за хуманизацијом социјалног осигурања, изгледа да ће се основне одлуке у том домену у све већој мери доносити ван традиционалног националног оквира, без предрасуде у погледу неопходних адаптација, у интересу којих је важно очување погодне разноликости у реализацији и нарочито пожељних могућности у иновацијама.

Још важнији фактор на међународном нивоу у социјалном осигурању појавиће се, изгледа, ускоро из неједнакости развоја. Процес социјалног осигурања не може се односити претежно на развијене земље, а да се даље не шири јаз, а тиме повећава и опасност, која их у тој области, као и у многим другим, одваја од мање развијених земаља. Није много вероватно да ће ове земље бити за дуго задовољене економским растом који не прати социјални развој уз одговарајуће легитимне захтеве, пошто се социјални напредак показује све више као суштински пратилац избалансираног економског раста. Отуда политика међународног развоја, усмерена према ефективној редукцији неједнакости и не може бити ограничена само на економске аспекте раста, већ се мора бавити и социјалним аспектима развоја. Препоручљиво је, очигледно, селекционирање ових друштвених аспеката, делимично у функцији избора сваке заинтересоване земље, а делимично у складу са њиховом релативном корисношћу за стратегију развоја. Социјално осигурање играће веома корисну улогу у овој стратегији, прво због његових директних деловања на прилагођавање, адаптацију и одржавање људског фактора, а и због индиректног утицаја на што равноправнију расподелу резултата напретка. Ова преоријентација међународне помоћи захтеваће у области социјалног осигурања изборе у односу на првенство циљева и промене у методима реализације. Да би се ограничила на битне циљеве вероватно је да ће политика у здравству и демографска политика представљати важне правце међународне интервенције у области социјалног осигурања, и то у мери у којој се несумњиво ради о проблемима од међународног интереса, који су већ прихваћени као такви и чије ургентно решавање изгледа неће ускоро бити постигнуто у мање развијеним земљама. Тако би могло да се зачне остваривање проширене солидарности у димензијама људског рода, а у нивоу социјалног развоја, с циљем да се интегришу пролетерске нације у међународну заједницу новоиндустријске ере, на исти начин као што су раније пролетерске класе биле интегрисане у национална друштва индустријске ере.

IV ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Ова прелиминарна размишљања користиће, макар, да се одвоје две супротне илузије: будућност неће, изгледа, подразумевати ни ишчезавање социјалног осигурања ни задржавање ове институције у виду у каквом је ми познајемо данас. Изгледа пре да ће социјално осигурање претрпети дубоке промене истовремено у смислу испуњавања тенденција које га подстичу, а и прилаго-

ђавања новом свету који се очекује. У тој перспективи класична дискусија о институционалној концепцији социјалног осигурања данас је већ превазиђена. Еволуција потреба и идеја захтеваће и проширену концепцију у домену социјалне акције и солидарности, тако да се структурира и унифицира гаранција дохотка, с једне стране, и да се развију њене логичне консеквенце у смислу превенције појединачног и колективног напретка, с друге стране; а и да се уз то продужи организовање општељудског нивоа путем социјалне кооперације на међународном плану.

Треба, свакако, подвући да је такво истраживање само по себи немоћно да проникне у будућност. Оно може у најбољем случају допринети да се боље разграниче појмови, чији је значај, на изванредан начин, нов за социјалну политику, постављањем разлике између могућег, вероватног и пожељног. Чврсто уоквирено са два претходна овај последњи појам тежи да да нову вредност избору цивилизације која омогућује сваку концепцију социјалног осигурања. Нико не би смео да претендује на то да је овај избор слободан, али ко би могао да оспори користи једног боље осветљеног избора. Прецизно речено, студија будућности омогућује да се одреде услови, опције и облигације социјалног развоја који изгледа да води свеснијем усаглашавању концепција и метода заштите, с једне стране, и колективних вредности и тежњи, са друге стране, на националном и међународном нивоу.

Не би се могло сматрати неуспехом у сагледавању будућности ни то што су ова гледишта неизвесна, а ни то што нас она наводе на неку врсту интуиције засноване на прошлости. Заиста, док су се аутори најрадикалнијих предлога у погледу реформе јавне помоћи у неколико наврата приближили и сувише упрошћеној идеји опште гаранције доходака, најпре крајем револуционарног периода у Француској, с уписивањем Обвезница националне добротности предвиђених законом од 11. маја 1794. године, затим у Енглеској са познатом одлуком Спинхамледа од 6. маја 1795. године, с циљем да се систематски надокнађује недовољност надница уз вођење рачуна о величини породице, представници утопистичке мисли све време су ишли за својим сном о човеку ослобођеном физичких и социјалних принуда средине и помиреног са самим собом. Фуријеве идеје, које су процват личности заснивале на "гарантизму", вероватно сугеришу у овом тренутку теме које су најподесније за истраживање будућности. Са своје стране, оне нас пре приближавају прорицању него предсказивању, откривањем тог парадоксалног напона између колективне организације и хуманих постигнућа, који условљава прогрес социјалних институција. Тако изгледа да се еволуција социјалног осигурања усмерава у

функцији супротних кретања, од којих га једне све више удаљавају од његових традиционалних техника, док га друге сигурно поново воде ка самом извору његовог првобитног надахнућа. У тој контрадикцији испољава се виталност институције, чији је најбољи јемац будућност у констатацији да она није престала да се самоостварује.

Prof. Dr. Aleksandar Petrović, LL.D
Associate Professor

Social Insurance – DE LEGE LATA and DE LEGE FERENDA

Summary

These preliminary considerations will, at least, set apart the two distinctive delusion: the future is most unlikely to bring about the extinction of social insurance, nor will this institute be retained in the form as we know it today. The institute of social insurance is more likely to undergo profound changes in line with the supportive on-going trends and adjust to the new circumstances. With this perspective in mind, a traditional discussion on the institutional concept of social insurance today may already be regarded as outdated. The genesis of needs and ideas will require an extended conception in the domain of social action and solidarity which is, on one hand, to structure and unify the guarantee of income and, on the other hand, to develop its logical consequences pursuant to individual and collective development, and simultaneously continue organizing the general human welfare through social welfare cooperation on the international level. Thus, social insurance seems to be evolving in the opposing directions, some of which make social welfare diverge from the traditional approach whereas others take it back to its original sources. This contradiction actually demonstrates the vitality of this institution, the best future guarantee of which is the assertion of its perpetual self-realization.

Key words: insurance, social welfare, social insurance, social protection, social welfare law, social security.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Проф. др Борис Кривокапић

ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА БЕЗБЕДНОСТ И
САРАДЊУ У ЕВРОПИ И ЗАШТИТА
МАЊИНА

UDK 341.1:341.234

Рецензент: Проф. др Зоран Радивојевић

Апстракт

Рад се бави питањем улоге и значаја Организације за безбедност и сарадњу у Европи (ОЕБС) у заштити етничких мањина. С тим у вези, прво је у најкраћим цртама изложен развојни пут ОЕБС и дат преглед његових најважнијих органа и институција и њихових специфичних задужења, да би затим посебна пажња била посвећена нарочито важним институтима, конкретно, Канцеларији за демократске институције и људска права (ОДИHR) и Високом комесару за националне мањине. У посебном одељку дат је преглед најважнијих докумената КЕБС/ОЕБС од значаја за заштиту етничких мањина, при чему је указано на њихова конкретна решења.

У оквиру закључних разматрања писац прво издваја неколико равни у којима је очигледан допринос КЕБС/ОЕБС заштити мањина. Одмах за-

тим, он истиче и постојање одређених слабости, у првом реду чињеницу да досадашња пракса показује да се ОЕБС, а посебно његов Високи комесар за националне мањине преваходно бави положајем мањина у источноевропским односно бившим социјалистичким државама. Ово и поред чињенице да озбиљне међуетничке тензије и сукоби, испади и насиља на расној и етничкој основи, као и друге негативне појаве ове врсте постоје и у многим државама тзв. западне Европе. И поред тога, без обзира на изнете и друге могуће примедбе, аутор закључује да нема сумње да су ОЕБС и његови документи и институције, а међу њима посебно Високи комесар за националне мањине, одиграли и даље играју значајну улогу у унапређењу заштите мањина у Европи.

Кључне речи: ОЕБС, заштита националних мањина, Високи комесар, Оквирна конвенција, Европска повеља.

Проф. др Борис Кривокапић¹

ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА БЕЗБЕДНОСТ И САРАДЊУ У ЕВРОПИ И ЗАШТИТА МАЊИНА

I. ОД КЕБС ДО ОЕБС

Данашња Организација за безбедност и сарадњу у Европи (ОЕБС) настала је 1995. године, прерастањем у ту регионалну међународну организацију дотадашње Конференције о безбедности и сарадњи у Европи (КЕБС).²

КЕБС је био по много чему јединствен процес вишестраног преговарања и договарања о безбедности и сарадњи у Европи, започет у доба "хладног рата" у циљу смањивања напетости и оживљавања међусобног поверења и сарадње. Рођен је тако што је након мултилатералних консултација и обимних припрема, у Хелсинкију од 30. јула до 1. августа 1975. одржан међународни скуп о безбедности и сарадњи у Европи, на којем су поред свих европских држава (сем Албаније) учествовале још и САД и Канада. На крају

¹ Научни саветник у Институту за упоредно право (Београд) и ~~hhhhh~~ професор Правног факултета Универзитета Српско Сарајево.

² Скраћеница КЕБС није најподеснија, јер сугерише да је изведена из назива "Конференција о европској безбедности и сарадњи", што, с једне стране, не одговара преводу са енглеског и других званичних језика (нпр. енгл. *Conference on Security and Co-operation in Europe*), док с друге, погрешно сугерише да се ради о затвореном процесу између европских држава (а реч је, напротив, о односима у вези са безбедношћу у Европи, али уз учешће САД и Канаде, а касније и других ваневропских земаља). Ипак, та скраћеница је у употреби у нашем језику из сасвим практичних разлога - "КЕБС" је далеко лакше за изговор него "КБСЕ", како би иначе требало да гласи скраћени назив Конференције.

Конференције шефови држава или влада земаља учесница потписали су Завршни акт којим су утврђени основни принципи КЕБС и постављени темељи за његов даљи развој.

У годинама које су уследиле, одржана су четири састанка континуитета КЕБС (у Београду 1978, Мадриду 1983, Бечу 1986, Хелсинкију 1992. г.), неколико састанака "прегледа", као и више тематских конференција, састанака експерата, форума, семинара и сл. Тиме се КЕБС, који је првобитно био замишљен као једнократни преговарачки скуп, претворио у процес односно у непрекидан низ разноврсних састанака и других контаката.

Прекретницу за даљи развој КЕБС представљало је усвајање Париске повеље за нову Европу (1990), којом су, поред осталог, дефинисане сталне институције и механизми КЕБС. Даље јачање институција и структура КЕБС извршено је на самиту у Хелсинкију (1992), да би убрзо у Стокхолму (1992) била уведена и функција генералног секретара КЕБС, а затим су успостављена и нека друга нова тела (Стални комитет КЕБС, секретаријат и др.).

У складу са таквим јачањем институција и структура КЕБС, на самиту шефова држава или влада у Будимпешти 5-6. децембра 1994. године донета је одлука о претварању КЕБС у Организацију за безбедност и сарадњу у Европи (ОЕБС).³ Промена имена важи од 1.1.1995. и од тог датума, све што се односило на КЕБС сматра се да важи за ОЕБС.

Док је КЕБС био организован као једнократни преговарачки скуп 33 европске и 2 америчке државе (САД и Канаде), Организација за безбедност и сарадњу у Европи има у чланству чак 55 држава и представља највећу регионалну организацију за безбедност, која се, како се то често и радо истиче, простире се од Ванкувера до Владивостока и обухвата државе Европе, Централне Азије (некадашње републике бившег СССР) и Северне Америке (САД и Канада).⁴

³ Енгл.: *Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)*. За све врсте информација о ОЕБС види веб сајт Организације: <http://www.osce.org/> одакле су преузети и многи овде изложени подаци.

⁴ Чланице ОЕБС су: Албанија, Андора, Аустрија, Азербајџан, Беларус, Белгија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Грчка, Грузија, Холандија, Хрватска, Ирска, Исланд, Италија, Јерменија, Канада, Казахстан, Кипар, Киргистан, Латвија, Лихтенштајн, Литванија, Луксембург, Мађарска, БЈР

Основни циљ тако створене Организације је да буде главни инструмент за рано упозоравање и спречавање сукоба и управљање кризама у региону, као и за поправљање стања после конфликта.

Као што се често с правом примећује, ОЕБС је организација за тзв. “меку безбедност”. Тиме се жели рећи да она није одбрамбени савез (какав је нпр. НАТО), нити систем колективне безбедности (какав су Уједињене нације). Ово постаје јасно само по себи када се има у виду да ОЕБС не поседује војна средства нити овлашћења за предузимање принудних мера према државама. Другим речима, Организација, сама по себи, нема моћ да војно прискочи у помоћ нападној чланици, нити да силом наметне мир. У таквој ситуацији ОЕБС настоји да очување и унапређење безбедности и сарадње у Европи оствари другим методама. Њен основни циљ је постизање безбедности и стабилности за све чланице, путем њиховог сталног дијалога, са ослонцем на основне вредности демократских друштава са тржишном привредом и на владавину права и поштовање људских права.

С тим у вези, одмах треба приметити да је одавно уочено да се стварна безбедност може постићи само свеобухватним приступом и напорима не само на војном и безбедносном, већ и на разним другим пољима, међу којима и на пољу заштите људских права. У том смислу још је Завршни акт из Хелсинкија (1975), којим је и отпочет читав процес који је довео до настанка ОЕБС, а који је формулисао десет основних принципа (тзв. “декалог”),⁵ којима се уређује понашање између држава учесница, али и однос влада према онима који се налазе под њиховом јурисдикцијом, поделио те принципе у три

Македонија, Малта, Молдавија, Монако, Немачка, Норвешка, Пољска, Португалија, Румунија, Русија, Сан Марино, Сједињене Америчке Државе, Словачка, Словенија, Србија и Црна Гора, Света Столица, Шпанија, Швајцарска, Шведска, Таџикистан, Турска, Туркменистан, Уједињено Краљевство, Украјина, Узбекистан.

⁵ Ти принципи садржани су у у првом делу Завршног акта који носи назив “Декларација о принципима којима се државе учеснице руководе у својим међусобним односима”, а формулисани су као (тј. то су називи одговарајућих одељака у којима су ова начела разрађена): 1) суверена једнакост, поштовање права својствених суверенитету, 2) уздржавање од претње силом или употребе силе, 3) неповредивост граница, 4) територијални интегритет држава, 5) мирно решавање спорова, 6) немешање у унутрашње послове, 7) поштовање људских права и основних слобода, укључујући слободу мисли, савести, вероисповести и уверења, 8) равноправност и право народа на самоопредељење, 9) сарадња међу државама, 10) савесно испуњавање обавеза по међународном праву.

основне тематске целине (тзв. “корпе”) међу којима су упоредо са питањима војне природе (прва корпа) и питањима која се тичу економије и животне средине (друга корпа), посебно утврђени и принципи који се односе на људска права и хуманитарне послове (трећа корпа, односно тзв. “људска димензија”).⁶

Тиме је учињен први корак ка развијању концепта “свеобухватне безбедности” који наглашава да је стварна безбедност могућа само као спој и веза између решавања класичних (војно-политичких) питања безбедности, али и људских права, економије и екологије. Не треба трошити снагу на доказивање да нерешени озбиљни проблеми у материји људских права (нпр. грубо кршење права мањина) и те како могу оптеретити међународне односе и угрозити безбедност у региону. Исто важи и за друге релевантне групе питања.

Ова идеја о “свеобухватној безбедности” тј. о недељивости безбедности у ужем смислу од других са њом повезаних проблема, присутна је свих ових година у раду КЕБС/ОЕБС. Тиме је, поред осталог, јасно истакнута и свест о томе да је поштовање људских права, а међу њима посебно права припадника националних мањина, од суштинског значаја за постизање и очување мира и безбедности у Европи.

Осим што је на описани начин “свеобухватан” (тако што води рачуна о три димензије безбедности: војно-политичкој, економско-еколошкој и људској), приступ ОЕБС је, како се често подвлачи, “кооперативан”, у смислу да све државе учеснице имају равноправан статус, те да се одлуке доносе консензусом.⁷

⁶ Најпростије речено, ова решења била су резултат компромиса између интереса источноевропских држава, предвођених Совјетским Савезом, и земаља Запада на челу са Сједињеним Америчким Државама. Док је Исток настојао да постигне дефинитивно признање граница у Европи, какве су скројене после Другог светског рата, Запад је инсистирао на формалном признању људских права и основних слобода као законитог предмета интересовања у међусобним односима.

⁷ У овде коришћеном значењу, консензус (лат. *consensus* – слагање, пристанак) је начин одлучивања у међународним организацијама који се састоји у усаглашавању ставова путем консултација, дискусије и преговарања, све док се не постигне општа сагласност о одређеном питању. У том случају одлучује се без гласања, обично тако што председавајући, након одржане дебате сачињава закључке који се, уколико се ниједан учесник не изјасни против њих, сматрају одлуком.

Одлуке ОЕБС нису правно обавезне, али имају велику морално-политичку снагу.

Седиште ОЕБС је у Бечу. Организација, међутим, има и одређене институције у Копенхагену, Женеви, Хагу, Прагу и Варшави.

II. НАЈВАЖНИЈИ ОРГАНИ ОЕБС

1. Преглед најважнијих органа и институција ОЕБС

Организација има веома сложену структуру коју чини низ различитих органа и тела. Главне институције и структуре ОЕБС данас представљају:

- *Састанци шефова држава или влада* (самити), који се одржавају по правилу сваке две године. На њима се на највишем политичком нивоу утврђују приоритети и оријентација ОЕБС;

- *Министарски савет* (раније: Савет КЕБС). То је централно тело ОЕБС за доношење одлука и управљање. Чине га министри иностраних послова земаља учесника. Састаје се по правилу једном годишње, при крају истека мандата председавајућег, осим у години када се одржава самит шефова држава или влада;

- *Високи савет* (заменио Комитет високих функционера КЕБС) састаје се, по правилу, најмање два пута годишње у Прагу, с тим да се додатни састанак одржава пре састанка Министарског савета. Расправља и утврђује политику и опште буџетске смернице. Државе учеснице представљене су на нивоу политичких директора или на одговарајућем нивоу;

- *Економски форум*. Високи савет се једном годишње састаје као *Економски форум* да би дао политички подстицај дијалогу о преласку на и развоју слободних тржишних привреда као битног доприноса демократији, да би предложио практичне кораке за развој система слободног тржишта и за економску сарадњу, и др. Ови састанци по правилу трају кратко и концентришу се на две до три теме;

- *Стални савет* (раније: Стални комитет КЕБС) је редовно тело за политичке консултације и доношење одлука. Може бити сазван и за хитне потребе. Састављен је од сталних представника држава учесница. Састаје се сваке седмице у Бечу;

- *Форум за сарадњу у области безбедности* је стално тело за преговоре о контроли наоружања, разоружање и изграђивање поверења и безбедности. Састаје се сваке седмице у Бечу;

- *Актуелни председавајући* је министар иностраних послова државе којој у датом периоду припада место председавајућег. Он сноси укупну одговорност за координацију и извршне акције у оквиру текућих послова ОЕБС. Његов мандат нормално траје једну годину, тако да се сваке нове године смењују (ротирају) председавајући из разних држава;

- *Тројка*. Актуелном председавајућем у испуњавању његових задатака помажу његов претходник и наследник на функцији. Они раде заједно као Тројка, с тим да актуелни председавајући задржава одговорност за те задатке и извештаје о активностима Тројке Министарском савету, Високом савету и Сталном савету;

- *Лични представници*. Приликом решавања кризе или сукоба, актуелни председавајући може, у циљу обезбеђивања подршке, по свом нахођењу, одредити личног представника са јасним и прецизним мандатом. У таквој ситуацији, актуелни председавајући обавештава Стални савет о намери да именује личног представника и о мандату. У извештаје Министарском савету или Сталном савету, актуелни председавајући укључује информације о активностима личних представника као и евентуалним њиховим запажањима или примедбама;

- *Парламентарна скупштина*. Чини је више од 300 посланика из земаља учесница. Основна улога Скупштине је да обезбеди парламентарно учешће у активностима Организације, посебно путем разматрања питања и усвајања резолуција и препорука од значаја за рад ОЕБС. Тиме се остварује веза између оне стране ОЕБС коју чине представници влада и, с друге стране, представника изабраних вољом гласача држава учесница. Сагласно Пословнику Скупштине, главни задаци тог органа су: 1) оцена остваривања циљева ОЕБС од стране држава учесница, 2) расправљање питања покренутих током састанака Министарског савета и самита шефова држава или влада, 3) развој и

унапређење механизма за спречавање и решавање сукоба, 4) подршка јачању и учвршћењу демократских институција у државама учесницама ОЕБС, и 5) допринос развоју институционалних структура ОЕБС и односима и сарадњи између постојећих институција ОЕБС. Ради остваривања ових задатака Скупштина користи низ средстава, међу којима се истичу завршне декларације и низ резолуција које се усвајају на крају сваког годишњег заседања, рад разних комитета, остваривање разних програма, и др. Декларације и резолуције Скупштине достављају се Министарском савету и актуелном председавајућем ОЕБС, као и националним парламентима држава учесница, чиме се скреће њихова пажња на важна питања, посебно она која се тичу обавеза презетих у оквиру ОЕБС. Секретаријат Скупштине налази се у Копенхагену;

- *Генерални секретар.* Генерални секретар ради под руководством актуелног председавајућег, делује као његов представник и подржава га у свим активностима усмереним ка остваривању циљева ОЕБС. Задаци генералног секретара обухватају управљање структурама и операцијама ОЕБС, тесну сарадњу са актуелним председавајућим у припреми и руковођењу састанцима ОЕБС, обезбеђење спровођења одлука ОЕБС, учешће на састанцима Тројке, надгледање рада Секретаријата ОЕБС, припрему годишњих извештаја Министарском савету, и др. Именује га Министарски савет консензусом на основу препоруке Сталног савета и актуелног председавајућег. Именује се на период од 3 године, с тим да се тај период може продужити за још један мандат од 2 године;

- *Секретаријат.* Налази се у Бечу, али има и канцеларију у Прагу. Под управом је генералног секретара и има четири одељења: (1) за опслуживање конференција (стара се о опслуживању конференција, превођењу, документацији, протоколу и сл.); (2) за администрацију и буџет (кадровска служба, финансијска питања и сл.); (3) за опште послове (бави се односима са јавношћу, публикацијама, односима са невладиним организацијама, припремом састанака тела ОЕБС, организацијом семинара, правним питањима, чувањем архиве, и др.) и (4) Центар за спречавање сукоба (одговоран за пружање подршке ОЕБС на пољу раног упозоравања, спречавања сукоба и управљања кризама; за оперативну подршку мисијама на терену, за банку података и др.). Канцеларија у Прагу служи састанцима Високог савета, чува архиву и бави се дистрибуцијом докумената;

- *Остала тела и институције.* Осим наведених, постоји и низ других тела и институција, као што су *Суд за мирење и арбитражу* (са седиштем у Жене-

ви), *Заједничка консултативна група* (стара се о имплементацији Споразума о ограничавању конвенционалних средстава у Европи, састаје се сваке седмице у Бечу), *Представник за слободу медија* (најмлађа установа ОЕБС, основана 1997) и др.

У пракси ОЕБС све више се користе разне мисије, које могу бити мисије за утврђивање чињеничног стања и тзв. мисије дугог трајања (ради прикупљања података о стању људских права, о војним збивањима, ради покушаја посредовања између сукобљених страна и сл.). Прва мисија дугог трајања установљена је 1992. г. Средином 2003. године било је активно 18 мисија у 16 држава.⁸

Мада у пракси многи од наведених органа и механизма могу на разне начине играти одређену, па и важну улогу у питањима заштите мањина, посебно место у том погледу припада *Канцеларији за демократске институције и људска права* и *Високом комесару за националне мањине*. Стога они заслужују да буду нешто детаљније приказани.

2. Канцеларија за демократске институције и људска права (ODIHR)

Канцеларија за демократске институције и људска права (енгл. скр.: ODIHR)⁹ представља главну институцију тзв. људске димензије ОЕБС.

Канцеларија је основана на основу Париске повеље за нову Европу (1990) као Канцеларија за слободне изборе, са задатком да ради на олакшавању контаката и размене обавештења о изборима у државама учесницама.¹⁰

На Другом састанку Савета КЕБС у Прагу (1992) одлучено је да се Канцеларији дају додатне функције и да се, у складу с тим, она убудуће зове Канцеларијом за демократске институције и људска права. Нови назив требало је да одрази проширење њеног мандата питањима људских права и демократизације.

⁸ У Албанији, Азербајџану, Беларуси, Босни и Херцеговини, Грузији, Хрватској, Јерменији, Казахстану, Киргистану, БЈР Македонији, Молдови, Србији и Црној Гори, Таџикистану, Туркменистану, Украјини и Узбекистану.

⁹ Енглески назив је *Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR)*. Понекад се на наш језик преводи и као Биро за демократске институције и људска права.

¹⁰ Париска повеља за нову Европу, *Нове структуре и институције у процесу КЕБС*, став 13.

Том приликом је прецизирано да Канцеларија, између осталог, треба да: организује сваке године у свом седишту један краћи састанак у циљу разматрања остваривања обавеза из области људске димензије КЕБС; служи као институционални оквир за размену информација о расположивој техничкој помоћи, експертизи и националним и међународним програмима у циљу пружања помоћи новим демократијама у грађењу својих институција; олакша контакте између оних који нуде такве ресурсе и оних који желе да их користе; развија сарадњу са Саветом Европе како би се искористила база података тих ресурса и услуга; успостави контакте са невладиним организацијама активним у области изградње демократских институција, у циљу омогућавања заинтересованим државама учесницама да користе њихове велике ресурсе и експертизу; олакша сарадњу у области обуке и образовања у дисциплинама релевантним за демократске институције; организује састанке и семинаре међу свим државама учесницама о темама које се односе на изградњу и оживљавање демократских институција, као што су краћи семинар о слободи средстава информисања, о миграцији и др.¹¹

Уз то, у циљу избегавања дуплирања рада, посебно у горенаведеним областима, министри су инструкисали Канцеларију да ради у тесној сарадњи са другим установама активним у области изградње демократских институција и људских права, посебно са Саветом Европе и Европском комисијом за демократизацију путем права.

На самиту у Хелсинкију (1992) утврђено је да ће Канцеларија, као главна институција људске димензије помагати у праћењу спровођења обавеза о људској димензији, као и у другим активностима у области људске димензије. Истовремено су прецизирани нови конкретни облици активности Канцеларије, при чему је, уз друго, предвиђено да ће она по потреби, обезбеђивати услове за рад Високом комесару за националне мањине. Посебно је истакнуто да активности у вези са питањима људске димензије које је преузела Канцеларија, могу, између осталог, да допринесу раном упозоравању при спречавању сукоба.¹²

¹¹ Други састанак Савета КЕБС, Прашки документ о даљем развоју институција и структура КЕБС, *Људска димензија*, пар. 10.

¹² Самит КЕБС у Хелсинкију (1992), Одлуке из Хелсинкија, VI Људска димензија, *Оквир за праћење поштовања обавеза КЕБС за унапређивање сарадње у људској димензији*, пар. 5-6.

Даље прецизирање улоге Канцеларије извршено је на самиту КЕБС у Будимпешти (1994),¹³ а затим у наредним годинама.

Проширење функција Канцеларије довело је до тога да је данас она ангажована на пружању помоћи државама учесницама у обезбеђивању пуног поштовања људских права и основних слобода, потчињавању владавини права, промовисању принципа демократије и изградњи, јачању и заштити демократских институција, као и промовисању толеранције у друштву.

Ближе гледајући, рад Канцеларије обухвата четири основне врсте активности:

1) Надгледање избора

Олакшавање контаката и размена информација о изборима у државама учесницама била је прва и једно време једина функција ове институције, због које је она својевремено и основана. Ова улога Канцеларије је очувана и данас.

У складу с тим, Канцеларија се, поред осталог, бави надгледањем избора у државама учесницама, у коју сврху ангажује дугорочне и краткорочне посматрачке мисије које у земљама учесницама надгледају примену принципа ОЕБС који се односе на изборе.¹⁴ У својим активностима у вези са изборима Канцеларија тесно сарађује са Парламентарном скупштином ОЕБС, као и са Парламентарном скупштином Савета Европе.

2) Помоћ процесима демократизације

Канцеларија пружа практичну подршку јачању демократских институција и поштовању људских права, као и јачању цивилног друштва и владавине права. Ово се врши, поред осталог, путем наменских пројеката и програма помоћи, који су усмерени на разне аспекте остварења владавине права, изградње цивилног друштва, помоћи при изборима, промовисања слободе кретања, обезбеђења равноправности полова, спречавања трговине људским бићима и

¹³ Самит КЕБС у Будимпешти (1994), Одлуке из Будимпеште, VII Људска димензија, *Јачање поштовања обавеза из КЕБС и унапређивање сарадње и дијалога у оквиру људске димензије КЕБС*, пар. 5-16.

¹⁴ Само у 1998. години Канцеларија је послала више од 1.500 посматрача да надгледају изборе у 12 земаља ОЕБС.

др.¹⁵ Тако нпр. када је реч о јачању владавине права, Канцеларија покушава да помогне у спровођењу правне реформе, како би се национално право држава учесница усагласило са захтевима ОЕБС и другим међународним стандардима; пружа подршку унапређењу правосуђа, између осталог, путем обучавања судија, тужилаца, адвоката, као и полиције и затворског особља; даје савете у вези са националним омбудсменима и другим институцијама држава које се баве људским правима; и др.

3) Тачка за контакт по питању Рома и Синти

Канцеларија, поред осталог, служи и као референтна тачка ОЕБС по питањима везаним за Роме и Синти. Наиме, на самиту у Будимпешти (1994) шефови држава или влада земаља учесница одлучили су да унутар Канцеларије установе једну тачку (пункт) за питања Рома. Том приликом прецизирано је да је задатак Канцеларије да:

- делује као место за размену информација о проблемима Рома, укључујући ту и информације о примени обавеза везаних за Роме;
- олакша контакте о питањима Рома и Синти (Цигана) између држава учесница, међународних организација и установа и невладиних организација;
- одржава и развија контакте поводом ових питања између институција КЕБС и других међународних организација и институција.¹⁶

Радећи у тесној вези са канцеларијама ОЕБС на терену и државама учесницама, али и релевантним невладиним организацијама, Тачка за контакт документује и анализира положај Рома и Синти у кризним ситуацијама. Посебно треба истаћи да је 1998. године именован саветник са задатком да ради на развоју програма усмерених на промовисање права Рома и Синти у земљама ОЕБС. Тиме је истовремено Тачка за контакт почела да се активније ангажује у смислу давања савета државама учесницама у вези са одређивањем њихове политике према Ромима и Синти, што, поред осталог, укључује и

¹⁵ 1999. године Канцеларија је реализовала више од 50 пројеката у 20 земаља

¹⁶ Самит КЕБС у Будимпешти (1994), Одлуке из Будимпеште, VII Људска димензија, Јачање поштовања обавеза из КЕБС и унапређивање сарадње и дијалога у оквиру људске димензије КЕБС, пар. 23-24.

пружање подршке учешћу представника Рома и Синти у процесу одлучивања на локалном, националном и међународном нивоу.

4) Надзор (мониторинг)

Једна од улога Канцеларије је и да доприноси раном упозоравању и спречавању сукоба посредством контроле извршавања обавеза преузетих од стране држава чланица у вези са имплементацијом људске димензије ОЕБС.

У складу с тим, посебна јединица Канцеларије за мониторинг прати и анализира стање у области људских права и начин на који се државе чланице придржавају обавеза које налаже људска димензија ОЕБС. На основу својих запажања ова јединица припрема извештаје и пружа савете директору Канцеларије и председавајућем ОЕБС, а посебно је овлашћена да онда када сматра да постоји озбиљно погоршање стања у области људских права, скрене на то пажњу председавајућем ОЕБС.

5) Остало

Поред наведеног, Канцеларија за демократске институције и људска права, делујући у саветодавном својству, учествује у дискусијама Високог и Сталног савета извештавајући у редовним интервалима о својим активностима и пружајући информације о питањима везаним за примену преузетих обавеза. Она служи и као место одржавања билатералних састанака, а такође и као канал за проток информација у оквиру механизма људске димензије, а посебно је ангажована на припреми и организовању разноврсних скупова у вези са имплементацијом обавеза држава учесница које се тичу људске димензије ОЕБС. У ред ових скупова спадају нпр. састанци о имплементацији људске димензије, годишњи семинар о људској димензији и допунски састанци о људској димензији. Канцеларија одржава контакте и сарађује са релевантним међународним и невладиним организацијама, одговарајућим телима Савета Европе; и др.

Данас Канцеларија има преко 50 запослених и активна је на простору Источне и Југоисточне Европе, Кавказа и Централне Азије. На њеном челу налази се директор, коме помажу заменици, лични саветник и друго особље. Седиште канцеларије је у Варшави.

3. Високи комесар за националне мањине

1) Опште информације о Високом комесару

Високи комесар за националне мањине је институција ОЕБС од непосредног, мада прилично специфичног значаја за положај и заштиту мањина.

Ова функција установљена је на самиту у Хелсинкију 1992. године. То је учињено уз уважавање чињенице да етнички конфликти све више представљају главни извор сукоба и угрожавања безбедности у савременој Европи. Ближе говорећи, непосредан повод били су крвави сукоби на тлу бивше СФР Југославије, који су изазвали оправдану бојазан да би се нешто слично могло поновити и у другим деловима Старог континента.

Високог комесара именује Министарски савет консензусом, на основу препоруке Сталног савета. Ово именовање врши се на период од 3 године, који се касније може продужити само за још један период од 3 године.

Мада би сам његов назив могао да наведе на другачији закључак, основни циљ Високог комесара није заштита мањина у складу са постојећим међународним стандардима. Он, дакле, не надзире начин на који државе учеснице извршавају своје међународне обавезе у вези са заштитом мањина.¹⁷ У складу са основним циљевима саме ОЕБС, његова улога се заправо састоји у спречавању сукоба реаговањем, у најранијој могућој фази, на конкретне мањинске ситуације које би могле да прерасту у сукоб на подручју ОЕБС и тако утичу на мир, стабилност или односе између држава учесница. На тај начин, Високи комесар је, пре свега, политички инструмент који, у случајевима када процени да проблеми који су везани за мањине могу да се отму контроли и запрете миру, безбедности и стабилности између држава, треба да се, у границама свог мандата, ангажује ради попуштања напетости и спречавања сукоба. Основна сврха овог института је, према томе, допринос очувању и јачању међународног мира и безбедности у региону, а не брига за мањинска права као таква.

¹⁷ С тим у вези, често се истиче да је овај институт Високи комесар о националним мањинама (енгл. *“High Commissioner on National Minorities”*), а не за националне мањине (*“for National Minorities”*). Ова термилошка разлика се у преводу на наш језик губи.

Уз наведено, мандат Високог комесара ограничен је и на друге начине. Најкраће речено, активности Високог комесара лимитиране су следећим основним правилима:

- 1) он је овлашћен да се бави само оним мањинским питањима која су везана за безбедност у региону,
- 2) из његовог мандата је изричито искључено разматрање кршења обавеза ОЕБС у вези са појединачним припадницима националних мањина,¹⁸
- 3) он не разматра питања националних мањина у ситуацијама које укључују организоване терористичке акте,¹⁹ и
- 4) он се не бави мањинским питањима у земљи чији је држављанин или у којој има место сталног боравка, или ако се ради о мањини којој он сам припада, осим ако се са тим сложе све непосредно заинтересоване стране.²⁰

Да би могао да испуни своје задатке, Високи комесар је овлашћен да прикупља и прима информације о питањима националних мањина; да посећује државе учеснице и лично комуницира са инволвираним странама у циљу добијања обавештења из прве руке; да оцењује природу затегнутости и њене последице по мир и стабилност, а такође и друга релевантна питања као што су недавни развој догађаја у региону, улога директно инволвираних страна и др.; да у непосредним контактима комуницира са заинтересованим странама и посредује, настојећи да унапреди дијалог, поверење и сарадњу међу њима. Ради у дискрецији и независно од свих страна директно умешаних у тензије.

Уколико утврди да постоји ризик сукоба може обезбедити “рано упозоравање” и, по потреби, “рану акцију”.

¹⁸ Тачка 5ц дела II Одлука из Хелсинкија (1992) гласи: “Високи комесар неће разматрати ни кршења обавеза КЕБС у вези са појединачним припадницима националних мањина.”

¹⁹ Тачка 5б Одлука из Хелсинкија.

²⁰ Тачка 5а Одлука из Хелсинкија гласи: “Високи комесар ће разматрати питања националних мањина која се јављају у држави чији је држављанин Високи комесар или у којој је стално настањен или где се ради о националној мањини којој Високи комесар припада, само у случају када се све директно умешане стране сагласе, укључујући и односну државу.”

Наиме, када, вршећи своје функције, на основу прикупљених података и контаката са односним заинтересованим странама, закључи да постоји *prima facie*²¹ ризик потенцијалног сукоба, Високи комесар може, уз потребно образложење, дати рано упозорење које актуелни председавајући одмах уврштава у дневни ред за следећи састанак Високог савета (некадашњи Комитет високих функционера КЕБС). Уколико, међутим, нека држава сматра да такво рано упозорење заслужује хитне консултације, она може иницирати процедуру познату као «Механизам за кризне ситуације».

С друге стране, Високи комесар може предузети "рану акцију" у најранијој могућој фази, поводом тензија у вези са питањима националних мањина, које се још увек нису развиле даље од фазе раног упозоравања, али по оцени Високог комесара имају могућност да прерасту у сукоб на подручју ОЕБС, утичући на мир, стабилност или односе између држава учесница, којима треба пажња и акција Савета и Високог савета.²² С тим у вези, Високи комесар може препоручити да буде овлашћен да ступи у даље контакте и тесне консултације са односним странама у циљу постизања могућих решења, на основу мандата о коме ће одлучити Високи савет.

У досадашњој пракси Високи комесар је избегавао да дâ прецизну квалификацију својих акција, тако да и прелазак са фазе "раног упозорења" на фазу "ране акције" није био довољно издиференциран. С друге стране, пошто је велики број његових активности у суштини представљао "рану акцију" (нпр. вишеструке посете односним државама), у таквим случајевима је изостала потреба за званичним "раним упозоравањем".

На тај начин, Високи комесар врши двоструку функцију: 1) утврђује и предузима кораке за попуштање напетости и 2) алармира ОЕБС у случају да такве затегнутости прете да ескалирају до нивоа када неће моћи да се

²¹ Латински: на први поглед. Израз којим се жели истаћи да садржина неког документа или поднети докази на први поглед делују уверљиво. Таква оцена, међутим, није коначна и у свако доба може бити напуштена ако на то наводе нове чињенице или поднети докази.

²² Одлуке из Хелсинкија (1992), II "Високи комесар за националне мањине", пар. 3. Приликом обраћања наведеној одредби, као уосталом, и свим другим одредбама донетим пре трансформације КЕБС у ОЕБС односно пре промене назива појединих органа, треба водити рачуна о томе да се конкретна решења читају и разумеју у светлу постојеће стварности (нове институције и структуре односно нови називи старих).

зауставе средствима која му стоје на располагању. Обе ове његове функције су од непосредног интереса и значаја за контролисање и уклањање насталих тензија односно за спречавање њиховог прерастања у сукобе и тиме угрожавање односно повреду мира и безбедности у Европи.

Свему реченоме треба додати и то да је предвиђена и тзв. “стратегија изласка” за оне ситуације у погледу којих Високи комесар оцени да прерастају у сукоб односно сматра да није у стању да се сам избори са њима (закључује да су могућности његове акције исцрпљене). Ако утврди постојање такве ситуације, Високи комесар је дужан да преко актуелног председавајућег обавести о томе Високи савет, како би се могле размотрити и по потреби предузети друге мере за спречавање сукоба. До сада, међутим, није било потребе да се прибегава овој стратегији.

Уколико се Високи савет ангажује на решавању неког конкретног питања, Високи комесар је дужан да, на захтев, информише и саветује Високи савет или неку другу институцију или организацију коју Високи савет може позвати, о акцијама које се могу предузети у вези са тензијама или сукобом.

2) Улога Високог комесара у заштити мањина

Иако се, према изложеном, не бави самом материјом положаја и права мањина, већ другим пословима (он је у суштини један од инструмената за постизање и очување безбедности), Високи комесар је, с обзиром на чињеницу да етничке напетости могу да доведу до ширих сукоба, развио праксу која на разне начине представља важан допринос заштити мањина у региону.

У сваком случају, битне карактеристике рада Високог комесара су: независност, непристрасност, сарадња и поверљивост (тзв. тиха дипломатија).

Пре свега, све аспекте рада Високог комесара карактерише изражена независност, без чега, уосталом, он не би ни био у стању да оствари улогу која му је намењена. Поред осталог, Високи комесар сам одлучује о томе у коју ситуацију да се укључи, када и на који начин то да учини. Ове одлуке су искључиво резултат процене Високог комесара и за њих није потребна никаква посебна сагласност ни институција и структура ОЕБС (па ни Високог или Сталног савета), ни државе (држава) о којој (којима) је реч. Томе треба додати да Стални савет и друге институције и структуре ОЕБС не

могу давати упутства Високом комесару или укидати његове одлуке. Не само да се овим Високи комесар штити од разних могућих облика притисака и условљавања, већ се тиме истовремено постиже још једна корисна последица - омогућава се да он делује брзо и, колико је могуће, ефикасно.

Чињеница да је Високи комесар независан у свом раду не значи и да је он независан било каквим правним и другим оквирима. Пре свега, он је дужан да се држи свог мандата, а посебно релевантних међународних стандарда. Позив на њих представља један од доказа да је Високи комесар односне кораке предузео на прави начин, а посебно да је поступио непристрасно.

Уз то, као само једна од институција и структура ОЕБС, Високи комесар није изнад Организације. Он је у крајњој линији одговоран ОЕБС-у и то преко његовог актуелног председавајућег. Њему подноси поверљиве извештаје о својим налазима и са њим може да се консултује пре сваке посете некој од држава учесница. Најзад, треба истаћи и то да Високи комесар може бити ефикасан (а тиме и његова улога оправдана) само у оној мери у којој ужива подршку држава учесница. Самовоља, непринципијелност, нестручност и други слични пропусти врло лако би могли да му ускрате ту подршку, а тиме и да доведу у питање целисходност постојања овог института.

Непристрасност би требало да се подразумева у раду сваког међународног органа и тела, па тако и Високог комесара. Имајући у виду сложеност и осетљивост питања о којима је реч, она је у овом случају истински неопходна. Било какво фаворизовање једне или друге заинтересоване стране не само да би осудило на пропаст све напоре Високог комесара, већ би истовремено компромитовало читав његов рад. Међутим, инсистирање на непристрасном приступу не значи да Високи комесар обавезно мора да подржава неко неутрално (средње) решење. Према томе, водећи рачуна о томе да се држи објективних критеријума, Високи комесар може да пружи подршку ставовима неке од заинтересованих страна, ако сматра да су они основани односно веродостојни.

Одмах треба истаћи да и поред тога што има прилично одрешене руке не ради произвољно. Он нема овлашћење да креира нека сопствена правила која би затим покушавао да наметне државама.²³ Напротив, у свом раду он се

²³ Више о томе, али и другим релевантним питањима: *United Nations Guide for Minorities, Pamphlet 9*, High Commissioner on National Minorities of the Organization

ослања на релевантна решења међународног права, посебно она која су садржана у разним уговорима закљученим под окриљем Уједињених нација и Савета Европе, као и све бројнијим билатералним споразумима.²⁴ Овоме свакако треба додати и политичке обавезе преузете у оквиру саме ОЕБС. Чињеница да се Високи комесар у свом раду, а посебно својим оценама и ставовима позива на конкретне међународне норме отклања могућност да он буде оптужен за произвољност и прављење сопствених аршина за праћење напретка на овом пољу, односно за пристрасност и прибегавање двоструким стандардима.

Високи комесар ради на дискретан, поверљив начин. Такав приступ дефинисан је његовим мандатом, а мотивисан је чињеницом да се у таквим условима рада лакше може задобити поверење супротстављених страна и, посебно, охрабрити сарадња међу њима у циљу превазилажења постојеће ситуације. Далеко је лакше трагати за правим, често компромисним решењем када се то врши без притиска јавности.

Једну од особености рада Високог комесара представља и то да се он у свом ангажману не ослања на некаква средства принуде односно наметања решења. Напротив, тежећи трајном превазилажењу сукоба он настоји да обезбеди сарадњу и разумевање свих учесника ради изналажења за све прихватљивог исхода.

Овоме треба додати да је Високи комесар окупиран не неким општим и апстрактним питањима, већ тражењем најповољнијих путева за превладавање конкретних проблема. Он се, дакле, не труди да изнађе некаква

for Security and Cooperation in Europe, 11 pp., на Интернету: <http://www.unhchr.ch/html/racism/01-minoritiesguide.html>; Packer J.: The OSCE High Commissioner on National Minorities, in: G. Alfredsson, J. Grimheden, B. Ramcharan and A. de Zayas (eds.): *International Human Rights Monitoring Mechanisms: A Textbook on How to Petition and Lobby International Organizations; Essays in honour of Jakob Th. Möller*, Kluwer Law International, The Hague 2001, pp. 641-656; Packer J.: The Role of the OSCE High Commissioner on National Minorities in the Protection of Human Rights, in: M. Vassiliou and H. Psomiades (eds.): *Human Rights in the 21st Century*, Human Rights Defence Centre, Ant. N. Sakkoulas Publ., Athens 2001, pp. 197-214, Kemp W. A. (ed.): *Quiet Diplomacy in Action: The OSCE High Commissioner on National Minorities*, Kluwer 2001; и тамо наведену литературу.

²⁴ Све државе учеснице ОЕБС су уједно чланице Уједињених нација, а велика већина их је истовремено и у Савету Европе.

универзална, за све случајеве погодна решења, већ настоји да пронађе и понуди солуције које најбоље одговарају датом случају.

У раду му помаже међународно особље које чини 10 саветника са седиштем у његовој канцеларији у Хагу.

3) Досадашњи рад Високог комесара

Посебно треба истаћи да мандат Високог комесара није прецизирао конкретна средства и методе помоћу којих он треба да оствари своје задатке. Стога је први Високи комесар²⁵ био у прилици да, ослањајући се на своје богато дипломатско искуство, сам развија начине и путеве за доследно остваривање своје улоге. На тај начин, за кратко време развијена је релативно богата пракса која подразумева како конкретне акције, тако и израду одређених докумената.

Поред осталог, Високи комесар је у више наврата давао препоруке државама чланицама ОЕБС у погледу њихове политике према националним мањинама и релевантних закона, посебно оних у домену језика, образовања, политичког учешћа или држављанства. У досадашњој пракси препоруке у вези са конкретним проблемима од значаја за положај националних мањина упућене су на адресе 14 држава.²⁶

Овај механизам састоји се у томе да на основу упознавања са чињеничним стањем, а посебно након посете односној земљи и разговора са представницима власти, опозиције и националних мањина, Високи комесар шаље влади те земље поверљиво писмо са својим закључцима и препорукама. Од владе у питању се очекује да одговори на ово писмо и да наведе мере које је предузела у циљу реализације добијених препорука. Када томе има места, Високи комесар упућује нову препоруку, која може да води новом одговору владе

²⁵ Први Високи комесар (од 1993. до 2001) био је Холанђанин Макс ван дер Штул (*Max van der Stoep*). Од 1.6.2001. године њега је наследио Ролф Екеус (*Rolf Ekéus*) из Шведске.

²⁶ Реч је о Албанији, Естонији, Хрватској, Казахстану, Киргистану, Латвији, Литванији, Мађарској, БЈР Македонији, Молдови, Румунији, Русији, Словачкој и Украјини. Текстови ових препорука могу се наћи на веб сајту Високог комесара: <http://www.osce.org/hcnm/documents/recommendations/>.

итд., што значи да, зависно од случаја, ова преписка може и да потраје.²⁷ Она је, међутим, поверљиве природе и постаје јавна тек на основу одлуке Сталног савета ОЕБС.

Осим препорука упућених појединим државама, Високи комесар може да издаје и опште препоруке и извештаје, посвећене конкретним питањима од ширег значаја. Тако је он још 1993. објавио посебан извештај о положају Рома у државама чланицама ОЕБС, да би 1999. године припремио Извештај о језичким правима припадника националних мањина на подручју ОЕБС (1999), а 2000. године Извештај о ситуацији у погледу Рома и Синти у подручју ОЕБС.

Уз наведено, Високи комесар је предузимао и предузима и низ других конкретних корака, као што су: охрабривање дијалога између заинтересованих страна у циљу проналажења за све задовољавајућег решења; организовање разних састанака; пружање саветодавних услуга; проучавање релевантног законодавства и праксе држава учесница, посебно у циљу изналажења оних елемената који могу да доведу до сукоба између односних власти и мањина; упознавање са пројектима релевантних прописа и политике и давање тим поводом својих запажања; и др. Имајући у виду да је често недовољно добро стање у пракси последица лоших економских и других прилика односно друштва, Високи комесар је настојао и повремено успевао да обезбеди одговарајућу финансијску и другу помоћ и подршку држава донатора и компетентних међународних институција ради обезбеђења остваривања конкретних пројеката.

Посебно треба истаћи да и поред чињенице да функција Високог комесара није установљена ради праћења поштовања од стране држава међународних стандарда у области заштите мањина, у пракси је овај орган у извесном смислу почео да се бави оцењивањем да ли су државе које желе да уђу у евроатлантске интеграције испуниле своје обавезе у овој материји.

У свом досадашњем раду Високи комесар се концентрисао на неколико група питања за која је уочио да се јављају у пракси великог броја држава и да спадају у најчешће изворе могућих сукоба. Ту спадају питања која се

²⁷ Види нпр. преписку Високог комесара са владом Румуније на Интернет адреси: <http://www.osce.org/hcnm/documents/recommendations/romania/index.php3>. Ова преписка је трајала неколико година и обухватила је више докумената са обе стране.

тичу: идентитета, држављанства, учешћа у политичком животу, образовања, културе и др. При томе је деловање Високог комесара било махом усредсређено на оне ситуације које се тичу припадника етничких група који чине већину у једној и националну мањину у другој држави. Ово зато што такве ситуације укључују посебне интересе најмање две државе и, с обзиром на осетљивости ових односа, представљају могући извор напетости, а тиме и евентуалног сукоба.

С тим у вези, имајући у виду да међународни стандарди заштите мањина често нису довољно јасни, што отвара простор за различита тумачења и могуће недоследности у пракси, Високи комесар је у три наврата затражио и добио помоћ међународно признатих експерата како би се путем генерално примењивих препорука објаснио садржај права мањина у посебним областима. Ове препоруке нису правно обавезне за државе, али зато имају велики морални и други значај и играју улогу смерница за државе код формулисања мера политике за мањине под њиховом надлежношћу у одговарајућим областима. То су: (1) Хашке препоруке у погледу права националних мањина на образовање (1996); (2) Препоруке из Осла у погледу језичких права националних мањина (1998) и (3) Препоруке из Лунда о ефикасном учешћу националних мањина у јавном животу (1999).

Наиме, већ током прве три године свог функционисања, Високи комесар је, на основу сакупљених искустава, запазио да је образовање мањина, посебно образовање на њиховом матерњем језику, од изузетног значаја за положај, па и сам опстанак мањина (да је «важан чинилац очувања и продубљивања идентитета припадника националних мањина»), али самим тим и за складне односе у државама и између држава.

С тим у вези, он је 1995. године замолио Фондацију за међуетничке односе²⁸ да затражи мишљење мање групе међународно признатих стручњака ради добијања њихових препорука о одговарајућој и доследној примени права на образовање на подручју земаља ОЕБС. Након што је таква експертска група оформљена (у њој су поред правних стручњака, у првом реду оних који се баве међународним јавним правом, били заступљени и лингвисти и педагози који се баве питањима мањина), одржано је неколико састанака, да би као резултат свега биле формулисане тзв. Хашке препоруке о праву националних

²⁸ Невладина организација установљена 1993. г. са циљем да пружа посебну помоћ Високом комесару.

мањина на образовање. Препоруке, које су, мора се признати, прилично концизне (укупно 21 став односно параграф), покушале су да једноставним језиком објасне шта све садрже права националних мањина у домену образовања и како се она могу применити у ситуацијама у којима делује Високи комесар за мањине. Уз препоруке дато је и знатно исцрпније Објашњење, које садржи позивање на одговарајуће међународне документе односно стандарде.

Пошто је ова иницијатива веома повољно оцењена, а саме Препоруке показале се као корисно средство које је послужило, поред осталог, као оквир приликом уобличавања политике и релевантног законодавства у многим земљама, Високи комесар је прибегла овом решењу још два пута. Тако су настале Препоруке из Осла о праву националних мањина на употребу сопственог језика и Препоруке из Лунда о ефикасном учешћу националних мањина у јавном животу. Важно је приметити да је у сва три случаја почетно полазиште на консултацијама експерата била претпоставка да државе поштују све остале обавезе из области људских права, посебно забрану дискриминације. Без тога би концентрисање на конкретне одабране проблеме било сасвим јалово.

III. ДОКУМЕНТИ КЕБС ОДНОСНО ОЕБС

Премда нису биле правно обавезне, одлуке КЕБС/ОЕБС су због своје велике морално-политичке снаге одиграле врло значајну улогу у међународним односима, а такође у одређеној мери утицале и на праксу појединих држава. Под окриљем КЕБС/ОЕБС донет је читав низ докумената од значаја за међународно право и међународне односе, као што су Завршни акт из Хелсинкија (1975), Париска повеља за нову Европу (1990), Уговор о конвенционалним снагама у Европи (1990), Конвенција о мирењу и арбитражи (1992), Документ о преговорима о мерама за јачање безбедности и поверења (1992), и разни други.

Први пут мањине су поменуте већ у *Завршном акту конференције у Хелсинкију (1975)*,²⁹ мада те одредбе, унете на предлог Југославије, суштински нису

²⁹ Conference on Security and Co-operation in Europe, *Final Act*, Helsinki 1975, (издање на 6 језика, енглески текст на пп. 73-135). За текст на српском језику види:

много значиле (остале су на нивоу решења члана 27. Међународног пакта о грађанским и политичким правима). Конкретно, осим забране дискриминације, поред осталог и према раси, полу, језику и вери; јамчења верских права и убеђења, у оквиру ВИИ начела (ст. 4) само је утврђено да ће државе учеснице на чијој територији постоје националне мањине поштовати право лица која припадају тим мањинама на једнакост пред законом, да ће им пружити пуну могућност за стварно уживање људских права и основних слобода и да ће штитити, на тај начин, њихове легитимне интересе у овој области.³⁰

Мада се мањине помињу и у неким другим одредбама (онима у којима је признат значај доприноса националних мањина и регионалних култура сарадњи држава учесница у области културе и образовања)³¹ и ту је стављена ограда у виду формулације «када такве мањине или културе постоје на њиховој територији», чиме је државама омогућена одступница и прилика да изиграју ове обавезе једноставом тврдњом да на њиховој територији односних мањина и култура нема.

Међутим, у годинама које су уследиле, КЕБС односно (након трансформације извршене 1994. године) ОЕБС, посвећује овом проблему далеко већу пажњу. Ово како због промењених политичких прилика у односима држава у Европи, тако и због тога што се све више увиђа да нерешени односи на подручју заштите мањина могу бити један од главних фактора ризика за избијање сукоба.

При томе, међу збиља бројним документима КЕБС односно ОЕБС и даље посебан значај припада оном који је усвојен у Копенхагену 1990. године, на Другом састанку Конференције о људској димензији КЕБС. Он се и данас сматра основним инструментом ОЕБС којим су утврђени стандарди у погледу заштите мањина.

Конференција о безбедности и сарадњи у Европи, *Завршни документ*, изд. Савезни комитет за информације, Београд 1975, 77 стр. или Документи КЕБС 1975-1995, ур. Б. Милинковић, Београд 1995, стр. 9-71.

³⁰ Види: Начело VII: "Поштовање људских права и основних слобода, укључујући и слободу мисли, савести, вероисповести и убеђења".

³¹ Види последње одредбе одељака 3 ("Сарадња и размена у области културе") и 4 ("Сарадња и размена у области образовања") у оквиру дела "Сарадња у хуманитарним и другим областима".

Њиме је на прилично свеобухватан начин уређена садржина мањинских права, при чему је изричито потврђено да поштовање права припадника националних мањина као дела општепризнатих људских права представља битан фактор мира, правде, стабилности и демократије у државама учесницама.

Ближе гледајући, Копенхашким документом (пар. 32) утврђено је да је припадност националној мањини ствар опредељења појединца и да такво опредељење не може довести ни до каквих неприлика.

Уз то прецизирано је да припадници националних мањина имају право да у потпуности и ефикасно остварују своја људска права и основне слободе без икакве дискриминације и уз потпуну једнакост пред законом, те да ће државе учеснице усвојити, где је потребно, посебне мере за обезбеђење пуне једнакости припадницима националних мањина са другим грађанима у остваривању и уживању људских права и основних слобода.

Поред тога, посебно су утврђена одређена сасвим конкретна права припадника националних мањина, као што су (пар. 32-35):

- право на слободно изражавање, чување и развој свог етничког, културног, језичког или верског идентитета и на неговање и развој своје културе у свим њеним аспектима, без бојазни од покушаја асимилације против њихове воље;
- право на слободну употребу свог матерњег језика приватно и у јавности, укључујући и право да на том језику шире, примају и размењују информације;
- право на оснивање и чување, у складу са националним законодавством, својих просветних, културних и верских институција, организација или удружења, са правом да траже добровољне финансијске и друге доприносе као и помоћ јавности у складу са националним законодавством;
- право на исповедање своје вере и вршење верских обреда, укључујући стицање, поседовање и употребу верског материјала и обављање верске образовне активности на матерњем језику;
- право на успостављање и одржавање несметаних међусобних контаката у својој земљи, као и контаката ван границе са грађанима других држава, с којима имају заједничко етничко или национално порекло, културно наслеђе или верска убеђења;
- право на оснивање и одржавање организација или удружења у својој земљи и учествовање у међународним невладиним организацијама;

- право на стварно учешће у јавном животу, укључујући учешће у пословима који се тичу заштите и унапређења идентитета националних мањина.

Изричито је утврђено да лице које припада националној мањини не може имати никакве неприлике због остваривања или неостваривања било којег од тих права.

Поред тога, прецизирано је да припадници националних мањина могу остваривати и уживати своја права појединачно као и у заједници са осталим припадницима своје групе. Тиме, међутим, нису призната и колективна права мањина као таква, посебно не право на сецесију, што се види већ из одредбе из пар. 37. којом је прецизирано да се ниједна од одредби овог документа не може тумачити тако да подразумева право на бављење било каквом активностима или на било какав поступак који би био у супротности с циљевима и начелима Повеље УН као и са другим обавезама на основу међународног права или одредбама Завршног акта, укључујући принцип територијалног интегритета држава.

Државе учеснице су се обавезале (пар. 33) да ће штитити етнички, културни, језички и верски идентитет националних мањина на својој територији и створити услове за унапређење тог идентитета, те да ће предузимати мере у том смислу након одговарајућих консултација, укључујући контакте са организацијама или удружењима тих мањина, све то у складу с принципима равноправности и недискриминације. Оне су преузеле и низ других обавеза, као што је нпр. то да настоје да обезбеде да припадници националних мањина имају адекватне могућности за наставу матерњег језика или на матерњем језику, као и, где је то могуће и неопходно, за употребу тог језика пред јавним органима у складу са одговарајућим националним законодавством (пар. 34).

Ова одређења су потврђена и даље разрађена у другим релевантним документима КЕБС односно ОЕБС, као што су Париска повеља за нову Европу (1990) и каснији документи.

О документима Високог комесара за националне мањине већ је било речи.

IV. ОЕБС И МАЊИНЕ

Као што је већ поменуто, још од самог свог настанка КЕБС, а затим ОЕБС посвећивао је дужну пажњу заштити људских права. Један врло важан део тога је свакако питање заштите мањина.

Истицање тзв. људске димензије КЕБС било је условљено како политичким разлозима (у доба хладног рата, када је Запад користио људска права као стратешко оружје против свог ривала), тако и објективном чињеницом да поштовање људских права има изузетан значај за постизање и очување међународног мира и безбедности.

С тим у вези, јасно је да је међу бројним и разноврсним људским правима чије би поштовање односно непоштовање могло да се позитивно или негативно одрази на међународне односе, а тиме и безбедност у региону, из више разлога посебно место припада поштовању и унапређењу права припадника националних мањина. Ово посебно у светлу чињенице да скоро све државе чланице ОЕБС имају на својој територији разне етничке мањине, које су не само врло бројне и разноврсне, већ су најчешће у суштини део већинског народа неке друге (обично, суседне) државе. Самим тим, несређени односи у вези са положајем мањина увек су стални потенцијални извор супротности, па и сукоба не само унутар појединих држава, већ и међу државама.

Када је реч о мањинама, допринос КЕБС/ОЕБС се огледа у више равни, од којих би бар неколико требало да буде ван спора:

1) обезбеђење и очување безбедности у Европи истовремено (само по себи) значи и стварање одређених претпоставки за нормалан живот мањина. Што је мање тензија и конфликта међу државама, то су реално мањи изгледи и за нарушавање права мањина. Као што, с једне стране, етнички сукоби угрожавају безбедност у региону, тако исто када дође до међународних трвења, то већ по логици ствари изазива негативне последице по међуетничке односе, тако да су у сваком конфликту међу првим жртвама најчешће управо припадници етничких и других мањина. И обрнуто, стабилност, мир и просперитет су плодно тло не само за развој сваког конкретног друштва, већ и за односе толеранције између различитих заједница и њихових припадника;

2) све активности које се предузимају у оквиру ОЕБС на пољу унапређења људских права уопште, истовремено на одговарајући начин служе и заштити мањина. Другим речима, напори на јачању тзв. људске димензије ОЕБС чак и када нису непосредно усмерени на заштиту мањина, остварују позитиван утицај и то на више начина. Поред осталог, не само због чињенице да се као корисници општих људских права појављују и припадници мањина, већ и због тога што изградња истински демократских друштава, заснованих на владавини права и поштовању људских права и основних слобода, представља важно јемство да ће се у пуној мери поштовати и посебна права мањина;

3) ОЕБС је развио и одређене посебне механизме који чак и када имају шире постављене задатке, у бити пружају значајан допринос заштити националних мањина. Посебно место у томе припада Високом комесару за националне мањине.

4) у оквиру КЕБС/ОЕБС донет је велики број докумената односно одлука надлежних тела, које су биле од значаја за обезбеђење одговарајуће заштите мањина. Мада одлуке КЕБС/ОЕБС нису правно обавезне, њихова политичка тежина је велика и оне у пракси, а пракса је у тим стварима једино битна, играју веома важну и опште узев позитивну улогу.

И поред тога, могле би се ставити и одређене примедбе, од којих ће овде бити поменута само једна. Лако је увидети да се Високи комесар за националне мањине превасходно бави положајем мањина у бившим социјалистичким земљама. У потврду томе само треба погледати листу држава којима је Високи комесар упућивао своје препоруке. Мада се ова околност лако може објаснити тиме да је реч о друштвима у транзицији, суоченим са озбиљним међуетничким тензијама, које су као такве потенцијална претња безбедности у региону, ова објашњења су само делимично прихватљива. Ово посебно у светлу реалности да се међуетничке тензије и сукоби, испади и насиља на етничкој, верској и сличној основи јављају и у многим државама тзв. западне Европе, с тим да су у неким од њих изражени не мање него у већини тзв. «држава у транзицији».

Ипак, без обзира на ове и друге могуће примедбе, нема сумње да су ОЕБС и њене институције, а међу њима посебно Високи комесар за националне мањине, као и релевантни документи, одиграли значајну улогу у унапређењу заштите мањина у Европи.

Prof. Dr. Boris Krivokapić, LL.D.*

Associate Professor

OSCE and Protection of Minorities

Summary

The article deals with the role and importance of the OSCE in protection of national minorities. In that respect a brief development of the OSCE is given as well as review of the OSCE most important organs and institutions. Particular attention is dedicated to the Office for Democratic institutions and human rights (ODIHR) and High Commissioner on national minorities (HCNM). In a separate part of the article the most important documents of the KSCE/OSCE on the minority rights protection, are analyzed.

In his concluding remarks the author firstly points out several dimension in which it is obvious that the contribution of the OSCE to minority protection in Europe is trully significant. After that he also notes some weaknesses of the existing practice, in particular the fact that so far OSCE and its High Commissioner were primarily engaged in monitoring status of national minorities in Easturopean states. This regardless of the fact that serious interethnic tensions and even clashes exist in many counrties of so-called Western Europe. Yet, author concludes that there is no doubt that OSCE, its documents and institutions (among them particularly the High Commissioner on minorities) have played extraordinary role in the process of developing and implementing protection of national minorities in Europe.

Key words: OSCE, protection of national minorities, High Commissioner, Convention Framework, European Charter.

* Scientific Counselor in the Institute of Comparative Law (Belgrade) and Professor at the Faculty of Law of the University in Serbian Sarajevo.

Проф. др Драган Јовашевић

ЗНАЧАЈ ОЛАКШАВАЈУЋИХ И
ОТЕЖАВАЈУЋИХ ОКОЛНОСТИ
ПРИ ОДМЕРАВАЊУ КАЗНЕ У
КРИВИЧНОМ ПРАВУ

UDK 343.234/.235:343.241

Рецензент: Проф. др Војислав Ђурђић

Апстракт

У циљу обезбеђења ефикасне и квалитетне заштите најзначајнијих друштвених добара и вредности, кривично право познаје више врста кривичних санкција. То су законом предвиђене мере друштвеног реаговања према учиниоцима кривичних дела које изриче суд у законито спроведеном поступку. Међу кривичним санкцијама се по свом значају, карактеру, природи и садржини нарочито издвајају казне. То су основне кривичне санкције које су у посебном делу кривичних закона предвиђене за највећи број кривичних дела самостално, кумулативно или алтернативно са другим кривичним санкцијама.

Да би казне могле да остваре законом предвиђену сврху, а то је спречавање учиниоца кривичног дела да поново из-

врши кривично дело и његово превагностање односно да оствари и друге захтеве генералне превенције, у сваком конкретном случају кривично одговорном учиниоцу кривичног дела треба изрећи ону врсту и меру казне која одговара друштвеној опасности учињеног дела као и личности његовог учиниоца. У том циљу кривично право предвиђа институт који се зове одмеравање казне. Основни, редовни начин одмеравања казне који суд обавезно примењује у сваком конкретном случају јесте одмеравање казне путем олакшавајућих и отежавајућих околности. Ове су околности у нашем кривичном праву предвиђене у одредби чл. 41. Основног кривичног закона (раније Кривичног закона СР Југославије).

Кључне речи: кривично дело, учинилац, кривична одговорност, казна, одмеравање казне, суд, олакшавајуће околности, отежавајуће околности, сврха казне.

Проф. др Драган Јовашевић¹

ЗНАЧАЈ ОЛАКШАВАЈУЋИХ И ОТЕЖАВАЈУЋИХ ОКОЛНОСТИ ПРИ ОДМЕРАВАЊУ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

УВОДНА ИЗЛАГАЊА

Најопаснија врста појава којима се повређују или угрожавају најзначајније друштвене вредности и друштвена добра у правном систему јесу кривична дела². Она су у нашем праву предвиђена у основном³ и споредном кривичном законодавству. Од најстаријих времена историја бележи различите облике и видове испољавања кажњивих, забрањених, друштвено опасних и противправних понашања појединаца и група у разним сферама друштвеног живота. Сва та недозвољена, проскрибована и кажњива понашања могу се

¹ Ванредни професор Полицијске академије у Београду.

² Драган Јовашевић, Лексикон кривичног права, Службени лист СРЈ, Београд, 2002. године, стр. 240.

³ После доношења Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора (Службени лист Србије и Црне Горе број 1/2003) у фебруару 2003. године након више од две и по деценије подељене законодавне надлежности у области материјалног кривичног права, ова грана законодавства је у потпуности прешла на републички ниво. У Републици Србији као држави чланици ове Државне заједнице у области материјалног кривичног права њен основни део чине два закона: Основни кривични закон (раније Кривични закон СР Југославије – Службени гласник Републике Србије број 39/2003) и Кривични закон Републике Србије из 1977. године са низом измена и допуна од којих су последње извршене јула 2003. године). У Републици Црној Гори као другој држави чланици ове Државне заједнице крајем децембра 2003. године донет је нови Кривични законик – Службени лист Републике Црне Горе број 70/2003.

назвати једним збирним именом - криминалитет (лат. *crimen* - злочин) за чије су учиноце прописане одређене врсте и мере кривичних санкција. Системом тих друштвених мера којима се покушало утицати на смањење, спречавање и сузбијање различитих кажњивих понашања тежило се остварењу гарантивне, заштитне функције кривичног законодавства уопште.

У циљу обезбеђења ефикасне и квалитетне заштите најзначајнијих друштвених добара и вредности, кривично право познаје више врста кривичних санкција. То су законом предвиђене мере друштвеног реаговања према учиниоцима кривичних дела које изриче суд у законито спроведеном поступку. Међу кривичним санкцијама се по свом значају, карактеру, природи и садржини нарочито издвајају казне. То су основне кривичне санкције које су у посебном делу кривичних закона предвиђене за највећи број кривичних дела самостално, кумулативно или алтернативно са другим кривичним санкцијама.

Да би казне могле да остваре законом предвиђену сврху (чл. 33. Основног кривичног закона – ОКЗ, раније Кривичног закона СР Југославије), а то је спречавање учиноца кривичног дела да поново изврши кривично дело и његово преваспитање (специјална превенција) односно да оствари и друге захтеве генералне превенције, у сваком конкретном случају кривично одговорном учиноцу кривичног дела треба изрећи ону врсту и меру казне која одговара друштвеној опасности учињеног дела као и личности његовог учиноца. У том циљу кривично право предвиђа институт који се зове одмеравање казне. У правној теорији се могу наћи и таква схватања која под одмеравањем казне означавају одређивање казне која ће пружити највише изгледа за ресоцијализацију осуђених лица⁴.

Основни или редовни, уобичајени начин одмеравања казне учиноцу кривичног дела који суд обавезно примењује у сваком конкретном случају јесте одмеравање казне путем олакшавајућих и отежавајућих околности. Ове су околности у нашем кривичном праву предвиђене у одредби чл. 41. ОКЗ .

⁴ Бора Чејовић, Кривично право, Општи део, Службени лист СРЈ, Београд, 2002. године, стр. 446.

ПОЈАМ И ВРСТЕ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ

Различити су облици и видови противправног, друштвено опасног понашања појединаца и група којима се повређују или угрожавају заштићена друштвена добра и вредности. За учиниоце ових понашања закони свих земаља предвиђају кривичне санкције које се темеље на принципу правичности – да сваки учинилац кривичног дела буде кажњен за учињено дело. Но, да би суд у складу са законом одређеним правилима кривично одговорном учиниоцу могао да изрекне једну или више казни или других кривичних санкција потребно је да буду испуњени услови предвиђени одредбама Основног кривичног закона⁵. Ти услови се односе на систем правила о одмеравању казне која треба да буде индивидуализирана конкретном учиниоцу конкретног кривичног дела и саображена са сврхом кажњавања (из чл. 33. ОКЗ).

Одмеравањем казне суд заправо врши индивидуализацију казне на тај начин што учиниоцу кривичног дела изриче ону казну која ће по врсти и висини пружити највеће изгледе за остварење сврхе казне односно за остварење заштите друштва и друштвених добара, с једне стране, односно за преваспитање, поправљање и ресоцијализацију учиниоца кривичног дела – осуђеног лица, с друге стране. На готово истоветан начин надлежни државни органи одмеравају казне и учиниоцима других врста јавно правних деликата: привредних престаупа⁶ и прекршаја⁷.

Одмеравање казне је одређивање врсте и висине казне која се изриче учиниоцу за кривично дело⁸. Код одмеравања казне морају бити узете у обзир

⁵ Драган Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Службени гласник, Београд, 2002. године, стр. 246-257; Зоран Стојановић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Службени лист СРЈ, Београд, 2002. године, стр. 85-89.

⁶ Видети више: Маринка Цетинић, Право привредних престаупа, Досије, Београд, 2002. године; Драган Јовашевић, Коментар Закона о привредним преступима, Службени лист СРЈ, Београд, 2001. године; Драган Јовашевић, Привредни преступи у пракси – Практикум, Службени гласник, Београд, 2001. године.

⁷ Видети више: Станко Пихлер, Прекршајно право, Нови Сад, 2000. године; Предраг Димитријевић, Прекршајно право, Службени гласник, Београд, 2001. године; Драган Јовашевић, Збирка закона о прекршајима са коментаром и праксом, Службени гласник, Београд, 2000. године.

⁸ Љубиша Јовановић, Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, Номос, Бео-

околности како би се учиниоцу одредила таква казна по врсти и висини која би одговарала тежини учињеног кривичног дела и друштвеној опасности учиниоца и са којом би се најбоље могла остварити сврха кажњавања.

У одређивању казне учиниоцу за одређено кривично дело могу да учествују разни државни органи на разне начине па се тако разликују: законско, судско и административно (извршно) одмеравање казне⁹. Но, у правној теорији се могу наћи и таква схватања која разликују само законско и судско одмеравање казне¹⁰, при чему неки аутори истичу да само судско одмеравање казне представља одмеравање казне у правом смислу речи¹¹ док законодавац само врши оквирно одмеравање казне *in abstracto*.

Законско одмеравање казне

Законско одмеравање казне је оно одмеравање које врши законодавац приликом одређивања кривичног дела. Наиме, инкриминишући поједина противправна понашања као кривична дела, у посебном делу кривичног закона, законодавац одређује врсту и висину казне која се за та дела изриче њиховим учиниоцима од стране суда. Законодавац на бази уопштавања бројних конкретних облика испољавања једног друштвено опасног понашања ствара кривично дело као општи и апстрактни појам, који у себи може да обухвати све те разноврсне облике, а затим одређује и казну која по врсти и висини треба да одговара друштвеној опасности тога апстрактно одређеног кривично дела. На тај начин одређена казна одговара степену опште друштвене опасности кривичног дела узетог апстрактно.

При одмеравању казне на овај начин, законодавац може да поступи на више начина па се тако разликују: 1) систем апсолутно неодређених казни познат још и као систем арбитрерних казни, 2) систем апсолутно одређених казни и 3) систем релативно одређених казни.

град, 2002. године, стр. 234.

⁹ Драган Јовашевић, Лексикон кривичног права, *op. cit.* стр. 351.

¹⁰ Тома Живановић, Основи кривичног права, Општи део, Друга књига, Београд, 1937. године, стр. 325-327.

¹¹ Зоран Стојановић, Кривично право, Општи део, Службени гласник, Београд, 2001. године, стр. 305.

Систем апсолутно неодређених казни постоји у случају када законодавац не одређује казну по врсти и по висини у самом законском тексту, већ препушта суду да по свом нахођењу и слободном уверењу сам одреди врсту и висину казне коју ће изрећи учиниоцу за конкретно кривично дело. Сем тога, закон не одређује никаква правила за одмеравање казне нити поставља каква ограничења суду. Овај систем одмеравања казне омогућава потпуно остварење принципа индивидуализације казне јер је изречена казна од стране суда саображена, прилагођена конкретно испољеној друштвеној опасности учињеног дела и личности његовог учиниоца. Но, истовремено то је и мана овог система јер води арбитрерности суда односно неуједначености праксе у изрицању казни. Он је у крајњој линији и неправичан систем за одређивање казне јер се њиме крши и начело једнакости свих пред законом.

Према систему апсолутно одређених казни (који је први пут уведен француским револуционарним Кривичним закоником из 1791. године) законодавац одређује врсту и висину казне за поједина кривична дела тако да је суд дужан да изрекне прописану казну чим установи да је извршено кривично дело за које је она предвиђена. На тај начин је загарантована правичност у кажњавању као и једнакост свих пред законом, али је практична примена ових законских решења водила у другу неправичност будући да суд није могао да узме у обзир конкретне околности учињеног дела као и личност сваког појединог учиниоца таквог дела при одређивању врсте и мере изречене казне.

Коначно, према систему релативно одређених казни (који је први пут уведен у француском Кривичном закоником из 1810. године, а потом је прихваћен у највећем броју савремених кривичних законодавстава), законодавац одређује врсту казне и њен минимални и максимални износ за свако кривично дело, дајући тиме границе у којима суд може да се креће код изрицања казне у сваком конкретном случају. Овај систем одмеравања казне омогућава прилагођавање казне индивидуалним карактеристикама учиниоца кривичног дела као и самом делу. На тај се начин у потпуности старају претпоставке за остварење принципа индивидуализације казне.

Овако одређене границе казне за свако поједино кривично дело представљају посебан минимум и посебан максимум. Посебан минимум означава доњу границу, а посебан максимум горњу границу прописане казне за поједино кривично дело у посебном делу кривичних закона. Изван ових граница суд не може да изрекне казну за дело за које је одређена. Постоје такође и општи

минимум и максимум којим се одређују границе појединих врста казни. Општи минимум означава доњу границу испод које се та врста казне не може уопште изрећи, а општи максимум горњу границу изнад које се та врста казне такође не може изрећи.

Код одређивања посебног минимума и максимума законодавац може да поступи и тако што ће одредити само једну од ових граница. Тако, он може одредити само посебан минимум при чему се посебни максимум поклапа са општим максимумом одређене врсте казне. Исто тако законодавац може да одреди само посебни максимум казне за поједино кривично дело при чему се посебни минимум поклапа са општим минимумом те врсте казне. Најзад, законодавац може да поступи и тако што ће одредити само врсту казне која ће бити изречена за одређено дело без одређивања посебног минимума и максимума. У таквом случају посебни минимум и максимум се поклапају са општим минимумом и максимумом казне.

Судско одмеравање казне

Други начин одмеравања казне у кривичном праву је судско одмеравање казне. То је оно одмеравање казне учиниоцу кривичног дела које врши суд у сваком конкретном случају. Наиме, пошто суд установи да је одређено лице извршило кривично дело и да је кривично одговорно, приступа одмеравању казне. Задатак суда се на првом месту састоји у утврђивању односно доказивању (извођењем свих расположивих личних и материјалних извора доказа у фази доказног поступка на главном претресу¹²) да је једно лице (окривљено лице коме је одређено кривично дело оптужним актом овлашћеног тужиоца стављено на терет) заиста и учинило то кривично дело те да је за исто дело кривично одговорно (дакле урачунљиво и вино – криво). Тек после тога суд приступа утврђивању свих осталих околности од значаја за одмеравање казне.

Колика ће улога суда бити у поступку одмеравања казне учиниоцу кривичног дела зависи од прихваћеног система законског одмеравања казне. Данас

¹² Види: Војислав Ђурђић, Кривично процесно право, Бона фидес, Ниш, 1998. године; Момчило Грубач, Кривично процесно право, Општи део, Службени гласник, Београд, 2002. године; Станко Бејатовић, Кривично процесно право, Савремена администрација, Београд, 2002. године.

је систем релативног одређивања казне опште усвојен у иностраном законодавству као и у нашој земљи. Предност овог система је што омогућава суду да игра активну улогу у одмеравању казне у сваком конкретном случају. Да би суд у Републици Србији што боље остварио своју улогу, Основни кривични закон у чл. 41. предвиђа општа правила о одмеравању казни. На исти начин поступа и суд у Републици Црној Гори примењујући правила из чл. 41. Кривичног законика Републике Црне Горе.

То је редовно одмеравање казне. При овом одмеравању казне суд је дужан да поштује следећа правила: 1) да одмери казну само у границама законом прописане казне за то дело, дакле у границама посебног минимума и посебног максимума прописане казне, 2) да при томе има у виду сврху кривичних санкција уопште одређену у чл. 5. ОКЗ – сузбијање друштвено опасних делатности чиме се остварује заштита друштва од криминалитета и сврху одређену у чл. 33. ОКЗ – специјална и генерална превенција и 3) да узме у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности од којих неке које су типичне, закон таксативно наводи, али при томе оставља довољну слободу суду да узме у обзир и друге околности везане за личност учиниоца кривичног дела ако то нађе за сходно у конкретном случају.

Приликом овог одмеравања казне пред судско веће се често поставља проблем антиномије сврхе кажњавања. Ради се наиме о ситуацијама када различите сврхе кажњавања захтевају различиту врсту и меру казне према учиниоцу кривичног дела у конкретном случају па се суд налази пред задатком којој од ових сврха треба дати предност. Овај је проблем нарочито изражен у случајевима када се као сврха кажњавања (која истина законом није предвиђена) јави и ретрибуција у смислу одмазде, зла према учиниоцу кривичног дела, што често одговара принципима правичности и сразмерности. Тада овако постављена сврха казне треба да постави горњи лимит при одмеравању казне при чему се узима да одређена казна остварује истовремено и циљеве генералне (опште) превенције¹³.

Поред захтева да суд узме у обзир све околности које могу бити од утицаја на одмеравање казне, Основни кривични закон предвиђа у чл. 42. – 46. а. и посебна правила помоћу којих суд изузетно може да врши ублажавање или поопштавање казне са циљем да је индивидуализира и тако учини сразмерном тежини извршеног дела и друштвеној опасности учиниоца.

¹³ Зоран Стојановић, Кривично право, *op. cit.*, стр. 307.

Административно одмеравање казне

У неким земљама (поједине федералне државе САД) примењује се и административно или извршно¹⁴ одмеравање казне према коме казну одмеравају административни органи - органи управе, администрација у установама за извршење казне (казнено поправне установе). Одмеравање се у овом случају врши у току самог поступка извршења казне и оно је могуће само код казне лишења слободе. У овом систему суд у пресуди донетој у кривичном поступку одређује само врсту казне, а конкретан, ефикасан износ (дакле ефикасно трајање изречене казне) казне утврђује сам административни орган који извршава казну.

Административно одмеравање казне у земљама где је заступљено, оправдава се чињеницом да суд није увек у могућности да одреди какво ће понашање имати осуђени у току извршења казне и колико ће бити потребно времена за његово преваспитавање. Пошто се то може утврдити само у току извршења казне лишења слободе, онда је природно да одмеравање врше органи који извршавају ову казну. Административно одмеравање казне противно је принципу законитости и као такво не пружа довољно гаранција осуђеним лицима да неће бити злоупотребљено, оно тако ствара осећај неизвесности што све може да делује дестимулативно на осуђена лица.

ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈА КАЗНЕ

Са појмом и садржином института одмеравања казне као основног метода у одређивању врсте и висине казне учиниоцу због извршеног кривичног дела тесно је повезан и институт индивидуализације казне. Индивидуализација казне је заправо прилагођавање казне извршеном кривичном делу и његовом учиниоцу са циљем да се одреди казна која ће најефикасније моћи да утиче на преваспитање учиниоца дела. Старо кривично право није познавало индивидуализацију казне. Било да је казна била унапред одређена или не, она је увек представљала "цену" коју учинилац има да плати друштву својим испаштањем за зло које му је нанео. Тежина казне према учењу класичне школе зависила је од тежине кривичног дела. Казна је везана за кривично

¹⁴ Бора Чејовић, Кривично право, Општи део, *op. cit.*, стр. 420-421.

дело, а не и за учиниоца дела. Он је само објекат на коме се она има да примени као мера одмазде због његовог слободног опредељења да изврши кривично дело.

Но, поред напред изложеног схватања, у правној теорији се могу наћи мишљења која појам индивидуализације казне схватају у двојаким смислу. Тако се разликује индивидуализација казне у ширем и у ужем смислу. У ширем смислу индивидуализација казне представља укупан процес који се одвија почев од избора казне до њеног изрицања па чак и у току њеног извршења што значи да она обухвата и поступак одмеравања казне. У ужем смислу индивидуализација казне је само један од принципа на основу којег се врши одмеравање казне, а који пре свега претпоставља упознавање личности учиниоца дела¹⁵.

Заслуга за увођење индивидуализације у кривично право припада управо учењу позитивне и социолошке школе. Истичући у први план учиниоца кривичног дела, позитивна школа је захтевала да се као мере друштвене реакције уведу мере социјалне заштите чији би избор зависио од стања опасности (темибилитета) учиница. Кривично правне мере морају бити везане за учиниоца, а не за кривично дело. А пошто су учиниоци различити по својој криминогеној опасности и њеном извору то и мере друштвене реакције морају бити различите. Социолошка школа је својим учењем обједињено узела у обзир и кривично дело и учиниоца при одмеравању казне. Тако изречена казна мора да одговара и тежини извршеног кривичног дела и друштвеној опасности његовог учиниоца.

Савремено кривично право полази од поставке да је индивидуализација казне основни принцип одмеравања казне чија је основна сврха индивидуална превенција. Али индивидуализација мора бити у складу са принципом законитости. Принцип индивидуализације даје суду слободу у одмеравању казне у границама законског овлашћења а не и изван тога. Поред тога, у тежњи за што већом индивидуализацијом у циљу остварења што успешније индивидуалне превенције, тј. ресоцијализације, поправљања и преваспитања учиниоца кривичног дела, не сме се заборавити и на принцип правичности као морално-етичке категорије који је неодвојива од казне. То значи, да се индивидуализација простире у границама законитости и правичности.

¹⁵ Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, Кривично право Југославије, Општи део, Савремена администрација, Београд, 1996. године, стр. 401-404; Зоран Стојановић, Кривично право, оп.цит. стр. 305.

Индивидуализација казне претпоставља упознавање личности учиниоца кривичног дела. Познавање личности, пак, може бити мање или веће, тј. засновано на прикупљању података о стању и условима у којима живи и ради као што су подаци о породици, средини, условима живота, личним особинама и проблемима итд., или пак, на проучавању личности путем метода научног и стручног испитивања. Потребу упознавања личности учиниоца кривичног дела изложио је учење друштвене одбране у вези са ресоцијализацијом учиниоца дела као постављеном сврхом кажњавања. Полазећи од поставке да је ресоцијализација друштвено оправдани циљ казне, представници овог учења су поставили захтев за применом индивидуализације која мора бити заснована на проучавању личности учиниоца дела, јер се суди човеку као људском и друштвеном бићу, а не извршеном кривичном делу.

То проучавање личности према овом учењу би се вршило у посебној фази кривичног поступка. Ова би фаза претходила фази суђења, а њен би циљ био утврђивање стања здравља учиниоца, његових психолошких особина и социјалног стања. Проучавање учиниоца кривичног дела би вршили стручњаци из разних области: медицине, психијатрије, психологије и социологије, који би сачињавали тим којим би руководио истражни судија. На основу овако прикупљених података вршило би се одмеравање казне по врсти и мери и програмирало њено извршење.

У вези са проучавањем личности учиниоца дела, које је без сумње веома корисно за програмирање третмана код извршења казне, посебно казне лишења слободе, поставило се низ проблема: 1) докле се сме ићи са испитивањем приватног и интимног живота учиниоца; 2) како да се постави граница између онога што је неопходно потребно и са становишта друштва оправдано од онога што представља задирање у најинтимнију сферу човекове личности и улази у сферу повреде основних права и слободе грађанина. Ту границу је и законом тешко прецизно поставити, а камоли у пракси чувати. У вези са овим је и положај окривљеног у поступку будући да он може да оспори поједина испитивања и одбије давање података у циљу заштите своје личности и остварења права одбране. Најзад, поставља се и питање да ли треба сваког учиниоца подвргнути проучавању или само извршиоце неких тежих и то којих кривичних дела. Уз то намеће се и питање трајања кривичног поступка и његовог коштања посебно са аспекта његове економичности.

Најзад, постоји и индивидуализација у поступку извршења казне лишења слободе која је повезана са законском и судском индивидуализацијом (екстерна и интерна класификација осуђених, врсте и типови завода и одељења у заводима, врсте третмана и групе осуђеника)¹⁶.

ПОЈАМ, ВРСТЕ И ЗНАЧАЈ ОЛАКШАВАЈУЋИХ И ОТЕЖАВАЈУЋИХ ОКОЛНОСТИ

При редовном или уобичајеном одмеравању казне учиниоцу кривичног дела судско веће у кривичном поступку утврђује све олакшавајуће и отежавајуће околности како би у оквиру законом прописане казне одредило ону врсту и меру казне којом се на најпотпунији начин може остварити сврха кажњавања. Дакле, олакшавајуће и отежавајуће околности су оне околности које се односе на кривично дело или учиниоца, а које утичу да казна буде мања или већа у границама које су прописане за то дело. Оне околности које утичу да се учиниоцу изрекне блажа казна у оквиру посебног минимума и посебног максимума називају се олакшавајућим, док се околности које утичу да се изрекне строжија казна називају отежавајућим¹⁷. Олакшавајућим и отежавајућим околностима врши се индивидуализација казне, њено саображавање и прилагођавање тежини кривичног дела и друштвеној опасности његовог учиниоца. Применом ових околности могуће је да се учиниоцима истих дела изрекну различите казне. Оне, дакле, имају такав значај да дају криминално-политичку карактеристику учиниоца кривичног дела.

Код извршења кривичног дела јавља се низ различитих околности које су везане било за само кривично дело као објективни чин, било за учиниоца кривичног дела као људско и друштвено биће. Те околности су различите по свом настанку и по свом дејству на друштвену опасност дела и учиниоца. Због те различитости се и поставља проблем како да се оне законски регулишу да би се онемогућила арбитрерност и злоупотреба њихове примене, а да се ипак омогући судовима да имају активну и стваралачку улогу у одмеравању казне на бази процене дејства свих околности једног конкретног дела. Стога поједина кривична законодавства познају три решења.

¹⁶ О начину и поступку извршења изречене казне затвора опширније у: Драган Јованевић, Коментар Закона о извршењу кривичних санкција са пратећим прописима и судском праксом, Службени лист СРЈ, Београд, 2000. године.

¹⁷ Драгољуб Атанацковић, Критеријуми одмеравања казне, Београд, 1975. године, стр. 139.

Прво решење јесте да се у закону наведу све околности појединачно које суд мора узети у обзир код одмеравања казне. Оваквим набрајањем се обезбеђује законитост и спречава произвољност, али се ограничава слобода суда, тако да он не може да узме у обзир ни једну околност која није предвиђена без обзира на њен стварни утицај у конкретном случају¹⁸. Недостатак оваквог решења је у немогућности да се законом предвиде све околности које могу настати у разноврсним конкретним ситуацијама у животу .

Друго решење је у давању потпуне слободе суду тако што га закон овлашћује да узме у обзир све околности једног случаја не наводећи које су то околности појединачно. Није потребно напоменути да је код оваквог решења слобода суда дошла до пуног изражаја, али да је тиме створена могућност за велику шароликост и произвољност које ће се околности узимати у обзир код одмеравања казне.

Треће решење представља комбинацију претходних па се у закону таксативно набрајају околности које суд мора узети у обзир, уз истовремено давање овлашћења суду да може узети у обзир и друге околности ако сматра да су у конкретном случају од значаја за правилно одмеравање казне при чему није унапред одређено какав значај (олакшавајуће или отежавајуће) имају ове околности. Највећи број савремених кривичних законодавстава прихвата ово треће решење, с обзиром да оно обезбеђује законитост и омогућава ширу слободу суду у прилагођавању казне тежини дела и личности учиниоца¹⁹.

Основни кривични закон олакшавајуће и отежавајуће околности одређује у оквиру општих правила о одмеравању казне када у одредби чл. 41. налаже суду да учиниоцу кривичног дела одмери казну у границама које су законом

¹⁸ Кривични законик Руске федерације у чл. 61. изричито одређује које околности могу бити олакшавајуће, а у чл. 63. које отежавајуће околности. На исти начин поступа и Кривични законик Португала када у чл. 34. одређује само отежавајуће околности (укупно 34 околности), а у чл. 39. које су то околности олакшавајућег карактера (укупно 23 околности ове врсте). Code penal portugais, Les codes penaux europeens, II tome, Paris, 1958. godine. Кривични законик Украјине у чл. 40. набраја олакшавајуће околности, а у чл. 41. отежавајуће околности.

¹⁹ Тако решење познају кривични законик Хрватске у чл. 56., Републике Српске у чл. 38., Бугарске у чл. 54. или Италије у чл. 70. који ове околности систематизује као објективне и субјективне не одређујући какав значај имају за одмеравање казне у конкретном случају.

прописане за извршено дело, имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа, а нарочито: степен кривичне одговорности, побуде из којих је дело извршено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело извршено, ранији живот, личне прилике и држање учиниоца после учињеног кривичног дела и друге околности које се односе на личност учиниоца.

И Кривични законик Републике Црне Горе²⁰ из 2003. године у чл. 42. набраја олакшавајуће и отежавајуће околности на готово идентичан начин као што је то случај у Републици Србији не наводећи при томе унапред ни за једну од ових околности какав значај имају (да ли утичу на мањи или већи износ изречене казне). Те околности које је суд обавезан да узме у обзир при одмеравању казне у Републици Црној Гори јесу следеће: 1) степен кривице, 2) побуде из којих је дело учињено, 3) јачина повреде или угрожавања заштићеног добра, 4) околности под којима је кривично дело учињено, 5) ранији живот учиниоца, 6) његове личне прилике, 7) држање учиниоца после извршеног кривичног дела, а нарочито његов однос према жртви тог дела (овај однос учиниоца дела и жртве после учињеног дела представља новост у кривичном законодавству наше земље иако га од раније познаје судска пракса) и 8) друге околности које се односе на личност учиниоца.

Ове околности се могу поделити с обзиром да ли се односе на кривично дело или његовог учиниоца, на објективне и субјективне околности. Као објективна околност сматра се јачина угрожавања или повреде заштићеног добра (дакле обим и интензитет проузроковане последице кривичног дела). Као субјективне околности сматрају се: степен кривичне одговорности, побуде из којих је дело учињено, ранији живот, личне прилике и држање учиниоца после учињеног кривичног дела. Околности под којима је дело извршено могу бити и објективне и субјективне природе. Овакво одмеравање казне с обзиром на карактеристике учиниоца дела (субјективна индивидуализација) и одмеравање казне с обзиром на карактеристике кривичног дела (објективна индивидуализација) прераста у јединствену субјективно – објективну индивидуализацију казне јер се само на тако јединственим основама полазећи од прописане казне у закону може у потпуности изреченом казном остарити сврха кажњавања.

²⁰ Службени лист Републике Црне Горе број 70/2003.

У нашем кривичном праву нису исцрпно наведене све отежавајуће²¹ и олакшавајуће²² околности већ само неке на које закон посебно указује. Поред тога, ниједна околност није унапред означена као отежавајућа или као олакшавајућа већ свака зависно од своје садржине и природе у конкретном случају може да делује као отежавајућа или као олакшавајућа код одмеравања казне. И најзад, све ове околности узимају се у целини и у односу на конкретно кривично дело и конкретног учиниоца тог дела²³.

1) Степен кривичне одговорности зависи од степена испољавања њена два елемента: урачунљивости и виности. Будући да се оба субјективна елемента одговорности састоје од свести и воље, то практично ова околност зависи од обима и интензитета испољавања интелектуалног и волунтаристичког елемента и код урачунљивости и код виности. То значи да ће суд ценити да ли је лице било потпуно или смањено урачунљиво и у ком степену односно ако је лице било потпуно урачунљиво да ли је дело учинило са директним или евентуалним умишљајем или из нехата и са којим обликом нехата.

Код оцене степена кривичне одговорности суд ће такође узети у обзир и чињеницу да ли је на страни учиниоца у време предузимања радње извршења постојала каква намера или циљ којим се он руководио, посебно у случајевима када ове околности нису обухваћене описом бића одређеног кривичног дела.

²¹ Као отежавајуће околности у судској пракси сматране су: декларативно испољена воља за обештећењем оштећеног (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 549/93 од 29.4.1993. године), масакрирање леша после извршења убиства (пресуда Врховног суда Србије Кж. 315/86 од 20.6.1986. године) и неизражавање кајања (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 191/93 од 14.5.1993. године).

²² Као олакшавајуће околности у судској пракси сматране су: накнада штете проузроковане кривичним делом (пресуда Врховног суда Србије Кж. 129/83 од 2.6.1983. године), када се оштећени не придружи кривичном гоњењу (пресуда Окружног суда у Шапцу Кж. 328/81), заснивање и развијање породице представља позитиван однос према друштву (пресуда Врховног суда Србије Кж. 404/91 од 26.11.1991. године), када оптужени у саобраћајној несрећи коју је изазвао буде и сам повређен (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 307/92 од 23.3.1992. године), када оптужени изгуби посао у оштећеном предузећу (пресуда Врховног суда Србије Кж. 801/91 од 24.1.1992. године).

²³ Група аутора, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Савремена администрација, Београд, 1995. године, стр. 208-218.

Намера да се другоме, а не себи прибави противправна имовинска корист не може представљати олакшавајућу околност²⁴.

Ако пак оптужени континуирано у дужем временском периоду врши кривична дела против имовинње, то указује да се ради о учиниоцу веома високог степена друштвене опасности²⁵.

2) Побуде (мотиви) су унутрашњи разлози, покретачи којима се учинилац руководио код извршења кривичног дела. У теорији се пак јављају и таква мишљења да побуде не представљају посебне околности већ да их треба процењивати у вези са степеном кривичне одговорности полазећи у првом реду од чињенице да је степен одговорности виши ако је мотив учиниоца негативнији и обрнуто²⁶. Но, законодавац је побуде издвојио као посебну околност која се може узети у обзир код одмеравања казне само уколико није саставни део, елемент бића кривичног дела. Побуде могу бити по својој природи позитивне - хумане па ће деловати као олакшавајуће околности (алтруизам, патриотизам, сажаљење, љубав, осећање дужности или части) или негативне - ниске у ком случају се узимају као отежавајуће околности (мржња, завист, пакост, грамзивост, љубомора, похлепа). У случају да се побуда, односно мотив појављује као квалификаторна околност она не може истовремено бити узета и као отежавајућа околност.

3) Јачина угрожавања или повреде заштићеног добра зависи од обима и интензитета последице проузроковане радњом учиниоца дела. Тежина последице одређује тежину кривичног дела односно стварно, конкретно испољени степен друштвене опасности. С обзиром на то да ли је последица испољена у виду повреде процењује се да ли је она наступила у смислу уништења, оштећења (и у којој мери) или само до чињења неупотребљивим одређеног добра (и за које време) или је пак последица испољена у виду стварног угрожавања добра или у могућности наступања угрожавања добра, зависиће и тежина казне, тј. да ли ће бити она бити изречена у већем или мањем износу.

²⁴ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1174/83.

²⁵ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 792/91 од 31. јануара 1992. године.

²⁶ Фрањо Бачић, Кривично право, Опћи дио, Информатор, Загреб, 1978. године, стр. 436.

4) Околности под којима је кривично дело извршено могу бити различите по природи и карактеру дејства. То могу бити околности објективне природе: место, време, средства, начин и природни услови под којима је дело извршено као што су: слаба видљивост, поплава, пожар, итд. Али то могу бити и околности субјективне природе које се тичу учиниоца дела или жртве као што су психичка стања, интерперсонални односи, дејство заблуде итд. Овде се посебно узима у обзир поступак оштећеног (жртве) односно да ли је и у којој мери сам допринео извршењу кривичног дела којим је повређено или угрожено неко његово правно добро. Све ове околности могу утицати на висину казне.

5) Ранији живот указује на психолошку личност учиниоца дела и његову животну оријентацију. Кроз ову се заправо околност испољава однос учиниоца дела према друштвеним и моралним нормама односно вредностима. У ранији живот спадају све околности односно сви догађаји који су се одиграли у животу учиниоца пре него што је извршио кривично дело. Ако је учинилац имао примеран живот и беспрекорну прошлост тј. ако није кажњаван, ако је добар радник, добар отац породице, ако је лично поштен и цењен у средини у којој живи, онда те околности указују да се не ради о личности која је морално искварена и социјално девијантна и да се применом блаже казне може постићи сврха кажњавања. И обрнуто, ако је учинилац дела повратник или ако се одао девијантном начину живота ове околности указују на то да је за остварење преваспитне сврхе кажњавања потребно изрећи тежу казну. Од ових околности поврат има дејство отежавајуће околности, док све остале околности могу деловати или као отежавајуће или као олакшавајуће околности зависно од конкретног случаја.

Судска пракса нам пружа примере различитог кривичноправног значаја који је придаван околностима које су везане за ранији живот учиниоца кривичног дела.

Тако чињеница да је оптужени раније учинио кривично дело у стању неурачунљивости и да му је због тога изречена мера безбедности из чл. 63. КЗ СФРЈ не може служити као основ закључку да је он склон вршењу кривичних дела па тако не представља чињеницу од значаја за одмеравање казне²⁷.

²⁷ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 27/85 од 21. маја 1985. године.

Погрешно је ценити ранију осуђиваност као отежавајућу околност када се ради о осуди која је оптуженом након опозивања условне осуде узета у обзир при одмеравању јединствене казне²⁸.

Лицу које је раније осуђивано, као отежавајућа околност се може ценити и кратак временски период од претходне осуде²⁹.

Ранија осуђиваност окривљеног се може третирати једино као отежавајућа околност, а то што је окривљени раније осуђиван за истоврсна кривична дела као и протек времена од раније осуде може само утицати на висину одмерене казне³⁰.

6) Личне прилике учиниоца представљају услове у којима живи и ради учинилац дела: здравствено стање учиниоца и чланова уже породице, стамбена ситуација, имовинско стање, запосленост, број чланова породице, односи у породици и друге околности из личног и породичног живота.

Бројне личне прилике је суд узимао у обзир при одмеравању казне конкретном учиниоцу кривичног дела о чему нам речито говори и судска пракса.

Ако оптужена изгубио посао у оштећеном предузећу после извршења кривичног дела, ту околност треба ценити као олакшавајућу приликом одмеравања казне јер је очито да и сам губитак посла који отежава социјални положај оптужене и њене породице представља својеврсну казну³¹.

Ако оптужени у саобраћајној несрећи коју је изазвао и за коју буде оглашен кривим буде телесно повређен, ту околност треба ценити као олакшавајућу³².

Здравствено стање окривљеног – да је ХИВ позитиван, да болује од хепатитиса и карцинома лимфне жлезде, представља олакшавајућу околност³³.

²⁸ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 491/86.

²⁹ Пресуда Округног суда у Београду Кж. 2567/02 од 24. децембра 2002. године.

³⁰ Пресуда Округног суда у Београду Кж. 119/03 од 14. фебруара 2003. године.

³¹ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 801/91 од 24. јануара 1992. године.

³² Пресуда Округног суда у Београду Кж. 307/92 од 23. марта 1992. године.

³³ Пресуда Округног суда у Београду Кж. 186/02 од 18. фебруара 2002. године.

7) Држање учиниоца после учињеног дела даје слику о психолошкој личности учиниоца и његовим карактерним особинама. Из ове околности може се видети не само став учиниоца према извршеном делу већ и његов однос према друштву у целини и његовим вредностима, а што може бити од значаја за његово будуће владање. Овде се разликују две групе околности³⁴. Прва група ових околности се односи на отклањање или ублажавање последица које су проузроковане кривичним делом као што су: извињење оштећеном, пружање помоћи оштећеном, накнада причињене штете, стварно кајање и сл. Другу групу околности ове врсте чине оне околности које се односе на окривљеног у току кривичног поступка као што су: порицање кривице, кајање, мењање исказа, лагање, утицај на сведоке, оптуживање невиних лица и сл. Треба рећи, да само одбијање признања и предузимање делатности у циљу прикривања доказа о извршењу дела и кривици учиниоца дела не могу се узети као отежавајуће околности будући да то представља законом обухваћени корпус права одбране окривљеног³⁵. Стварно кајање напротив спада у олакшавајуће околности.

Из доступне судске праксе произилази да је држање учиниоца околност коју суд често узима у обзир при одмеравању казне.

Накнада штете проузроковане кривичним делом независно од тога чиме је мотивисана и да ли је учињена пре или после покретања кривичног поступка, представља олакшавајућу околност³⁶.

Масакрирање леша после извршеног кривичног дела убиства представља отежавајућу околност при одмеравању казне у смислу држања учиниоца и не може се ценити у оквиру права одбране учиниоца да прикрије своје дело³⁷.

Заснивање и развијање породице као основне ћелије друштва представља позитиван однос појединца према друштву као целини па самим тим и стварање породице и брига о породици има значај олакшавајуће околности³⁸.

³⁴ Зоран Стојановић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Службени лист СРЈ, Београд, 2002. године, стр. 79.

³⁵ Јанко Таховић, Кривично право, Општи део, Београд, 1961. године, стр. 334.

³⁶ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 129/83 од 2. јуна 1983. године.

³⁷ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 315/86 од 20. јуна 1986. године.

³⁸ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 404/91 од 26. новембра 1991. године.

Неизражавање кајања се не може узети као отежавајућа околност, али се као олакшавајућа околност може ценити искрено кајање³⁹.

Декларативно испољена воља окривљеног за обештећењем оштећеног до чега није дошло иако је прошло пет месеци од извршења кривичног дела не може се ценити као олакшавајућа околност⁴⁰.

Чињеница да је окривљени пред женидбом указује да жели да промени начин живота па се то може узети као олакшавајућа околност⁴¹.

8) Имовно стање учиниоца кривичног дела је околност која је од утицаја само код одмеравања новчане казне. Према чл. 41. ст. 3. ОКЗ код одмеравања новчане казне суд је дужан да узме у обзир и имовно стање учиниоца водећи рачуна о висини његовог личног дохотка, о његовим другим приходима, о његовој имовини и његовим породичним обавезама.

9) Поред напред таксативно наведених типичних околности које могу да имају карактер олакшавајућих или отежавајућих околности код одмеравања казне, законодавац је обавезао суд да узме у обзир и друге околности које се односе на личност учиниоца. Код извршења појединих дела могу се појавити и такве субјективне околности које имају специфичан карактер и не спадају ни у једну од наведених категорија. Овде би могле да се наведу околности на страни учиниоца дела што су: старост, климактеријум, сенилност, посебна стручност, степен образовања, осећајност, односно безосећајност, грубост, итд. Утицај ових околности може бити значајан код извршења кривичног дела а тиме и за одмеравање казне.

Тако је судска пракса посебну пажњу поклонила и овим околностима о чему говоре следећи примери.

Када оштећени због ранијег позитивног односа оптуженог према њему изјави да се не придружује кривичном гоњењу и да не истиче одштетни захтев – ова околност представља олакшавајућу околност⁴².

³⁹ Пресуда Округног суда у Београду Кж. 191/93 од 14. маја 1993. године.

⁴⁰ Пресуда Округног суда у Београду Кж. 549/93 од 29. априла 1993. године.

⁴¹ Пресуда Округног суда у Београду Кж. 93/02 од 12. фебруара 2002. године.

⁴² Пресуда Округног суда у Шапцу Кж. 328/81.

Учесталост појаве одређене врсте кривичних дела представља чињеницу значајну и за одмеравање казне учиниоцима тих дела у сваком конкретном случају⁴³.

Чињеница да је оштећени малолетник од само дванаест година који ничим није изазвао изразито агресиван поступак окривљеног, иначе свога оца, представља отежавајућу околност⁴⁴.

Све ове околности суд мора узети у разматрање и оценити њихов утицај на казну коју треба да утврди и изрекне. Готово код сваког конкретног случаја извршеног дела, појављује се више околности од којих су неке олакшавајуће а друге отежавајуће. Поступак суда код оцене дејства ових околности може бити аналитички или синтетички. Суд може анализирати сваку околност тако што ће, најпре, одредити њен карактер, тј. да ли делује олакшавајуће или отежавајуће, што значи, да ли иде у корист или на штету учиниоца дела, а потом, да одреди интензитет његовог дејства на повећање или снижење прописане казне.

По синтетичком методу, пошто изврши класификацију, суд оцењује свеукупан утицај једних и других околности на износ казне, а који ће метод суд применити, један или други или ће ићи на њихову комбинацију, зависи од његовог нахођења. Оно што је овде битно, то је да суд узме у разматрање све околности конкретног случаја које су битне за одмеравање казне и да правилно оцени дејство једне и друге групе околности на износ казне. Оцена суда је слободна, али она мора бити реална, тј. да одговара укупном дејству свих околности. У образложењу пресуде суд наводи које је околности узео као олакшавајуће, а које као отежавајуће и зашто. Казна коју суд изриче, узимајући у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности, мора бити у границама између посебног и минимума и посебног максимума, али не и испод, односно изнад тога.

Околности које закон предвиђа као олакшавајуће или као отежавајуће при одмеравању казне могу се појавити и као законски елементи бића кривичног дела било да се ради о основном или квалификованом, односно привилегованом облику. У оваквим случајевима правило је да се околности које улазе у састав обележја бића кривичног дела не могу узети као олакшавајућа или као

⁴³ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 115/83 од 22. марта 1983. године.

⁴⁴ Пресуда Округног суда у Београду Кж. 679/02 од 11. априла 2002. године.

отежавајућа околност при одмеравању казне. Дакле, иста околност не може два пута да се урачунава учиниоцу кривичног дела (принцип забране дво-струког вредновања). Ако је једна околност узета приликом прописивања казне у закону, онда она не може да буде узета у обзир и приликом судског одмеравања казне. Од овог правила постоје и изузеци. У неким случајевима једна иста околност може имати и карактер квалификаторне околности а да у исто време може бити узета и као отежавајућа околност при одмеравању казне. То су они случајеви где је квалификаторна околност такве природе да се може појавити у тежем или лакшем облику.

ОЛАКШАВАЈУЋЕ И ОТЕЖАВАЈУЋЕ ОКОЛНОСТИ У КОМПАРАТИВНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

И други савремени кривични закони (законици) у свом општем делу при излагањима о трећем основном, општем појму кривичног права – кривичној санкцији садрже излагања о начину, условима и поступку за одмеравање казне као најзначајније кривичне санкције која треба да оствари гарантивну, заштитну функцију кривичног права. Да би претходна излагања о олакшавајућим и отежавајућим околностима као начину за одмеравање казне кривично одговорном учиниоцу кривичног дела било потпуније, потребно је да укажемо на врсте и значај ових околности и у другим савременим кривично правним системима.

Тако Кривични законик Аустрије⁴⁵ у чл. 32. предвиђа да је основ за одмеравање казне кривица учиниоца кривичног дела. Но, суд је обавезан да при одмеравању казне узме у обзир и све олакшавајуће и отежавајуће околности, а посебно: 1) у којој је мери дело изазвано одбојним или равнодушним ставом учиниоца дела према правно заштићеним вредностима и 2) у којој је мери дело проузроковано спољним околностима или побудама. При томе је сам законик одредио да ће се казна одмерити строжије у следећим случајевима: 1) ако је оштећење или угрожавање веће, 2) ако је учинилац вршењем кривичног дела прекршио више обавеза, 3) ако је чинилац зрелије размисљао о свом делу, 4) ако је учинилац дело брижљиво припремао и 5) ако је учинилац дело извршио безобзирније.

⁴⁵ E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, Wien, 1989. године.

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине⁴⁶ у чл. 40. одређује општа правила за одмеравање казне у оквиру којих наводи олакшавајуће и отежавајуће околности. Међу овим околностима суд је нарочито дужан да води рачуна о следећим околностима: 1) степен кривичне одговорности, 2) побуде учиниоца, 3) јачина угрожавања или повреде заштићеног добра, 4) околности под којима је дело извршено, 5) ранији живот учиниоца дела, 6) личне прилике учиниоца, 7) држање учиниоца после извршеног кривичног дела и 8) друге околности које се односе на личност учиниоца дела.

Кривични законик Републике Бугарске⁴⁷ у чл. 54. као околности од значаја за одмеравање казне у границама посебног минимума и посебног максимума наводи: 1) степен друштвене опасности дела и учиниоца, 2) побуде из којих је дело извршено и 3) друге отежавајуће и олакшавајуће околности не наводећи које су то околности већ оставља судском већу да их по слободном нахођењу утврђује у сваком конкретном случају.

Кривични законик Чешке Републике⁴⁸ у чл. 33. наводи које се околности могу узети као олакшавајуће околности при одмеравању казне. То су: 1) стање јаке душевне узбуђености, 2) искрено кајање, 3) самопријављивање, 4) помагање учиниоца државним органима у расветљењу кривичне ствари и 5) други мотиви учиниоца у складу са етиком друштвене заједнице.

У чл. 41. чешки кривични законик наводи отежавајуће околности: 1) вршење кривичног дела из непријатељских побуда и других за осуду побуда према држави, 2) извршење кривичног дела на свиреп, подмукао и лукав начин, 3) извршење кривичног дела коришћењем неспособности оштећеног лица да се брани као и коришћењем његове зависности или потчињености, 4) извршење кривичног дела коришћењем елементарних непогода или ратне опасности. Дакле, овај законик децидирано наводи олакшавајуће и отежавајуће околности што значи да је суд дужан да у конкретном случају утврди да ли постоји нека од ових околности и када то утврди мора им дати законом предвиђени значај и карактер.

⁴⁶ Збирка кривичних (казнених) прописа Федерације Босне и Херцеговине, Сарајево, 1998. године.

⁴⁷ Наказателен кодекс с посочени стари текстове на изменените членове, Норма, Паралакс, Софија, 1998. године.

⁴⁸ Trestny zakon s izmeneniami i dopolneniami v 1973. Praha, 1974. године.

Кривични закон Републике Хрватске⁴⁹ у чл. 56. истиче да се избор врсте и мере казне врши у границама законом прописане казне на основу: 1) степена кривице, 2) опасности извршеног кривичног дела и 3) сврхе кажњавања. При одмеравању казне суд је дужан да узме у обзир и следеће околности које могу да имају карактер олакшавајућих или отежавајућих околности: 1) степен кривице, 2) побуде из којих је дело извршено, 3) јачина повреде или угрожавања заштићеног добра, 4) околности под којима је дело учињено, 5) околности под којима је учинилац живео пре извршења дела, 6) усклађеност понашања учиниоца дела са законом, 7) околности у којима учинилац живи и његово понашање након извршеног кривичног дела, а посебно његов однос према оштећеном и према накнади штете причињене кривичним делом и 8) укупност друштвених и личних узрока који су допринели извршењу кривичног дела.

Кривични законик Републике Македоније⁵⁰ у чл. 39. набраја као олакшавајуће и отежавајуће околности које је суд дужан да узме у обзир при одмеравању казне следеће околности: 1) степен кривичне одговорности, 2) побуде из којих је дело учињено, 3) јачина повреде или угрожавања заштићеног добра, 4) околности под којима је дело учињено, 5) допринос жртве извршењу дела, 6) ранији живот учиниоца дела, 7) личне прилике учиниоца, 8) однос учиниоца дела према извршеном делу и 9) друге околности везане за личност учиниоца.

Кривични законик СР Немачке⁵¹ у чл. 46. прописује да је основ за кажњавање кривица учиниоца кривичног дела. При одмеравању казне суд је дужан да узме у обзир утицај који се од казне очекује на будући живот учиниоца. При томе суд је дужан да цени и следеће околности те да им да карактер олакшавајуће или отежавајуће околности: 1) мотиве и циљеве учиниоца дела, 2) морална схватања учиниоца која произилазе из учињеног кривичног дела и воље коју је учинилац испољио при извршењу дела, 3) обим повреде дужности, 4) начин извршења и последице кривичног дела, 5) ранији живот учиниоца, 6) личне и материјалне прилике учиниоца и 7) држање учиниоца после извршења кривичног дела посебно његово настојање на накнади штету или да са оштећеним постигне поравнање.

⁴⁹ Народне новине Републике Хрватске, Загреб, број 110/1997.

⁵⁰ Горги Марјановић, Македонско казнено право, Просветно дело, Скопље, 1998. године.

⁵¹ Н. Schonke, Н. Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Munchen.1994. године.

Кривични законик Руске федерације⁵² у чл. 60. наводи да се учиниоцу кривичног дела одмерава праведна казна у границама закона при чему се узима у обзир: 1) карактер и степен друштвене опасности кривичног дела и лично-ст учиниоца, 2) околности које олакшавају или отежавају казну и 3) утицај одмерене казне на поправљање осуђеног и на услове живота његове породице.

Но, поред ових општих правила о одмеравању казне, Руски кривични законик је таксативно набројао и које се околности сматрају олакшавајућим (у чл. 61.), а које се околности сматрају отежавајућим (у чл. 63.). Тако се као олакшавајуће околности сматрају следеће: 1) извршење кривичног дела мале тежине, први пут и због случајног стицаја околности, 2) малолетство учиниоца, 3) трудноћа учиниоца, 4) постојање малолетне деце учиниоца дела, 5) извршење кривичног дела услед тешких животних околности или из мотива саосећања, 6) извршење кривичног дела услед психичке или физичке принуде или материјалне, службене или друге зависности, 7) извршење кривичног дела при повреди услова за постојање нужне одбране, хапшења лица које је извршило кривично дело, крајње нужде, основаног ризика или извршења наредбе, 8) противправност или аморалност жртве која је повод за кривично дело, 9) пријављивање кривичног дела од стране учиниоца са признањем, активно помагање у откривању кривичног дела, саучесника и у тражењу имовине прибављене кривичним делом и 10) пружање медицинске или друге помоћи жртви после извршеног кривичног дела, добровољна накнада имовинске или моралне штете причињене кривичним делом и друге радње усмерене на отклањање штете причињене кривичним делом.

Као отежавајуће околности у смислу чл. 63. Руског кривичног законика сматрају се: 1) вишеструкост кривичних дела или стицај кривичних дела, 2) тешке последице кривичног дела, 3) вршење кривичног дела у саставу групе или удружења, 4) нарочито активна улога у вршењу кривичног дела, 5) укључивање у вршење кривичног дела лица са тешким психичким поремећајем, пијаног лица или лица која су кривично неодговорна услед узраста, 6) извршење кривичног дела на основу мотива националне, верске или религиозне мржње или раздора, због освете или са циљем извршења или прикривања кривичног дела, 7) вршење кривичног дела према лицу у вези са вршењем службене дужности или њему блиском лицу, 8) вршење кривичног дела

⁵² Ј. И. Скуратов, В.М. Лебедев, Коментарији к Уголовному кодексу в Россијској федерацији, Норма, Москва, 1997. године.

према бременитој жени, малолетнику, незаштићеном или беспомоћном лицу или лицу које се налази у зависном положају у односу на учиниоца дела, 9) извршење кривичног дела са нарочитом свирепošћу, садизмом, малтретирањем и мучењем жртве, 10) вршење кривичног дела коришћењем оружја или психичке или физичке принуде, 11) вршење кривичног дела у условима ванредног стања, елементарне или друге непогоде или у току масовних нереда, 12) извршење кривичног дела коришћењем поверења, службеног положаја или уговора учиниоца дела и жртве и 13) извршење кривичног дела коришћењем униформе или докумената представника власти.

Кривични законик Републике Српске⁵³ у чл. 38. поставља правила за одмеравање казне учиниоцу кривичног дела при чему је суд нарочито дужан да узме у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности као што су: 1) степен кривичне одговорности, 2) побуде из којих је дело учињено, 3) јачина угрожавања или повреде заштићеног добра, 4) околности под којима је кривично дело учињено, 5) ранији живот учиниоца, 7) личне прилике учиниоца дела 8) држање учиниоца после учињеног кривичног дела, 9) друге околности које се односе на личност при чему се поврат (ст. 2. чл. 38.) обавезно узима као отежавајућа околност.

Кривични законик Републике Словеније⁵⁴ у чл. 41. набраја околности које имају значај олакшавајуће или отежавајуће околности при одмеравању казне учиниоцу кривичног дела. Међу овим околностима закон набраја: 1) степен кривичне одговорности, 2) побуде из којих је дело учињено, 3) степен угрожавања или повреде заштићеног добра, 4) околности под којима је дело учињено, 5) личне прилике учиниоца дела, 6) однос учиниоца према делу или власти као и да ли је накнадио штету причињену кривичним делом и 7) друге околности везане за личност учиниоца.

Кривични законик Републике Украјине⁵⁵ у чл. 39. истиче да суд изриче меру казне учиниоцу кривичног дела руководећи се правним мерама, карактером

⁵³ Милош Бабић, Коментар Кривичног законика Републике Српске, Бања Лука, 2002. године.

⁵⁴ Казенски законик Републике Словеније з уводними појаснили Боштаја Пенка ин Клаудија Стролига, Урадни лист, Љубљана, 1999. године.

⁵⁵ М.И. Коржанскиј, Популарниј Коментар Криминолног кодексу, Наукова Думка, Киев, 1997. године.

и степеном опасности извршеног кривичног дела, личношћу окривљеног и околностима дела.

При томе су у чл. 40. таксативно наведене околности које могу да имају карактер олакшавајућих околности. То су: 1) отклањање штетних последица дела или добровољно обештећење или накнада причињене штете, 2) извршење кривичног дела услед тешких личних или породичних прилика, 3) извршење кривичног дела под претњом или принудом или због тешког материјалног положаја, 3) извршење кривичног дела под великим узнемирењем које је изазвано поступцима жртве, 4) извршење кривичног дела у заштити од друштвено опасног понашања или у прекорачењу нужне одбране, 5) извршење кривичног дела од стране малолетника или бремените жене, 6) кајање или признање кривице или помоћ у разрешењу кривичног дела и 7) све друге околности које суд нађе у конкретном случају.

У чл. 41. овај Законик предвиђа отежавајуће околности као што су: 1) поврат, 2) вршење кривичног дела од стране организоване групе или искоришћавањем односа потчињености или зависно жртве у односу на учиниоца, 3) извршење кривичног дела из користољубља, 4) наступање тешких последица, 5) извршење кривичног дела према малолетнику, старом лицу или лицу у бесвесном стању, 6) подстрекавање или укључивање малолетника у вршење кривичног дела, 7) извршење кривичног дела са посебном грубошћу или иживљавањем над жртвом, 8) извршење кривичног дела искоришћавањем државних непријатеља, 9) извршење кривичног дела на опасан начин, 10) извршење кривичног дела од стране пијаног лица и 11) извршење кривичног дела од стране лица које је ослобођено уз јемство за време његовог трајања или најдуже до једне године од његовог истека.

Кривични законик Швајцарске⁵⁶ у чл. 63. овлашћује суд да при одмеравању казне кривично одговорном учиниоцу кривичног дела у границама законом прописане казне нарочито цени следеће околности: 1) мотив извршења кривичног дела, 2) ранији живот учиниоца и 3) лични односи учиниоца дела и његов однос према друштву. Зависно од значаја и природе односно дејства у конкретном случају ове околности могу да добију карактер олакшавајуће или пак отежавајуће околности.

⁵⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch Stand Am 1. April 1996., Bern 1997. godine.

ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Последњих година 20. века конституисана је нова грана казног права – међународно кривично право⁵⁷ које утврђује систем међународних кривичних дела, санкције за њихове учиниоце и основе и услове кривичне одговорности и кажњивости. Дакле, међународно кривично дело је јавноправни деликт међународног карактера којим се повређују или угрожавају универзалне, општецивилизацијске вредности: човечност и међународно право. То значи да је међународно кривично дело друштвено опасно, противправно понашање виног учиниоца које је одређено као кривично дело и за чијег је учиниоца прописана кривична санкција, без обзира да ли међународно кривично дело схватимо у ужем или у ширем смислу⁵⁸, на бази одређених међународно правних аката, а то је у првом реду Статут Међународног кривичног суда усвојен на Дипломатској конференцији ОУН у Риму јула 1998. године.

За суђење и пресуђење међународних кривичних дела формиран су наднационални, универзални судски органи (у прво време то су били војни судови, потом *ad hoc* трибунали, а данас је то Стални међународни кривични суд који је формално конституисан 1. јула 2002. године са седиштем у Хагу).

Стални међународни кривични суд у смислу чл. 77. Римског статута (који представља основни извор међународног кривичног права) учиниоцима међународних кривичних дела може да изрекне следеће кривичне санкције: 1) као главне казне: а) казну затвора у одређеном трајању до 30 година и б)

⁵⁷ Види: Војислав Ђурђић, Драган Јовашевић, Међународно кривично право, Номс, Београд, 2003. године; Иво Јосиповић, Хашко ин плементацијско казно право, Загреб, 2001. године; Владимир Камбовски, Међународно казно право, Скопље, 1998. године.

⁵⁸ Ова је подела међународних кривичних дела усвојена на 14. Конгресу Међународног удружења за кривично право у Бечу 1989. године. У ужем смислу сматрају се међународним кривичним делима: геноцид, злочин против човечности, ратни злочин и злочин агресије. Често се за ова кривична дела још употребљава назив злочини према нирнбершком и токијском праву. У ширем смислу сматрају се међународним кривичним делима она којима се крше правила међународног права и која међународна заједница жели да инкриминише и санкционише у националном кривичном законодавству. Ту спадају дела у вези са опојним дрогама, безбедношћу ваздушног саобраћаја, проституцијом, порнографијом, трговином људима и сл.

доживотни затвор и 2) као споредне казне: а) новчану казну и б) конфискацију прихода, власништва и добара који су добијени директно или индиректно извршеним злочином .

Правила о одмеравању казне за међународна кривична дела предвиђена су у одредби чл. 78. Римског статута. Према овим правилима суд је обавезан да одмери казну у складу са тежином извршеног дела и индивидуалним околностима везаним за учиниоца дела. С обзиром да ниједан међународно правни акт који предвиђа међународна кривична дела не прописује распоне казни за учињена дела, то је суд овлашћен да у границама општег минимума и максимума казне по свом слободном уверењу изрекне врсту и меру казне.

При томе је суд обавезан једино да води рачуна о две околности: 1) околности објективног и 2) околности субјективног карактера. Околност објективног карактера од значаја за одмеравање казне пред међународним кривичним судом је тежина извршеног злочина (обим и интензитет извршеног дела као и околности везане за његово извршење које се у првом реду односе на: време, место, начин и средство извршења) . Околност објективног карактера коју суд обавезно мора да узме у обзир при одмеравању казне учиниоцу међународног кривичног дела јесу индивидуалне околности везане за личност учиниоца дела. Које су то индивидуалне околности тешко је унапред рећи већ то представља фактичко питање које судско веће мора да реши у сваком конкретном случају.

ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ УЧИНИОЦИМА ПРИВРЕДНИХ ПРЕСТУПА И ПРЕКРШАЈА

Кривична дела нису једине врсте јавноправних деликата. Поред њих постоје привредни преступи и прекршаји који представљају друштвено штетна и противправна понашања појединаца и правних лица којима се повређују или угрожавају правно заштићена добра и интереси. Према учиниоцима ових врста деликтних понашања надлежни државни органи у законито спроведеном поступку изричу казне и друге санкције. При одређивању врсте и висине санкције у привредно преступном и прекршајном праву надлежни органи примењују одређена правила.

Привредни преступ представља друштвено штетну повреду прописа о привредном или финансијском пословању која је проузроковала или је могла проузроковати теже последице и за коју је прописом надлежног органа одређена санкција. Као учиниоци привредног преступа могу се јавити: 1) правно лице, 2) предузетник и 3) одговорно лице у правном лицу. Правно лице одговара за учињени преступ на основу објективне одговорности (на бази проузроковане последице преступа), а одговорност предузетника и одговорног лица у правном лицу се заснива на урачунљивости и виности. За привредни преступ закон предвиђа више врста санкција. То су: 1) новчана казна, 2) условна осуда и 3) заштитне мере.

Трговински суд у привредно казненом (или привредно преступном) поступку правном и одговорном физичком лицу у том правном лицу одмерава казну под условима и на начин прописан у Закону о привредним преступима⁵⁹. Према чл. 20. овог закона суд правном лицу одмерава казну у границама прописане казне за привредни преступ узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде већа (отежавајуће околности) или мања (олакшавајуће околности). Сам је закон обавезао суд да при одмеравању новчане казне посебно узме у обзир следеће околности (али закон не наводи унапред која је околност олакшавајућа или отежавајућа): 1) тежину учињеног привредног преступа, 2) последицу која је наступила или је могла да наступи, 3) околности под којима је привредни преступ учињен и 4) економску снагу правног лица.

Сем околности под којима је привредни преступ учињен, а које могу да буду олакшавајуће или отежавајуће, све остале околности од значаја за одмеравање казне правном лицу као учиниоцу привредног преступа јесу објективног карактера.

При одмеравању казне предузетнику и одговорном лицу у правном лицу закон је изричито одредио да ће се у тим случајевима изрећи врста и мера новчане казне у складу са одредбама чл. 41. Основног кривичног закона. Дакле, и овде се физичком лицу као учиниоцу привредног претсзупа узимају

⁵⁹ Драган Јовашевић, Коментар Закона о привредним преступима са судском праксом, Службени лист СРЈ, Београд, 2001. године, стр. 124-136; Драган Јовашевић, Привредни преступи у судској пракси, Практикум, Службени гласник, Београд, 2001. године, стр. 34-51.

у обзир све објективне и субјективне околности које је иначе кривични суд обавезан да узме у обзир при одмеравању казне за кривично дело.

Друга врста деликата јесу прекршаји⁶⁰. Прекршаји су повреде јавног поретка утврђене законима или другим прописима за које су прописане прекршајне казне и заштитне мере. Као учиниоци прекршаја могу се јавити следећа лица: 1) физичко лице, 2) правно лице, 3) предузетник и 4) одговорно лице у правном лицу. И у прекршајном праву правно лице одговара на основу објективне одговорности, а сва остала лица своју одговорност заснивају на урачунљивости и виности.

За учиниоце прекршаја је према Закону о прекршајима предвиђено више санкција. То су: 1) казне (затвор и новчана казна), 2) опомена, 3) заштитне мере и 4) васпитне мере.

У чл. 37. Закона о прекршајима Републике Србије је изричито предвиђено да се прекршајне казне изричу у границама прописане казне за прекршај при чему је прекршајни орган (судија за прекршаје и веће за прекршаје) обавезан да при томе узме у обзир олакшавајуће и отежавајуће околности. Међу овим околностима на које закон посебно упућује налазе се следеће околности: 1) тежина и последице прекршаја, 2) околности под којима је прекршај учињен, 3) степен одговорности учиниоца прекршаја, 4) личне прилике учиниоца, 5) држање учиниоца после извршеног прекршаја и 6) имовно стање (ако се ради о одмеравању новчане казне). Ни за једну од наведених околности закон није унапред одредио карактер и дејство у погледу одмеравања казне (да ли делује као отежавајућа или олакшавајућа околност). При томе је сам закон изричито одредио да се као отежавајућа околност не може узети ранија изречена казна или заштитна мера под условом да је од дана правоснажности решења о прекршају протекло више од две године.

ЗАКЉУЧАК

Кривично законодавство свих савремених земаља тежи да сузбије различите облике и видове друштвено опасног и противправног понашања појединаца и група и да на тај начин обезбеди ефикасну и квалитетну заштиту најзначај-

⁶⁰ Драган Јовашевић, Збирка закона о прекршајима са коментаром и праксом, Службени гласник, Београд, 2000. године, стр. 34-41.

нијих друштвених добара и вредности од повреде или угрожавања са свих страна. То се у великој мери постиже применом казни и других кривичних санкција према учиниоцима кривичних дела. Те санкције имају одређену сврху у оквиру опште сврхе кривичног законодавства уопште.

Да би се законом одређена сврха казни као најзначајније врсте кривичних санкција могла остварити, судско веће које одлучује о кривичној одговорности и кажњавању, учиниоцу кривичног дела мора да изрекне врсту и меру казне руководећи се одређеним правилима. Та правила треба да обезбеде законитост, али и правичност односно сразмерност у изрицању казни, а изречена казна треба да одговара степену друштвене опасности учињеног дела и његовог учиниоца. Но, тако изречена казна треба да оствари и други циљ – а то је обезбеђење основа за преваспитање, поправљање и ресоцијализацију учиниоца кривичног дела како он не би наставио даље са вршењем кривичних дела.

Да би се сви ови циљеви и захтеви који се од стране суда очекују, и остварили у сваком конкретном случају, сви савремени кривични закони сходно принципу законитости одређују систем кривичних санкција у првом реду казни и основе и услове за њихово изрицање. Но, поред законског одмеравања казни које се одвија на два нивоа: 1) у погледу општег минимума и максимума одређене врсте казне и 1) у погледу посебног минимума и максимума казне за свако поједино кривично дело, све земље данас широко примењују судско одмеравање казне као редован начин одмеравања казне (при чему постоји и административно или извршно одмеравање казне у појединим правним системима).

Најзначајније је судско одмеравање казне којим суд конкретном учиниоцу конкретног кривичног дела у свом појавном облику испољавања изриче врсту и меру казне имајући у виду све објективне и субјективне околности везане како за учињено дело тако и за личност његовог учиниоца. Без обзира о ком се савременом кривичном законодавству ради, сви они предвиђају већи број ових околности дајући при томе путоказ судском већу које је обавезно да одлуку коју доноси на основу слободног уверења и свом нахођењу образложи дајући ваљане разлоге. Колика је стваралачка и динамичка улога суда у конкретном одмеравању казне учиниоцу кривичног дела значајна, говоре и бројни примери из судске праксе који указују на велику шароликост различитих објективних и субјективних околности иначе предвиђених у чл. 41. Основног кривичног закона и њихову природу, карактер и значај у сваком случају.

Prof. Dr. Dragan Jovašević, LL.D

Assistant Professor

The Significance of Mitigating and Aggravating Circumstances in Determining Penalty in Criminal Law

Summary

All criminal laws in modern countries provide many criminal sanctions for perpetrators of criminal offences. The most important sanctions in criminal law are penalties, which can be applied individually, cumulatively or alternatively with other sanctions. The purpose of these penalties is to reform and prevent the offender from committing a criminal offence again. Criminal law provides numerous rules for determining adequate penalties. The most important of these rules are related to mitigating and aggravating circumstances, which are enacted in Article 41 of the Basic Criminal Code (the former Criminal Code of FR Yugoslavia).

In this paper, the author has analyzed the theoretical and practical aspects of mitigating and aggravating circumstances in determining penalty in our criminal and comparative criminal law.

Key words: criminal offence, offender, criminal responsibility, penalty, determining penalty, court, mitigating circumstances, aggravating circumstances, the purpose of penalty.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Доц. др Миомира Костић

МОДЕЛ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ
UDK 343.9

Рецензент: Проф. др Слободанка Константиновић Вилић

Апстракт

У свом раду ауторка износи основне теоријске поставке и дискусије о практичној примени ресторативне правде. Разматра питања увођења и примене ресторативне правде у смислу постизања равнотеже интереса жртве, друштвене заједнице и делинквента. Аутори дефинишу овај појам набрајањем одређених активности уз поштовање извесних стандарда и принципа у примени. Ауторка

износи нека искуства и недоумице око примене процеса ресторативне правде у америчком правосуђу. Такође, она издваја вредности којима тежи ресторативна правда. Део рада посвећен је стандардима за примену ресторативне правде. Важна је усклађеност тих стандарда са међународно усвојеним документима о заштити основних људских права.

Кључне речи: ресторативна правда, стандарди, принципи, ретрибутивна правда.

Доц. др Миомира Костић¹

МОДЕЛ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ

У теоријским расправама и практичној примени ресторативна правда, као појам и процес, добија значење кључног елемента друштвене правде. Ресторативној правди приписује се способност враћања правде у друштвену заједницу у којој је традиционални кривичноправни систем повезан са мерама опресије унутар заједнице. Те мере изричу органи формалне друштвене контроле у централизованом, статичном кривичном поступку који своје оправдање налази у општој, за све грађане доступној правди.

Теоријска разматрања о стандардима и обезбеђивању спровођења ресторативне правде често истичу занемаривање социјалних тежњи и традиције приликом усвајања овог процеса. Ресторативна правда се некада разматра само као могућност остваривања већег обима права жртава поред утемељеног кривичноправног система ретрибутивне правде, а некада опет као равнотежа између права делинквената и права жртава.

Ипак и поред извесних несугласица и недоследности у спровођењу, ресторативна правда применом својих принципа обезбеђује реституцију жртава и друштвене заједнице, промовише реинтеграцију делинквената и поправљање односа између жртве, делинквента и друштвене заједнице. У процесу ресторативне правде предвиђена је могућност да се делинквентна понашања доживе као крајње озбиљна делања према којима ће се поступати без повишене репресије и без искључивања делинквената из друштвене заједнице и процеса реституције жртава. Како неки аутори истичу² ресторативна правда

¹ Доцент Правног факултета у Нишу.

² McEvoy, K., Mika, H., Hudson, B., Introduction – Practice, Reformance and Prospects for Restorative Justice, Brit. J. Criminol. (2002) 42, s. 469.

даје изглед на избегавање тзв. "нултог износа", при чему бенефиције жртава погађају делинквента, не у његовим правима, већ у повећаном обиму обавеза због свог понашања.

Увођење и примена ресторативне правде

Заговорници ресторативне правде залажу се за неограничену експанзију у њеној примени, док други упућују критику како претерани циљеви само подривају остварење скромнијих али реалнијих успеха. Неке од главних критика усмерене су на то да се применом ресторативне правде не остварују пропорционални резултати. Међутим, пропорционалност и није једна од кључних вредности ресторативне правде, као ни евалуација њених успеха, зато што она заступа задовољење свих учесника тог поступка, што није суштинска вредност нити циљ конвенционалног кривичноправног система. Сматра се да је осећање стида важнији вид контроле криминалитета од изречене кривичне санкције. Како осећање стида не би произвело неповољне последице по делинквента и жртву потребно је да се процес оконча ритуалним чином кроз церемонију реинтеграције.³

Осим тога, неке женске феминистичке групе такође се не саглашавају са применом процеса ресторативне правде у случајевима породичног насиља. Наиме, у другој половини двадесетог века феминисткиње су сексуално насиље и насиље у породици прогласиле појавама које заслужују да буду третиране као злочини које треба казнити. Ресторативна правда, са своје стране, омогућава да напредак постигнут на том плану буду умањен зато што дозвољава да се о таквим злочинима расправља на приватним састанцима, где жене могу бити додатно виктимизирани због немогућности да се избегне неравнотежа моћи. С друге стране, у Канади Council on Justice and Corrections је у току 1996. године поднео извештај заснован на истраживању искустава жртава насиља и утврдио да је ...“контакт између жртве и кривичног суда био примарни извор ревиктимизације, фрустрације, разочарања, досађивања, пре него ли допринос у решавању проблема жртава“. Исто тако, невладина организација из Њуфаундленда Provincial Association Against Family Violence PAAFV изнела је резултате сопственог истраживања о положају жртава у кривичном поступку. Према овом извештају „жртве су

³ Braithwaite, J., Dalz, K., Мушкости, насиље и контрола заједнице, Темида (2001) 2, година 4, стр. 29.

забринуте око сопственог минималног учешћа у кривичном поступку и да се некада осећају као особе којима се суди уместо особе која је оптужена за злочин..., а садашњи систем функционише тако што делинквенте радије задржава у систему него што их охрабрује да престану да врше злочин“.⁴

Један од главних поборника ресторативне правде у САД Томас Саванагх сматра да је класичан кривичноправни систем доживео крах и да ствара „спиралу учешћа сиромашних, ментално болесних и маргиналаца“, а да ресторативна правда помаже да људи „живе живот са страшћу, испуњен личним и заједничким циљевима и сновима у тежњи да достигну своје потпуне могућности“. Овај бивши новинар који је провео 28 година као извештач из суда, сматра ресторативну правду изазовом који је „посвећен критичком размишљању и доживотном учењу у току којег се постављају питања на која се нема увек одговор, где се човек усуђује на нешто изванредно и преузима ризик“.⁵

У правосудни систем Новог Зеланда први пут у свету уведен је поступак познат као ресторативна правда који обједињује постизање равнотеже интереса жртве, делинквента и друштвене заједнице, док је систем кривичног правосуђа, спроводећи ретрибутивну правду, усмерен да одговори на питања о томе који је закон прекршен, ко га је прекршио и како санкционисати кривца тако да се постигне специјална превенција. Приступ ресторативне правде састоји се у стратегији окупљања и дискусије у оквиру локалне заједнице. Назив за такво окупљање је друштвена расправа која је уз извесне измене преузета из културе Маора са Новог Зеланда. Овај вид друштвеног реаговања окренут је појединцу и може се применити и у градским срединама. Циљ је постизање јединствених решења која су прихватљива за људе у одређеним околностима и с обзиром на културне прилике које владају.⁶

Друштвена расправа од 1989. године представља основни начин реаговања на малолетничку делинквенцију на Новом Зеланду, где се малолетни делинквенти упућују на групно породично саветовање (Family Group Conferencing)

⁴ Stephanie Coward, Restorative Justice in Cases of Domestic Violence: Healing Justice? Directed Interdisciplinary Studies, Carleton University, Decembar 2000., s. 2-3.

⁵ <http://www.Restorativejustice.Com/Tom.html>

⁶ Полази се од једне претпоставке: ако не може да се пронађе група људи која подједнако води рачуна и о учиниоцу и о жртви то значи да је координатор друштвене расправе некомпетентан, а не да су ова људска бића лишена бриге и пажње. Braithwaite, J., Daly, K., op. cit., стр. 33-34.

пошто су већ признали кривицу на суду.⁷ Друге активности ресторативне правде, много чешће примењиване у САД, одређују се као: утицај исказа жртви, класификација и панел дискусија, медијација (посредовање) између жртве и учиниоца, друштвени сервис, реституција и друштвени ресторативни одбори.

Појам ресторативне правде и врсте „путоказа“

Данас се највећи број различитих активности у процесу ресторативне правде одвија од стране агенција за пружање друштвених услуга, школа, законодавних органа и одељења за превенцију. Ове активности повезују заједнички елементи: лечење, посредовање између жртве и учиниоца, извињење (осећање стида) и реинтеграција. Зато је приликом дефинисања ресторативне правде неопходно садржајно објединити све ове процесе. Marshall (1997) одређује ресторативну правду као „процес помоћу кога стране, од којих свака учествује у дотичном кривичном делу, долазе заједно да колективно реше како да савладају последице злочина и његове импликације у будућности“.⁸

Howard Zehr i Harry Mika предложили су изванредан број „путоказа“ у циљу лакше идентификације процеса ресторативне правде. Учесници процеса се радије усредсређују на претрпљену штету него на кршење закона. Према жртви и према учиниоцу се исказује уравнотежена брига и обе се стране укључују у кривични поступак. Поправљање последица које је жртва претрпела врши се кроз повећан интерес за задовољење потреба жртве. Делинквент се подржава и симултано охрабрује да разуме, прихвати и изрази спремност да исправи зло које је нанео. У процесу ресторативне правде мора се препознати потреба делинквента да испуни обавезе које су оствариве, а не представ-

⁷ FGC започиње обучени медијатор (посредник) који окупља жртву и учиниоца, породицу, пријатеље и особе које подржавају обе стране. Саветовање почиње тако што учинилац описује своје дело, док последице злочина описују обе стране. Као резултат, учинилац спознаје последице свога понашања, а жртвама се даје могућност да оне изразе своја осећања. Сесија се завршава тако што сви учесници показују једно саглашавање које у себи обједињује очекивања и ангажовање. Braithwaite, J., Daly, K., op. cit., стр. 32.

⁸ Cavanagh, T., Adopting New Values for the Courts: What is Restorative Justice? The Court Manager, (1998), 13/ 2/3, p. 24-27. Williamsburg,, VA: National Association for Court Management

љају кажњавање. Мора се развити могућност да између жртве и учиниоца буде успостављен непосредан или посредан дијалог. С друге стране, ови заговорници ресторативне правде не искључују значај кривичног судског поступка и сматрају да сама друштвена заједница, или прецизније ужа социјална средина у чијем се миљеу одиграо злочин, треба да буде део судског поступка, поготову кроз повећање њених капацитета да препозна злочин и одговори на њега. У процесу „лечења“ друштва од делинквенције радије треба подстицати сарадњу и реинтеграцију него сепарацију и корекцију. С обзиром да у процесу ресторативне правде учествују по својим обележјима хетерогене групе људи посебно се морају опажати извесни неочекивани поступци и неочекивани добијени резултати. Као последњи у низу „путоказа“ је онај којим се исказује поштовање за достојанство свакога, посебно жртава, делинквената и свих других учесника у процесу остваривања правде.

Provincial Association Against Family Violence PAAFV заступа философски приступ концепта ресторативне правде, при чему се ресторативна правда не одређује само као модел поступања другачији од традиционалног кривично-правног система, већ као философија или визија која у свести одражава потребе жртве, делинквента и друштвене заједнице. Ова асоцијација се позива на „...меродавне судове праведности у заједници и суђења у кругу као подстицаје или иницијативе у процесу ресторативне правде и идентификује неке облике решавања конфликта кроз алтернативно расправљање као природне ресторативне процесе,“ док други то не чине код одређивања појма.⁹ Према њима, ресторативна правда усмерена је на изазивање осећања срамоте и опроштај. Зато је ресторативна правда поступање искључиво за добробит жртве, а не делинквента.

Питањима ресторативне правде, у развијеним земљама света, баве се и црквене заједнице. Тако Црквени савет за правду и поправљање (The Church Council on Justice and Corrections) који окупља једанаест црквених заједница Канаде, ресторативну правду описује као „...омиљено име дато великом броју различитих приступа правди који су се појавили и који теже исцелитељским и успешнијим одговорима на злочин. Пошто постоји велики број различитих приступа, ови процеси покушавају да активно обједине учешће у свему ономе што је непосредно обухваћено извршеним злочиним. Свако треба да саслуша искуства, осећања и питања оног другог учесника. Заједно оно издвајају питања одговорности, сигурности и потребу за предузимањем

⁹ Coward, S., op. cit., s. 6.

крајње поштених и од значаја радњи“. По њима, да би се уопште говорило о постојању ресторативне правде мора постојати најмање пет елемената који једном процесу дају атрибут „ресторативан“.

Најпре, ресторативна правда захтева потпуно учешће и сагласност свих оних који су на било који начин били погођени извршењем кривичног дела – жртве, делинквента, њихових породица и пријатеља, као и особа из друштвене заједнице. Затим, ресторативна правда покушава да исцели оно што је уништено. Зато се процес усмерава на потребе жртве (шта је потребно учинити да се траума зацели; повраћај осећања сигурности), делинквента (шта је потребно урадити да се зло више никада не понови; шта предузети да се делинквент понаша у сагласности са постигнутим договором) и чланова заједнице (шта ће им помоћи да се они осећају сигурно; које кораке треба предузети за унапређење заједнице тако да има мање изгледа да се злочин догоди у будућности). Следеће што је неопходно је да постоји потпуна и непосредна одговорност свих учесника. Оптужене особе суочавају се са својим жртвама и другима који трпе последице злочина и којима је дата могућност да објасне своје понашање, преузму пуну одговорност и буду део процеса који одлучује о начину како да обједини потребе свих заинтересованих. Такође, ресторативна правда тежи да врати у целину све оно што је било „раздвојено“, уништено кривичним делом. Наиме, злочин дели чланове једне друштвене заједнице на „ми-они“ начин размишљања. Ресторативне расправе налазе начина да превазиђу ту разлику, тако да „ми и они“ буду поново повезани унутар једне друштвене заједнице постављене на здравим основама. Повраћај у једну целину свих чланова заједнице онемогућава изолацију унутар заједнице. Изолација се иначе јавља као природан пратилац злочина. То је отуђеност коју осећају како делинквент и жртва, тако и остали чланови друштвене заједнице који трпе последице. Међутим ресторативна расправа не може да повеже жртву и делинквента у нешто што је већ постојало као нездрав, злостављајући однос. На крају, расправа у ресторативној правди стреми ка томе да оснажи заједницу у циљу да се спречи даље повређивање тиме „што ће изградити односе и обратити пажњу на значајна социјална питања која су на првом месту узроци злочина“.¹⁰

¹⁰ Coward, S., op. cit., s. 7.

У литератури се налази и мишљење по коме је ресторативна правда „начин размишљања, начин понашања и начин расуђивања“.¹¹ Током деведесетих година прошлога века неки писци су описали ресторативну правду као одговор на криминално понашање које захтева да буду надокнађени губици као последице злочина од којих су патиле жртве, да се олакша успостављање мира и остваре мирољубиви односи између супротних страна. Током 1991. у Канади ресторативна правда је описивана као постојање принципа који подржавају и обештећују жртву уз посредовање, обештећују друштвену заједницу и уз помоћ којих се учествује у рехабилитацији делинквената уз ограничену употребу рестрикција и надзора.¹²

Ресторативна правда у америчком правосуђу

Прихватање и спровођење једног сасвим новог система правде у односу на постојећи систем ретрибутивне правде захтева сагледавање резултата тог процеса у државама које су са тиме отпочеле у другој половини прошлога века. Америчко правосуђе има дуго искуство у томе па је стога можда рационално поменути бар нека достигнућа и питања везана за примену ресторативне правде у овој држави. Cavanagh истиче да је 1997. године ресторативна правда „идентификована као главни тренд у државним судовима САД“. Ипак, према овом аутору „они који руководе судовима знају мало о овом процесу“. Амерички кривични правосудни систем и даље је у највећој мери усмерен на ретрибутивну правду са ограниченим учешћем жртве, без обзира на примену различитих програма у виду заступања и помоћи. Сви поборници ретрибутивног система улогу јавног односно државног тужиоца представљају као улогу представника друштвене заједнице.¹³

Још 1966. године Roger Warren, председник Националног комитета државних судова САД (The National Center for State Courts) истакао је важност усмеравања кривичног правосуђа више ка ресторативној правди него према систему ретрибутивне правде. Те исте године директор Националног института за поправљање (National Institute of Corrections) Morris Thigpen приметио је да се јавља прелазна промена у кривичном правосудном систему укључујући и

¹¹ Bria Nuculak, судија из Канаде који је учествовао на PATHS конференцији изложио је ову дефиницију 1995. Види: *ibid*.

¹² *Ibid*.

¹³ Cavanagh, T., *loc.cit*.

питања ресторативне правде. Године 1977. госпођа Nancy Gist, директор Бироа правне помоћи упозорила је на нужност превазилажења јаза између судова и опште јавности. Тиме што ће се рад судова учинити видљивим, успешним, проактивним и усмереним на жртве моћи ће да се изграде односи између локалног правосудног система и друштвене заједнице чиме ће се јаз између њих премостити.

У свом најидеалнијем виду ресторативна правда представља модел окупљања људи, припадника једне друштвене заједнице. Заједно на једном месту налазе се делинквент, жртва и припадници шире социјалне групе на чијем се подручју живота одиграо злочин. Сви заједно треба да осмисле план поступања помоћу кога ће се настале последице исправити, вратити у првобитно стање. Овај модел препознаје насиље једне особе над другом. Супротно тој философији живљења је постојећи систем ретрибутивне правде у САД који се усредсређује на кршење закона, утврђујући одговорност и кажњавајући кривца.¹⁴

Конференција о ресторативној правди одржана је у Денверу 1988. године и Служба за пробацију државе Колорадо отпочела је са инплементацијом визије овог процеса, тако што је од друштвене заједнице извршено „позајмљивање“ службеника који би обављали послове повезивања учесника оба система правде. Њихови задаци укључују координисање активности ресторативне правде у друштвеној заједници, развијање нових програма и едуковање јавности о ресторативној правди. Првобитни циљ био је да се службеници судова упознају са кључним вредностима процеса ресторативне правде. Главна улога намењена је председницима судова који поседују овлашћења да вреднују одлуке у којима се делинквенти не лишавају слободе, а које су друштвено оправдане или програме алтернативног кажњавања који се примењују у циљу спречавања рецидивизма. Финансирање овог обимног подухвата поставило се као важан задатак. Захваљујући томе што су на снагу ступили Закон о жртвама злочина (The Victims of Crime Act VOCA) и Закон о спречавању насиља над женама (The Violence Against Women Act VAWA) обезбеђене су велике донације новца за увођење и примену ресторативне правде. Ресторативна правда је актом Службе за пробацију означена као процес који „тежи да поправи штету изазвану криминалним понашањем у односу на жртву кривичног дела непосредно као и у односу на заједницу“. Поправљање штете може да обухвати финансијско

¹⁴ О ресторативној правди видети литературу на адреси: <http://www.restorativejustice.com/published.html>

обештећење жртве, као и успостављање јавног реда у заједници у покушају да се „врати дуг“ становницима локалне заједнице. У том смислу, да би били успешни у свом поправљању делинквенти „морају научити како да исправно и уз сарадњу одговоре на друштвене норме и захтеве, тако да постану пре „про-друштвене“ него „анти-друштвене“ особе. Међутим, како исправно истиче Cavanagh, ни ресторативна правда ни моделовање за про-друштвено понашање не могу се остварити без одговарајућих односа са широм заједницом: суда, канцеларије државног тужиоца, адвокатске коморе, социјалних служби, агенција које обезбеђују третман малолетника и агенција које обезбеђују образовну, професионалну и финансијску подршку делинквентима и њиховим породицама.

Вредности којима тежи ресторативна правда

Ресторативна правда се заснива на уравнотеженом усмеравању на делинквента, жртву и заједницу. Вредносни судови усмерени на делинквента обухватају извињење и осећање стида за учињено дело и реинтеграцију. У односу на жртву разматра се причињена штета и могућност давања опроштаја делинквенту, док би за друштвену заједницу било важно да се успоставе пређашњи односи.

Резултати и мере програма ресторативне правде заснивају се на основним вредностима које се односе на сва три учесника овог процеса. Делинквент треба да упуту писано или усмено извињење жртви и социјалној групи које трпе због његовог поступка. Он мора научити да препозна сопствену одговорност без посматрања себе као жртве околности као и да стекне сазнања о злу које је нанео жртви. Реинтеграција делинквента значи учење како да се врати у друштвену заједницу, посебно кроз план поступања у циљу „лечења“ насталог штетног поступка.

Код жртве треба идентификовати и проценити нанесену штету. У сваком појединачном случају прави се план поправљања штете. Жртва треба да прихвати извињење од делинквента и да искаже опроштај. Вредности везане за друштвену заједницу усмерене су на поправљање уништених односа и успостављање нових односа унутар заједнице.

Ретрибутивна правда тежи стварању сигурности у друштву за разлику од ресторативне правде која има за циљ успостављање мира у заједници. Ретрибутивна правда усмерена је на издвајање непожељних људи какви су

криминалци тиме што ће им се изрећи казна затвора, као најраспрострањенија врста кривичне санкције по обиму изрицања у правноснажним осуђујућим пресудама. Отуда и мишљење већине заступника ресторативне правде да процес ретрибуције није дао жељене резултате зато што су њиме углавном обухваћени они „другачији“, људи са маргина живота, који најчешће и доспевају пред кривични суд.¹⁵ То су најчешће: бескућници, ментално хендикепирани, сиромашни грађани и припадници маџина. Стварање мира у заједници подразумева поступање са делинквентима који су део друштвене заједнице јер ће се они вратити натраг у ту заједницу и после издржане казне затвора. Друштвена заједница која се непосредно односи на сваког појединачног делинквента обухвата породицу, пријатеље и особе са којима је делинквент у пословним односима. Ови односи обезбеђују окружење за развитак осећања за друштвену савест, свест да нечији поступци погађају друге људе и жељу да се особа оствари као узоран члан друштва.

Успостављање стандарда за ресторативну правду

У литератури о ресторативној правди питања успостављања стандарда везаних за спровођење овог процеса посматрају се као философске концепције. Наиме, сматра се да је неопходно у неком облику поставити минимум одговорности и минимум броја стандарда који ће се надметати за примат у примени. Такође, људска права су та која морају бити заштићена процесима ресторативне правде. Ипак, ресторативна правда и даље има релативно скромну подршку у стручној и општој јавности због тога што многи учесници (заговорници и критизери) процеса ретрибутивне правде себе идентификују као особе ангазоване у борби против опресивне државне структуре, која је посебно видљива у пенитенцијарној пракси модерних држава.

За већину заступника ресторативне правде овај концепт је философски, методолошки и политички значајан. Ресторативни метод значи поступак кроз који се разматра значај последица неправде нанесене грађанима и да све оне буду појединачно признате као почетна тачка у њиховом лечењу и спречавању, као и промену услова који су довело до развијања неправде. Грађани се охрабрују да преузму одговорност за догађаје који су последњих неколико векова посматрани искључиво као предмет интересовања државе.

¹⁵ Види мишљења Cavanagh-а, Braithwait-а и других аутора на наведеном сајту¹.

Основни стандард ресторативне правде је да ресторативни процес треба да тежи избегавању доминације. Ипак, доминација је и даље заступљена у ресторативном процесу као што се може уочити и у било којој другој сфери друштвене интеракције. Зато сваки програм који у себи садржи атрибут „ресторативан“ мора уједно бити ангажован у превенцији доминације. То у примени подразумева да сваки учесник конференције који не дозвољава другоме да изнесе свој став или да доминира над другим учесницима мора бити спречен у таквом свом настојању.¹⁶ Уколико доминација ипак опстаје или се други учесници боје да јој се непосредно супротставе онда модератор треба да захтева да говоре они над којима се врши субординација.

Неравнотежа моћи представља структурални феномен. Структура ресторативних процеса мора бити таква да минимализује неравнотежу моћи.¹⁷ Усвојени стандарди усмеравају припремни рад учесника поступка управо ка постизању равнотеже између учесника поступка. Организоване групе заступника интереса појединих жртава имају посебно значајну улогу када постоји неравнотежа моћи исказана у самом деликту. Тиме су обухваћене групе за подршку женама и деци када је породично насиље предмет дебате и групе за подршку еколошке средине ка да се врше кривична дела против природне средине од стране моћних корпорација.

Сматра се да је подесан поступак најважнији домен где се јавила потреба за дефинисањем стандарда. Делинквент треба да има право на савет адвоката о томе да ли да прихвати да учествује у поступку или не. Међутим, суштина процеса ресторативне правде, према Braithwait-у, је да се превазиђе „супарнички легализам“, тако да учесници буду охрабрени да говоре својим сопственим речима радије него да за њих говоре „легални миротворци који могу имати интерес да поларизују конфликт“.¹⁸ С обзиром да процес

¹⁶ Braithwaite, J., *Setting Standards for Restorative Justice*, Brit. J.Criminol. (2002) 42, s. 565.

¹⁷ Поступак ресторативне правде који се спроводи према малолетном делинквенту, на пример, не сме се одвијати тако да он буде оптуживан у „соби препуној одраслих људи“ (Haines, 1998). Овом поступку треба да присуствују одрасле особе које себе виде као одговорне да заступају интересе малолетника. Уколико се такве особе не пронађу за први круг, поступак се прекида и враћа се у пређашње стање да би се поново потражиле оне особе које ће заступати интересе детета и подржале дете. Слично је и у поступању према учиниоцима породичног насиља које би заступали њихови патријархални браниоци. Ibid.

¹⁸ Постоји стандард по коме делинквенти и жртве имају право на присуство адвоката за време спровођења процеса ресторативне правде. Међутим, стандард по коме ад-

ресторативне правде тежи да реинтегрише штету и сузбије стигматизацију онда је важно забранити било који облик деградације или понижавања у третману.

Кључни принцип процеса је поклањање исте пажње свим учесницима поступка – делинквентата, жртава и друштвене заједнице. Могуће је да положај појединих жртава буде искоришћен као потпора у програмима који су оријентисани само на права жртава. Такви програми су морално неприхватљиви. Најједноставнији начин да се поклати пажња свим учесницима поступка у пракси се остварује кроз пажљиво слушање излагања свих учесника у поступку, што практично представља забрану непоштовања или понижавања, као и спречавање деградирајућих начина реакције или кажњавања.

Право на жалбу је један од основних стандарда који морају бити испоштовани. У оним ситуацијама када је кривично право основ по коме се изриче санкција у поступку ресторативне правде делинквенти морају имати право жалбе против изречене санкције државном органу, односно надлежном кривичном суду. Међутим, то не значи да сви механизми кривичноправне процедуре истовремено одговарају идеји поступка ресторативне правде. То се посебно односи на присуство јавности у поступку. С једне стране, избегавање стигматизације појединих учесника у поступку ресторативне правде и обезбеђивање дијалога без доминације подразумева извесну дискретност, поготову онда када учесници нису сагласни да се поступак одвија уз присуство стручне или опште јавности. С друге стране, ако је то став учесника и они су сагласни да се поступак одвија уз присуство јавности необично је важно обезбедити учешће истраживача, критичара, новинара, судија и колега из програма ресторативне правде других средина. Тако ће се изнети критички ставови, искуства других поступака, као и начињене погрешке. У литератури се износе мишљења која иду у прилог овом другом схватању и истиче важност новинских извештача чији је задатак да објективно обавештавају о поштовању или непоштовању основних стандарда ресторативне правде.

вокати имају право да говоре у поступку чини се ипак неоправданим јер се такав говорник сматра претњом ка „интегритету оснаживања процеса ресторативне правде“. То не значи да адвокат треба да има безусловну забрану говора. Напротив, ако се сви учесници сагласе да треба да чују неко стручно мишљење онда то мишљење треба и изнети током поступка. То посебно важи у случају када су правници потписали легални споразум о сарадњи и прошли обуку за посредовање. Ibid.

У формулисању стандарда ресторативне правде морају се испоштовати и неки међународно признати инструменти о заштити основних људских права. Општа декларација о правима човека УН дефинише специфичне вредности и права људи који се промовишу и кроз процес ресторативне правде.¹⁹ Она обухвата право на живот, слободу и безбедност личности, право на заштиту од самовољног одузимања туђе имовине, право на здравље и медицинску бригу, као и право на учешће у демократским процесима. Са становишта ресторативне правде посебно је интересантан чл. 5. који предвиђа да нико неће бити изложен тортури или суровом, нехуманом и понижавајућем поступку или казни. Заговорници ресторативне правде сматрају да су државе чланице УН интерпретирале овај члан на најпермисивнији начин који не задовољава стандарде ресторативне правде. Зато је овај члан за њих нека врста „изазова“ за примену у ресторативној правди, као минимум „анти-кажњивог простора“.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године усмерен је ка даљем „самоодређивању“ грађана држава чланица.²⁰ Наиме, Пактом је прописано да свако лице које је ухапшено или притворено због кривичног дела буде у најкраћем року предато судији или некој другој власти законом овлашћеној да врши судске функције и мора у разумном року да буде суђено или ослобођено (чл. 6). Такође Пактом је предвиђено да су сви једнаки пред судовима и судовима правде (чл. 14). У Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима државе чланице се обавезују да признају право које има свако лице на најбоље психичко и ментално здравље које може да постигне (чл. 12).²¹ Године 1989. усвојен је Други опциони протокол Пакта о грађанским и политичким правима који обухвата учешће политичких партија у аболицији смртне казне. Такође заговорници ресторативне правде сагласни су са свим вредностима и правима из Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације према женама²² и

¹⁹ Општа декларација о правима човека, усвојена и прокламована од стране Генералне Скупштине резолуцијом 217А (III) од 10. децембра 1948. године

²⁰ Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Службени лист СФРЈ бр. 7/71.

²¹ Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, Сл. Лист СФРЈ бр. 7/71.

²² Сукцесорском изјавом од 12. марта 2001. године, Србија и Црна Гора је наставила чланство и у свим другим конвенцијама које се односе на права жена, а којима је депозитар Генерални секретар УН. Србија и Црна Гора је држава чланица Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације према женама. Опциони

Стандардним минималним правилима за мере непритварања из 1990. године (Токијска правила). За изградњу и примену ресторативне правде важне су одредбе Декларације о основним принципима правде за жртве злочина и злоупотребе моћи коју је усвојила Генерална скупштина УН-а 1985. године. Она обухвата релевантне вредности које ближе објашњавају инструменте заштите основних људских права попут: „заштите околине“ (чл. 10), „сажаљења“ (чл. 4), „повраћаја у пређашње стање“, „обештећења“ (чл. 5), „рестаурацију права“ (чл. 8) и регулише „нормалне механизме за разрешавање спорова, укључујући медијацију, пресуђивање и уобичајену правду и локалне обичаје“ (чл. 7), што је правни основ за примену ресторативне правде у свим оним ситуацијама када треба олакшати помирење и обештетити жртву. Осим тога на европском плану значајна је и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године²³. Према одредбама Конвенције нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању (чл. 3). Свако има права на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона (чл. 6). Конвенцијом је забрањена дискриминација по било ком основу, као што су: пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза са неком националном мањином и друго (чл. 14).

Неки аутори, попут Braithwait-а, дају предлоге стандарда који би били основ за поступање. Тако, овај аутор разликује стандарде ограничења или принуде који прецизно одређују права и ограничења и стандарде увећавања или максимизирајуће стандарде.

Стандарди ограничења били би:

- одсуство доминације;
- остваривање права;
- поштовање горњих законских максимума кривичних санкција;

протокол уз ову Конвенцију ратификован је децембра 2002. године. Иницијални извештај о примени Међународног пакта о грађанским и политичким правима у СРЈ за период од 1992-2002. године, Министарство за људска и мањинска права Србије и Црне Горе, Београд 2003.

²³ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, измењена у складу са Протоколом бр. 11, Рим, 4. новембра 1950., Збирка одлука о људским правима II, одлуке Европског суда за људска права (уредила Тајјана Папић), Београдски центар за људска права, Београд 2002., стр. 396-430.

- слушање других уз пуно поштовање;
- поклањање подједнаке пажње свим учесницима;
- одговорност, могућност жалбе;
- поштовање свих основних људских права прокламованих документима УН.

Стандарди највећих вредности или максимизирајући стандарди:

- успостављање људског достојанства;
- обнављање уништене имовине;
- обнављање нарушеног здравља;
- обнављање уништених људских односа;
- обнављање заједнице;
- обнављање околине;
- емоционално обнављање;
- обнављање слободе;
- обнављање сажалења и бриге за друге;
- успостављање мира;
- обнављање грађанског осећања дужности;
- припрема друштвене подршке за неограничени развој људских способности;
- превенција будуће неправде.

Ове вредности не проистичу само из текстова међународних докумената о људским правима, већ представљају и део емпиријског искуства сакупљеног кроз исказе жртава и делинквената о томе шта би они желели да се постигне кроз процес ресторативне правде.

У стандардима ограничења поред забране доминације важно место заузима и стандард остваривања права. Остваривање права значи да сви учесници треба да имају могућност да буду „опуномоћени“ да искажу своје сопствене приче на себи својствени начин. Тиме би обзнанили било који осећај неправде који желе да виде као исправљен. Међутим, без поштовања стандарда највећих вредности тиме би се, због субјективног доживљаја неправде, постигла нетрпеливост. Зато је неопходно поштовање свих правила у процесу спровођења ресторативне правде. Прихватањем стандарда ограничења учесници нису лимитирани у постизању стандарда са листе највећих вредности. Код стандарда највећих вредности мера се не састоји у томе да они увек буду сви стриктно спроведени, већ да се развијају кроз велики број случајева који

су у програму ресторативне правде. Евалуациони процес састојао би се у њиховом поређењу са случајевима који нису били у програму.

Све ове вредности веома су рестриктивне у одређивању казни. Њихово поштовање и спровођење тежи ка примени неких других мера зато што циљеви и средства спровођења ресторативне и ретрибутивне правде нису исти. Стандарди највећих вредности представљају различите облике лечења који имају своје упориште у међународно признатим људским правима и емпиријском искуству онога што учесници желе да „излече“ кроз процес ресторативне правде. Емиционално обнављање или емоционална ресторација тако ће за некога бити ослобађање од осећања страха, за другог учесника ослобађање од мржње, за неког следећег од стида или непожељних особина сопственог карактера. Обезбеђивање социјалне подршке за потпуни развој људских способности усмерен је ка органима формалне друштвене контроле и њиховом даљем опстанку као развојних а не статичних институција. Сматра се, наиме, да државне, регулативне институције онемогућавају развој људских способности, међу којим органи кривичноправног система усмерени на кажњавање представљају најтипичнији пример.

У процесу спровођења ресторативне правде Braithwait истиче значај помоћних стандарда које посматра као:

- жаљење или покајање због учињене неправде;
- извињење,
- осуда чина,
- опроштај,
- милост.

Сви ови стандарди такође су уграђени у међународноправне документе о људским правима. Листа ових стандарда разликује се од листе стандарда увећавања по концептуалном критеријуму. Desmond Tutu (1999) је изјавио да будућност не постоји без опроштаја, што је постала идеја водила многих поборника ресторативне правде. Међутим, опроштај се разликује од слушања других уз пуно поштовање, што мора бити основни стандард ресторативне правде. Залагање да свако буде саслушан не значи истовремено инсистирати на опроштају, пожуривати давање опроста. Braithwait²⁴ чак инсистира на томе да је окрутно и погрешно очекивати од жртве злочина да опрости. Даље овај аутор констатује да су извињење, опроштај и милосрђе

²⁴ Braithwait, J., op. cit., s. 571.

дарови који „имају значење само онда ако извиру у искреној жељи особе која опрашта, извињава се или прима милосрђе“. Слично томе, покајање које је силом или формално извучено из делинквента такође нема моралну снагу.

Упоређујући предложене стандарде Braithwait истиче да се стандарди ограничавања морају прихватити и применити као ограничења. Листу стандарда највећих вредности заговорници ресторативне правде треба „активно да охрабрују“ у ресторативном процесу, док помоћне стандарде посматра као нешто што не треба да се „пожурује“ у ресторативном процесу, већ они представљају резервне али и саставне делове успешног процеса ресторативне правде.

Тешкоће у спровођењу ових стандарда су у томе што их неки посматрају као неодређене вредности и мањкаве специфичности за спровођење процеса ресторативне правде. Међутим, они треба да се примењују у пракси тако што ће евалуација на основу претходних емпиријских показатеља из примене помоћи да се подстакне саветодавна регулатива за разлику од легалистичке регулативе у поступку спровођења ретрибутивне правде. У литератури са као пример наводи право на брзо суђење које је предвиђено одредбама законика о кривичном поступку савремених држава²⁵. Ово право представљено је и као специфична одредба из Пекиншких правила за малолетничко правосуђе.²⁶ Међутим, управо ово правило може бити преиспитано са становишта философског концепта ресторативне правде. Наиме, пракса је показала да у случајевима када су жртве тешко трауматизоване извршеним кривичним делом потребно је да протекне одређени временски период пре него оне постану спремне да прихвате „лечење“ кроз поступак ресторативне правде. Жртвама треба омогућити то право али не у оној мери да послужи као изговор за произвољно задржавање делинквента у притвору који још није оглашен кривим. С друге стране, нека права, као право на жалбу преузето из легалистичке регулативе је високо специфичан стандард у спровођењу ресторативне правде који, без изузетка, мора бити испоштован.

²⁵ Ово право предвиђено је и у чл. 16. Законика о кривичном поступку СРЈ по коме окривљени има право да у најкраћем року буде изведен пред суд и да му буде суђено без одлагања. Суд је дужан да поступак спроведе без одлагања и да онемогући сваку злоупотребу права која припада лицима која учествују у поступку. Законик о кривичном поступку, Сл. Лист СРЈ бр. 70 од 28. децембра 2001. године

²⁶ Видети: United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice – Beijing Rules, Defence for Children International, 1995., s. 5.

Закључак

У домаћој стручној и општој јавности познавање стандарда и принципа ресторативне правде није заступљено у већој мери. Канцеларија УНИЦЕФ-а у Београду организовала је неколицину стручних скупова са центрима за социјални рад, тимовима за сузбијање малолетничке делинквенције при секретаријатима унутрашњих послова и установама за извршење васпитних мера институционалног карактера. Међутим, сматра се да све то није било довољно за боље упознавање овог процеса.

Савремене државе теже да као основ комуникације међу људима развију толеранцију – трпеливост према различитостима, без обзира да ли су оне етичке, расне или економске природе. На различитост треба гледати без приговарања. Међутим, трпеливост често није довољна да се њоме најтачније одреди садашњост и по мишљењу неких поборника ресторативне правде, она није решење. Толеранција, сама по себи, као појединачни, издвојени персонални акт, не утиче на „лечење“ друштвених рана нити пак елиминише социјалну изолацију и очај.²⁷ Заговорници ресторативне правде радије истичу да решавање питања друштвених девијација пре треба да се заснива на „општој добробити“ заједнице. Општа добробит заједнице одређује се као „читава мрежа друштвених услова који омогућавају појединцима и групама људи да се у потпуности развију и живе пуним животом али тако да свако не буде усмерен само на себе, већ су сви одговорни за све друге око себе“.²⁸

Општа добробит у једној људској заједници значи да свако има обавезу да допринесе развоју општег добра у друштву, у интересу правде, као и у изналажењу решења социјалних питања у једној друштвеној заједници. Управо се на томе заснива основна критика ретрибутивне правде. Наиме, ретрибутивни кривичноправни систем управљен је на кажњавање делинквената, нарочито путем изрицања казни институционалног карактера. Установе за извршење казне затвора често се описују речима “увреда људског достојанства ...и отров у кротоку нације“. Такав систем није утицао на сузбијање криминалитета зато што се не бави разрешењем узрока криминалног

²⁷ Cavanagh T., Restorative Justice and the Common Good: Creating a Culture of Forgiveness and Reconciliation, BLUEPRINT for Social Justice, Vo. LIII, No. 8 April 2000.

²⁸ Ibid.

понашања. Ти узроци најчешће се налазе у најближем социјалном окружењу делинквента, у средини у коју се он иначе враћа по истеку казне.

Визија ресторативне правде, у контексту општег добра, усмерена је на постизање мира у друштвеној заједници путем поправљања односа у друштву, што се односи на све чланове заједнице. Суштина спровођења ресторативне правде је „лечење“ сваке особе која је повезана са злочином путем поправљања, а не путем кажњавања. Целокупан процес треба да се заснива на извињењу, опроштају и успостављању чврсте повезаности људи унутар заједнице.

Prof. Dr. Miomira Kostić, LL.D.
Assistant Professor

The Restorative Justice Model

Summary

In this article, the author deals with the basic theoretical assumptions and discussions on the practical use of restorative justice. She discusses the prospects of introducing and applying restorative justice in order to reach the balance of interests between a victim, the society and a delinquent. There is no unique standpoint of the concept of restorative justice, and many authors define this concept by listing certain activities with respect of standards and principles. The experiences of different countries which apply the restorative justice process are invaluable. The author provides examples of some experiences and doubts regarding the restorative justice process in the American judicial system, emphasizing the values of the restorative justice process. A part of the article is dedicated to the standards for the application of restorative justice and the compliance of those standards with the international documents on human rights.

Key words: restorative justice, standards, principles, retributive justice.

Доц. др Наташа Стојановић

РАСПОЛАГАЊА ЗАОСТАВШТИНОМ У
ДРУШТВЕНО-КОРИСНЕ СВРХЕ

UDK 347.67

Рецензент: Проф. др Мирса Мијачић

Апстракт

У раду су обрађена располагања заоставштином у друштвено-корисне сврхе. Посебна пажња је посвећена разграничењу овог вида располагања *mortis causa* од испоруке и налога. Аутор у раду указује на потребу активније улоге оставинског суда приликом оснивања задужбина и фондова на основу изјаве последње воље, као и на

неопходност усклађивања прописа о ванпарничној процедури са законским текстом који уређује задужбинарство. Такође, аутор се залаже за већи степен слободe завештаоца у располагању заоставштином у корист задужбина и фондова, уз обезбеђење минимума заштите нужних наследника.

Кључне речи: задужбина, фонд, завештање, нужни део.

Доц. др Наташа Стојановић¹

РАСПОЛАГАЊА ЗАОСТАВШТИНОМ У ДРУШТВЕНО-КОРИСНЕ СВРХЕ

Уводне напомене

У колориту различитих облика распоређивања заоставштине, располагањима у опште-корисне сврхе припада посебно место². Ту посебност превасходно треба посматрати кроз призму циљева који се таквим располагањима постижу.

На трагове располагања заоставштином у друштвено-корисне сврхе налазимо још у старом веку. За тај период историје човечанства карактеристична су располагања заоставштином у корист државе (полиса), храмова, других политичких и верских институција³. У средњем веку наставља се континуитет у таквим добротним располагањима са израженом нотом религиозности. На нашим просторима први облици располагања заоставштином у опште-корисне сврхе датирају управо из средњег века⁴. За нови век каракте-

¹ Доцент Правног факултета у Нишу.

² Располагати се може и имовином ради постизања друштвено-корисних циљева, али предмет наше пажње су она располагања која се чине *mortis causa*. У мери у којој је то, по нашем мишљењу, потребно осврнућемо се и на располагања која се за живота чине у дозвољене сврхе.

³ О томе детаљније за античко грчко право видети код: С. Аврамовић, Еволуција слободе тестирања у античком грчком праву (докторска дисертација), Београд, 1981, стр. 313. За римско право видети код: L. Boyer, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, *Revue historique de droit français et étranger*, Paris, бр. 3/1965, стр. 363.

⁴ Велики жупан Стеван Немања је изградњом Хиландара на Атосу и Студенице (XII век), поставио темеље располагањима у друштвено-корисне сврхе код нас.

ристична су располагања у корист просвете и културе, да би у XIX и XX веку то место припало науци.

Као добротвори се, независно од времена располагања заоставштином у друштвено-корисне сврхе, углавном појављују представници економски јачег слоја друштва⁵. Скоро да нема примера да су таквим видом располагања обухваћени широки народни слојеви⁶.

Располагања заоставштином у опште-корисне сврхе могу бити у нашем праву манифестована у облику задужбина и фондова. Иако Устав Републике Србије⁷ у чл. 34. ст. 3. гарантује само право на оснивање задужбина, Закон о наслеђивању Републике Србије⁸ чл. 118. ст. 1. несумњиво потврђује могућност оснивања и фондова (тзв. располагања у дозвољене сврхе) на основу изјаве последње воље. Иначе, ови правни институти су код нас посебно регулисани Законом о задужбинама, фондацијама и фондовима из 1989. године⁹.

Иако фондације имају доста сличности са задужбинама¹⁰, њих у нашем праву не могу основати физичка лица правним пословима за живота или за случај

Највећим задужбинарем, међутим, сматра се краљ Милутин, који је подигао или обновио 42 манастира, што у Србији, што у другим земљама. О томе опширније видети код: М. Тороман, Правна природа задужбина и фондова, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/1993, стр. 211.

⁵ Занимљиво је приметити да у XIX и почетком XX века на нашим просторима располагања у опште-корисне сврхе доживљавају процват. За то су, у првом реду, били заслужни имућни људи тога доба: Илија Коларац, Лука Ђеловић-Требињац, Сима Игуманов, капетан Миша Анастасијевић, Сава Текелија итд.

⁶ У литератури срећемо податак да се тзв. масовно или народно задужбинарство јавља тек у XX веку и да је заправо изградња храма Светог Саве у Београду такав облик задужбинарства. Видети: М. Тороман, *op. cit.*, стр. 212.

⁷ "Сл. гласник РС", бр. 1/1990.

⁸ "Сл. гласник РС", бр. 46/1995.

⁹ "Сл. гласник СРС", бр. 59/1989, (у даљем тексту ЗЗФФ). До ступања на снагу овог Закона био је примењиван Закон о задужбинама, фондацијама и фондовима из 1972. године ("Сл. гласник СРС", бр. 48/1972, 1/1983, 23/1986). Република Црна Гора ни до дана данашњег није донела прописе којима би регулисала ову материју, па се зато и даље примењују правна правила Закона о задужбинама из 1930. године ("Сл. новине", бр. 155-LVIII).

¹⁰ Фондација и задужбина означавају потпуно исту правну творевину. Сам термин "фондација" уведен је у нашу правну терминологију као замена за домаћу реч "задужбина", због отпора који је према овом правно-техничком изразу и установи

смрти, већ једино правна лица општим актом. Отуда оне и неће бити предмет наше пажње у овом раду.

1. Задужбина

Задужбина¹¹ је добротворна установа која се оснива ради остварења одређених друштвено-корисних циљева (меценатских, хуманитарних, верских итд.). Због природе активности, задужбине, у односу на друга правна лица, имају повлашћен положај, што се, поред осталог, види и у ослобођењу од пореза¹².

За настанак задужбине потребно је испуњење одређених услова. Оснивач задужбине мора вољу о њеном оснивању правно изразити у завештању. Том изјавом воље мора бити јасно одређена сврха оснивања задужбине и начин реализације исте (помагање научног стваралаштва, стипендирање даровитих ученика и студената, награђивање резултата истраживања у одређеној научној области, помоћ социјално угроженим лицима, подизање нових верских објеката и одржавање постојећих итд.). Отуда, није допуштено само одредити да се располаже у друштвено-корисне сврхе, као ни то да се располаже у сврхе краткотрајног карактера (нпр. ради набавке клавира музичкој школи). Такође, није дозвољено располагати у сврхе које су противне праву и моралу једне друштвене заједнице. Таква располагања су ништава¹³.

За постизање одређене опште-корисне сврхе, приликом оснивања задужбине, потребно је у завештању прецизирати која имовинска права треба томе да послуже. По правилу то ће бити део активе заоставштине оснивача, али није немогуће да и сва актива заоставштине буде намењена постизању каквог племенитог циља. При томе, имовинска права намењена оснивању задужбине, могу бити искоришћена само у сврхе које је одредио њен оснивач и у корист оних лица која испуњавају услове постављене правилима задужбине.

коју обележава постојао у време непосредно после Другог светског рата. О томе детаљније видети: Лексикон грађанског права (редактор О. Станковић), Београд, 1994, стр. 171 и стр. 810.

¹¹ Термин "задужбина" је домаћег порекла и описно означава "дати нешто за душу у добротворне сврхе заувек". Видети: М. Лалевић, Синоними и сродне речи српскохрватског језика, Београд, 1974, стр. 3 и 869.

¹² Видети: чл. 16. ЗЗФФ.

¹³ Видети чл. 155. ЗНРС.

Сам дестинатер задужбине стиче право на одређену престацију аутоматски, или после дискреционе оцене овлашћених органа задужбине. Задужбина не може бити основана за кориснике који би били унапред познати¹⁴.

Поред наведених услова грађанско-правног карактера, за оснивање задужбине потребно је и испуњење једног административно-правног услова, одобрење (концесија) надлежног државног органа. У нашем праву то је Министарство за културу Републике Србије. Оно, на основу процене целисходности оснивања задужбине, доноси решење којим се одобрава њено оснивање¹⁵. Из стилизације поменуте законске одредбе, дакле, проистиче да једна задужбина може бити основана иако су јој циљеви оснивања недопуштени. Овакву "недореченост" законодавац у Републици Србији себи није смео да дозволи, јер се "целисходност" базира на субјективној процени онога ко одлучује и она као таква не мора да се поклапа са нечим што дозвољава наш правни поредак. Због тога је неопходно постојећу формулацију допунити условом допуштености.

Потребно одобрење за коначно оформљење задужбине могу тражити извршилац завештања и наследници оставиоца, а по ставу изнетом у теорији и оставински суд, који то може предузети ако наведена лица не докажу да су то учинила¹⁶. Мишљења смо да овде треба ићи шире у погледу овлашћења оставинског суда, те предвидети, у циљу избегавања непотребног одуговлачења приликом оснивања задужбине, обавезно давање иницијативе од стране оставинског суда за њено оснивање одмах после проглашења завештања.

Када се задужбина оснива изјавом последње воље, она у погледу наследно-правних овлашћења може заузимати положај наследника, испорукопримца или корисника налога¹⁷. Дакле, код овог облика располагања за случај смрти могуће је како универзално, тако и сингуларно стицање *mortis causa*. Без обзира на потенцијалне разлике у правној позицији задужбине, битно је то да она постаје универзални сукцесор или сингуларни стицалац за случај смрти у време отва-

¹⁴ О томе опширније видети код: О. Станковић - В. Водинелић, Увод у грађанско право, Београд, 1996, стр. 88; Д. Попов, Грађанско право, општи део, Нови Сад, 1997, стр. 48.

¹⁵ Видети чл. 24. ЗЗФФ.

¹⁶ Видети: М. Креч - Ђ. Павић, Коментар Закона о наслеђивању, са судском праксом, Загреб, 1964, стр. 248.

¹⁷ Завешталац може, поред оснивања задужбине, располагати у корист већ основаних задужбина, као и наредити универзалном или сингуларном сукцесору оснивање задужбине, уз одређивање имовинског супстрата којим ће се остваривати одређени дозвољени циљеви.

рања наслеђа њеног оснивача, пошто одобрење на њено оснивање делује *ex tunc*. Стога је целисходно, по схватању изнетом у теорији¹⁸, да се пре давања концесије за оснивање задужбине сачека са доношењем решења о наслеђивању. У супротном, постоји опасност (поготово ако је задужбина одређена за јединог наследника или је навећи део активе заоставштине намењен њој) поновног расправљања заоставштине. Уколико изостане потребно одобрење, имовинска права намењена оснивању задужбине припадају, осим ако шта друго не произлази из садржине завештања, законским наследницима оставиоца, закључно са државом, као последњим и принудним законским наследником.

Од проглашења завештања у коме је садржана одредба о оснивању задужбине, па до давања концесије за њено коначно оформљење, о задужбини (тзв. о задужбини у оснивању) и средствима која су јој намењена брине општински орган управе надлежан за послове културе¹⁹. Захваљујући оваквом законском решењу, постоји реална опасност настанка позитивног сукоба надлежности између оставинског суда и општинског органа управе. Само да подсетимо, суд који расправља заоставштину иза одређеног оставиоца, поред осталог, овлашћен је и да предузима мере за њено обезбеђење од могућег уништења или развлачења²⁰. Да би се овакве ситуације предупредиле, неопходно је ускладити постојећа законска решења. Сматрамо да ово питање мора бити у надлежности оставинског суда, као једино компетентног за расправљање заоставштине, осим ако завешталац није шта друго одредио (нпр. поставио извршиоца завештања).

После коначног оформљења задужбине, о њој се стара орган управљања по правилима одређеним статутом задужбине²¹. За надзор над законитошћу њеног рада задужен је општински орган управе надлежан за послове културе²². Задужбина основана завештањем може престати са радом када буде остварена сврха због које је основана, или када буду утрошена средства намењена за реализацију постављеног циља²³. Такође, престанак задужбине могућ је и

¹⁸ Видети: М. Креч - Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 248; С. Марковић, *Тестамент, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, стр. 308.

¹⁹ Видети чл. 23. ЗЗФФ.

²⁰ Видети чл. 104. Закона о ванпарничном поступку Републике Србије ("Сл. гласник СРС", бр. 24/1982, 48/1988). У даљем тексту ЗВПРС.

²¹ Видети чл. 26-28. ЗЗФФ.

²² Видети чл. 19. ЗЗФФ.

²³ Уколико је пак испуњење одређене сврхе постало немогуће (нпр. постоји мањак средстава за остварење постављеног циља) или бесмислено (нпр. укинута научна дисциплина)

онда кад трошкови управљања задужбином премашују њене приходе, као и у случају немогућности дужег извршавања постављеног циља²⁴.

2. Фонд

Располагање у опште-корисне сврхе, како је већ речено, може имати и форму фонда. У теорији за овај правни феномен често срећемо називе несамостална или фидуцијарна задужбина²⁵.

Главна разлика између задужбине и фонда огледа се у обиму имовинских права која је њихов оснивач наменио за какву дозвољену сврху. По правилу задужбина је та која има обимнији имовински супстрат у односу на фонд, а као последица тога је и њен дужи век трајања у односу на фонд.

О правној природи фонда не постоји јединствено мишљење. По једнима, фонд није правно лице²⁶, док други указују на његов статус правног субјекта, прецизирајући да је реч о једној врсти установе²⁷. Чини се да ту правну енигму ЗЗФФ успешно решава, сврставајући фонд у ранг задужбина и фондација²⁸. Отуда, следи закључак да је фонд несамостална добротворна установа, која се као и задужбина оснива ради постизања било које дозвољене сврхе, али по правилу ради остварења одређених друштвено-корисних циљева.

За оснивање фонда, као и код задужбина, потребно је давање концесије од стране републичког Министарства за културу.

плина због које је основана задужбина), задужбина може и даље правно егзистирати, али са одређеним променама које се рефлектују у циљу или начину његове реализације. Детаљније о томе видети нпр. код: О. Станковић - В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 82.

²⁴ Видети чл. 29. и чл. 30. ЗЗФФ.

²⁵ Видети нпр.: М. Креч - Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 244; С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 295; О. Антић - З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 375; В. Ђорђевић - С. Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 1997, стр. 259.

²⁶ М. Савић, *Правни положај задужбина и фондова*, *Правни живот*, 4/1976, стр. 53; С. Марковић, *Наследно право*....., стр. 295; N. Gavella, *Наследно право*, Загреб, 1986, стр. 194; О. Антић - З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 375; В. Ђорђевић - С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 259.

²⁷ Видети: М. Тороман, *op. cit.*, стр. 215; Р. Ковачевић-Куштримовић, *Грађанско право*, општи део, Ниш, 1995, стр. 88; Д. Попов, *op. cit.*, стр. 47.

²⁸ Видети чл. 8. ст. 1. ЗЗФФ.

Због несамосталне правне егзистенције фонда, његов имовински супстрат се поверава на управљање неком физичком или правном лицу. Обично се такво лице одређује за наследника или испорукопримца са налогом да одређена средства употреби за постизање каквог опште-корисног циља. Уколико се пак из завештања не може назрети јасна намера завештаоца о ком лицу је реч (јер није одређено, а нема елемената ни да буде одредиво), онда несамостална задужбина припада оставиоцевом наследнику (без обзира на правни основ наслеђивања), који је може употребити само у оне сврхе и на онај начин како је то одредио завешталац.

Како у креирању несамосталне задужбине значајну улогу има налог, сматрамо да би правну позицију његових субјеката требало уредити по угледу на решења прописана за налог у сфери завештајних располагања²⁹. То практично значи да ако правни последник завештаоца обавезу наложену завештањем не изврши својом кривицом, њему као и сваком лицу оптерећеном налогом престаје наследничко својство. Тада, али и у случају да он не може или не жели да наследи оставиоца, налог терети онога ко се позива на наслеђе уместо њега. Уколико пак он одуговлачи са њеном реализацијом, на оставинском суду је да по службеној дужности, ако већ нема потребне иницијативе извршиоца завештања или ког другог субјекта са правним интересом за оснивање фонда, да прецизира временске оквире за њено остварење³⁰.

Ово последње решење може, заједно са оним садржаним у чл. 124. ЗВПРС, којим се прописује немогућност уписа права својине на непокретностима стеченог наслеђа и предаје покретних ствари које се чувају код суда, све док не буду пружени докази да је обавеза наложена завештањем, за постизање одређеног опште-корисног циља, извршена или пак пружено обезбеђење за то, допринети већем степену заштите интереса корисника фонда³¹.

²⁹ Видети чл. 132-134. ЗНРС.

³⁰ О томе детаљније видети код: Н. Стојановић, Налог у завештању, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2002, стр. 239-242.

³¹ Ово правило би било подједнако примењљиво и када задужбина у оснивању има положај испорукопримца или корисника налога.

3. Располагања заоставштином у опште-корисне сврхе и нужни део

Завешталац може, по слову закона³², располагати у друштвено-корисне сврхе и целокупном активом своје заоставштине. Отуда, као неминовно, намеће се питање да ли нужни наследници у таквој ситуацији могу да заштите своје наследно-правне претензије према оставиоачевој заоставштини. Из садржине поменутог законског решења не може се са сигурношћу закључити да ли је законодавац дао приоритет завештаоачевој вољи или нужним наследницима. Међутим, императивни карактер одредаба којима се регулише установа нужног дела³³ асоцира на закључак да је и овде завешталац ограничен у располагању заоставштином.

У теорији о овом проблему нема пуно коментара, а правни писци који му поклањају пажњу углавном заступају мишљење о ограничењу слободе завештаоца у располагањима заоставштином у опште-корисне сврхе у корист свих нужних наследника³⁴.

Евидентно је да се ова завештајна располагања не могу изједначавати са осталим располагањима *mortis causa*, јер се њима остварују друштвено-корисни циљеви. Отуда и изјава воља завештаоца да својом заоставштином допринесе напретку друштвене заједнице и свог народа, има посебну тежину и вредност у односу на интересе појединаца, па макар то били и нужни наследници. Због тога, сматрамо да завештаоачево располагање у опште-корисне сврхе може ићи и на уштрб нужних наследника. Изузетак би требало предвидети једино за нужне наследнике који су малолетни или пунолетни али трајно неспособни за привређивање и без нужних средстава за живот. На тај начин би била, са једне стране, остварена сврха нужног наслеђивања, а са друге стране, у већем делу испоштована завештаоачева воља.

Како заштитити интересе нужних наследника, када је завешталац кумулативно располагао у друштвено-корисне сврхе и у корист појединих субјеката?

³² Видети чл. 118. ЗНРС.

³³ Видети чл. 39-59. ЗНРС.

³⁴ Видети: М. Креч - Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 247; С. Марковић, *Тестамент.....*, стр. 307; Б. Благојевић - О. Антић, *Наследно право*, Београд, 1991, стр. 294. Супротно мишљење видети код: О. Антић - З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 214-215.

Сматрамо да ова располагања морају имати ранг тзв. привилегованих завештајних располагања, и бити искоришћена за намирење нужног дела тек после редукције осталих завештајних располагања.

4. Однос располагања заоставштином у друштвено-корисне сврхе и испоруке

Располагања заоставштином у опште-корисне сврхе је посебан правни феномен који се у појединим обележјима додирује са испоруком, а у целини узев разликује од ње.

Оно што их приближава јесте да и располагања у друштвено-корисне сврхе *mortis causa* и испорука могу бити наређене једино од стране лица које има завештајну способност и то у форми завештања. У прилог њиховом зближавању иде и чињеница да предмет ових завештајних располагања може бити идентичан предмету испоруке. Располагања заоставштином у опште-корисне сврхе могу бити у нераскидивој вези са налогом, као специфичним правним институтом. Испорука такође може бити повезана са налогом.

Оно што их одваја јесте да одредба у завештању којом се остављају располагања у друштвено-корисне сврхе може бити основа како за универзалну, тако и за сингуларну сукцесију *mortis causa*. Одредба о испоруци начелно продукује само сингуларно стицање за случај смрти. Такође, ова завештајна располагања су обојена друштвеном корисношћу. Испорука по правилу представља корист само за хонорисаног.

5. Однос располагања заоставштином у опште-корисне сврхе и налога

Располагања заоставштином у друштвено-корисне сврхе и налог су два правна института који на терену завештајних располагања стоје у блиској вези. То се може најбоље видети на примеру несамосталне задужбине, пошто је њена егзистенција незамислива без постојања налога. Сама одредба у завештању, којом завештајно способно лице оставља своја добра (у целини или делимично) за постизање неког опште-корисног циља, била би "мртво слово на папиру", да нема налога који јој трасира пут ка њеној реализацији после *delatio hereditatis* фондатора.

Одвојено посматрано, одредба о налогу садржана у завештању може продуковати само сингуларну сукцесију *mortis causa*, док располагања у опште-корисне сврхе могу бити основа како за универзално, тако и за сингуларно стицање за случај смрти.

Ова располагања заоставштином редовно прати и друштвена корисност, трајнијег карактера. Код налога пак та корисност иде у правцу једног или ограниченог броја субјеката и по правилу је краткорочна.

Код располагања у друштвено-корисне сврхе оно што се дугује дестинатеру је чинидба која се најчешће састоји у давању, па је стога и материјално корисна за њега. Код налога та престација се може састојати у давању, чињењу, уздржавању или трплењу и не мора за хонорисаног имати било какве имовинске предности.

Дестинатер код располагања у опште-корисне сврхе са испуњењем услова стиче и право да захтева одређену чинидбу. Код налога пак кориснику не припада право да тражи реализацију свог потраживања.

Закључна разматрања

Уставом и законом зајемчено право располагања у друштвено-корисне сврхе, у сфери завештајних располагања, манифестује се кроз могућност оснивања задужбина и фондова.

Прописи којима се уређују ови правни институти више одговарају располагањима у опште-корисне сврхе која се чине за живота, него ли за случај смрти. Због тога, сматрамо да је неопходно кориговати постојећа законска решења и прилагодити их основним захтевима завештајних располагања у друштвено-корисне сврхе и самом поступку за расправљање заоставштине. То подразумева активнију улогу оставинског суда приликом давања иницијативе за оснивање задужбине односно фонда, као и шира овлашћења истог у обезбеђењу заоставштине која је у целини или једним делом намењена за постизање одређеног друштвено-корисног циља.

Како се овим завештајним располагањима стављају у прави план друштвени интереси у односу на интересе појединаца, сматрамо да је оправдано, у слу-

чају њиховог постојања, одредбама којима се регулише и штити право на нужни део дати ужи домаћај, те само нужним наследницима који су малолетни или пунолетни али трајно неспособни за привређивање и без нужних средстава за живот, признати ово наследно-правно овлашћење.

Prof. Dr. Nataša Stojanović, LL.D

Assistant Professor

Estate Disposition in Favour of the Public Interest

Summary

In this paper, the author has treated the estate disposition in favour of the public interest, drawing special attention to the distinction between this type of disposition of causa mortis delivery and the testator's instruction.

The author outlines the need for a more active role of the probate court in the course of establishing endowments and charitable funds based upon the last will and testament of the endower, as well as the necessity of adjusting the regulations pertaining to the out-of-court procedure with the statutory provisions regulating endowment issues. In addition, the author purports for giving the testator more freedom in the distribution of the estate in favour of endowments and funds, thus providing for the minimum protection of the exigent successors.

Key words: endowment, fund, estate, exigent share in succession.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Доц. др Саша Кнежевић

**ПРИМЕНА МЕДИЦИНСКИХ
ИНТЕРВЕНЦИЈА У КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ**

UDK 343.1:616-01/-09

Рецензент: Проф. др Војислав Ђурђић

Апстракт

Развој науке и технике и примена њихових достигнућа у кривичном поступку отварају дилему о односу између прикупљања доказа и заштите права окривљеног у кривичном поступку. По правилу, ради се о средствима којима се олакшава пут до истине, али се истовремено задире у остваривање људских права окривљеног у кривичном поступку. Стога, пре него што се дозволи примена нових научних средстава и метода у кривичном поступку, потребно је да се сагледају после-

дице употребе ових достигнућа по остваривање људских права окривљеног. То се посебно односи на медицинске интервенције којима се може нарушити телесни и морални интегритет лица према којима се предузимају. У том контексту, потребно је регулисати узимање геномског отиска у кривичном и преткривичном поступку, али сагледати и спорна питања која се односе на предузимање телесног прегледа, хипнозе, наркоанализе и нарकोдијагнозе.

Кључне речи: медицинске интервенције, телесни преглед, геномски отисак, телесни преглед, хипноза, наркоанализа, нарकोдијагноза.

Доц. др Саша Кнежевић¹

ПРИМЕНА МЕДИЦИНСКИХ ИНТЕРВЕНЦИЈА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Уводне напомене

У покренутом кривичном поступку утврђује се чињенична и правна утемељеност кривичноправног захтева државе за кажњавање, садржаног у оптужном акту овлашћеног тужиоца. Нужна последица утврђивања основности оптужне тезе је ограничавање људских права окривљеног, чак и пре него што се постигне неопходни степен уверења у основаност кривичноправног захтева за кажњавањем окривљеног.

Интенција је међународноправних докумената из области људских права, као и савремених законодавстава, да се у кривичном поступку на најмању могућу меру сведу ограничења права окривљеног која спадају у корпус људских права, предвиђених тим актима. Потребно је означити незаконитим свако ограничење права и слобода окривљеног преко границе неопходне за обезбеђивање ефикасности кривичног прогона, и као такво га санкционисати. У том контексту, недопустива је примена принудних мера којима се утиче на вољу окривљеног у циљу изнуђивања исказа.

Телесни и морални интегритет окривљеног може се угрозити принудом, претњом, као и различитим видовима психолошког и социјалног притиска на вољу окривљеног. Асортиман недопуштених утицаја на вољу окривљеног

¹ Доцент Правног факултета у Нишу.

употпуњен је и другим методима и средствима "која олакшавају пут до релевантних чињеница, а поступак њиховог утврђивања чине знатно ефикаснијим и егзактнијим".² Међутим, применом ових средстава и метода задире се у остваривање људских права окривљеног. То су, пре свега, хипноза, наркоанализа, наркодијагноза и лоботомија. Ради се о интервенцијама медицинског карактера чија је примена у кривичном поступку спорна. Управо из тих разлога ћемо сагледати суштину ових интервенција и размотрити питање легалитета њихове примене. Но, пре тога, указаћемо и на неке интервенције медицинског карактера чија примена у кривичном поступку поседује неспоран легалитет.

1. Телесни преглед окривљеног и других лица

Из одредаба Законика о кривичном поступку недвосмислено произлази да *телесни преглед осумњиченог, окривљеног и других лица* представља медицинску интервенцију која поседује несумњиви легалитет. Ова медицинска интервенција се према окривљеном може предузети и без његовог пристанка "ако је потребно да се утврде чињенице важне за кривични поступак". Предузимање телесног прегледа према другим лицима (сведоцима и оштећеном) против њихове воље могуће је само ради утврђивања да ли се на њиховом телу налази траг или последица кривичног дела (чл. 131. ст. 1. ЗКП).

Ради анализе и утврђивања других чињеница важних за кривични поступак, орган кривичног поступка може наредити *узимање узорака крви* и предузимање других медицинских интервенција *lege artis* и без пристанка лица подвргнутих овим интервенцијама, изузев ако би применом ових мера наступила штета по здравље ових лица (чл. 131. ст. 2. ЗКП).

Могућност предузимања телесног прегледа, узимања узорака крви и других медицинских интервенција према осумњиченом, окривљеном, сведоку и оштећеном *и без њиховог пристанка* указује да је законодавац остваривање елементарног права на заштиту телесног и моралног интегритета личности подредио интересу утврђивања истине у кривичном поступку. Из овог

² Др Живојин Алексић, Др Зоран Миловановић, Примена савремених научних достигнућа у обезбеђивању доказа с гледишта доказних забрана, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1990, бр. 3, стр. 93.

законског овлашћења органа кривичног поступка произлази да примена медицинских интервенција у кривичном и предкривичном поступку може по-примити репресивни карактер. Имајући у виду да подвргавање окривљеног и других кривичнопроцесних субјеката телесном прегледу и другим медицинским интервенцијама може имати и репресивни карактер, законодавац је предвидео да се ове мере могу предузети само *по наредби надлежног суда*. Међутим, ако се ради о кривичним делима за која је прописана казна затвора до пет година, медицинске интервенције би могле, сходно чл. 131. ст. 3. Законика о кривичном поступку, предузети и органи унутрашњих послова.

Органи унутрашњих послова могу сами, без одлуке истражног судије, извршити увиђај и одредити вештачења која не трпе одлагања (осим обдукције и есхумације леша) ако се ради о кривичним делима за која је забрањена казна затвора до пет година (чл. 238. ст. 3 ЗКП). Међутим, поставља се питање, да ли полицијски органи имају овлашћење да *без одлуке суда* предузимају телесни преглед и друге медицинске интервенције према осумњиченом. Ако се пође од циљног и логичког тумачења одредаба чл. 238. ЗКП, чини се да органи унутрашњих послова немају овлашћење за предузимање телесног прегледа у предкривичном поступку. Овлашћења ових органа да у предкривичном поступку изузетно предузимају поједине истражне радње (увиђај и вештачења - сем обдукције и есхумације леша) мотивисана су постојањем опасности од одлагања и немогућношћу благовременог извршења ових радњи од стране истражног судије³. Не видимо разлог за хитност у поступању при предузимању телесног прегледа, јер је тешко замисливо да би трагови или последица кривичног дела могли бити уништени у периоду од лишења слободe до предаје осумњиченог истражном судији. Додуше, узимање узорака крви може бити радња која не трпи одлагање, јер концентрација неких елемената у крви (нпр. алкохола) зависи од протеча времена од њиховог доспећа у крвоток.

Овлашћење полицијских органа да предузимају поједине истражне радње, а, у том контексту, и интервенције медицинског карактера, зависи и од поимања *правне природе* телесног прегледа и других медицинских интервенција. Ако се пође од става да је телесни преглед *увиђај над лицем*⁴, јасно је да

³ Види: Др Станко Бејатовић, др Драго Радуловић, Коментар ЗКП СРЈ са објашњењима, упутствима за практичну примену регистром појмова, стр. 161.

⁴ Ibid, стр. 92.

полиција може изузетно по сопственој одлуци предузети ову меру. Слична је ситуација ако се телесни преглед подводи под вешташења. Међутим, ако се заузме став о телесном прегледу као самосталној кривичнопроцесној радњи⁵, у том случају не постоји *изричито* овлашћење полиције на самостално предузимање телесног прегледа и других медицинских интервенција према осумњиченом. У тој ситуацији, постоји правна празнина и од тумачења одредбе чл. 238. ст. 3. ЗКП (на чију примену позива чл. 131. ст. 3. ЗКП) зависи да ли полиција има право на ограничавање права на заштиту телесног интегритета осумњиченог применом медицинских интервенција. Сматрамо да угрожавање телесног интегритета личности не сме бити последица тумачења правних празнина.

2. Анализа темељног генетског материјала (ДНК)

Научно-технички прогрес је резултирао и проналажењем нових, поузданијих, метода идентификације учинилаца кривичних дела. Остварењу тог циља доприноси могућност да се на основу геномског отиска дезоксирибонуклеинске киселине (ДНК) као носиоца наследног материјала недвосмислено утврди идентитет неког лица. У кривичном и предкривичном поступку се, на основу ових научних достигнућа, може применити медицинска интервенција којом се из молекуларних узорака ткива одређује геномски отисак лица према којима се примењује. Овако спроведеном анализом се поуздано утврђује идентитет лица, али се, истовремено, може угрозити елементарно право на неповредивост личног интегритета.

Одређивање геномског отиска се изводи тако што се, најпре, из биолошког материјала (крви, длака, сперме, пљувачке, вагиналног секрета) издвоји дезоксирибонуклеинска киселина као основни биохемијски састојак хромозома. Потом се применом одговарајућих фермената молекули ДНК разбијају у фрагменте - тзв. Полиморфизма фрагмената. Обрађени молекули ДНК се, затим, раздвајају електрофорезом и посебном техником се преносе на нитроцелулозне мембране. Употребом ултравиолентних зрака и на температури од 80 степени врши се фиксирање фрагмената на мембрани. Радиоак-

⁵ Др Чедомир Стевановић, Др Војислав Ђурђић, Кривично процесно право-процесне радње и субјекти, стр. 253.

тивно обележеном пробом се мембране везују за фрагменте ДНК који садрже "елементарне секвенце". Прислањањем рендгенског филма на мембране појављују се фрагменти који представљају геномски "отисак". Компаративном анализом се утврђује подударност односно неподударност анализираних биолошких узорака и установљава се постојање или непостојање истоветности њиховог порекла.⁶

Одредбама Законика о кривичном поступку се не предвиђа примена методе узимања геномског отиска. Поставља се питање, да ли се ова медицинска интервенција може сматрати врстом телесног прегледа (дакле, законите интервенције медицинског карактера) или, пак, представља недозвољну медицинску интервенцију (чл. 131. ст. 4 ЗКП).

Може се сматрати да анализа темељног генетског материјала не представља медицинску интервенцију којом се утиче на вољу и свест окривљеног и осумњиченог при давању исказа. Међутим, пун легалитет ове медицинске интервенције се може постићи изричитим предвиђањем услова под којима се она може применити у кривичном а, надасве, у предкривичном поступку. Путоказ за будућу регламентацију анализе темељног генетског материјала могу представљати законска решења хрватског кривичнопроцесног законодавства. Сагласно одредби чл. 265. ст. 5. Закона о казном поступку Републике Хрватске, истражни судија може наредити узимање поверљивих медицинских узорака ради анализе темељног генетског материјала неког лица и без њене дозволе ако постоје *основи сумње* да је извршено кривично дело за које се као главна казна може изрећи казна *затвора* и ако постоји вероватноћа да ће се таквом анализом прибавити подаци *важни за успешно вођење кривичног поступка*. Поред тога, ова интервенција се може предузети само под *сталним надзором Министарства здравља*. Подаци добијени анализом генетског материјала могу се похранити и чувати десет година по окончању кривичног поступка ако је окривљени у том поступку правноснажно осуђен због тешког кривичног дела против живота и тела, полне слободе и полног морала или безбедности лица (чл. 265. ст. 5. ЗКП Хрватске).

Да би се обезбедила несметано узимање медицинских узорака ради анализе темељног генетског материјала, потребно је допунити одредбе чл. 131 Зако-

⁶ Др Живојин Алексић, др Зоран Миловановић, Криминалистика, Београд, 1994, стр. 186-187.

ника о кривичном поступку. Примена ове медицинске интервенције мора поседовати легалитет проистекао из јасно одређених услова којима се може ограничити неповредивост телесног интегритета осумњиченог или окривљеног.

3. Хипноза и људска права окривљеног

Хипноза се одређује као "стање душевне сугестибилности са мање-више јасно измењеним стањем свести и мање-више израженим смањењем вољног одлучивања"⁷. Она се дефинише и као "вештачки изазвано стање, у чијем току хипнотисана особа губи свест о спољном свету и ставља се у положај да послуша сугестије хипнозитера".⁸

Применом хипнозе се инхибира кора великог мозга. Хипнозом изазвано стање појачане сугестибилности праћено је и сужавањем социјалног контакта хипнотисаног, његовим свођењем на комуникацију искључиво са хипнозитером. Утицајем на вољу хипнотисаног изазива се покоравање хипнотисаног наложима хипнозитера. На тај начин се може изнудити исказ окривљеног.

Као једна од метода утицаја на вољу (на овом месту имамо у виду вољу окривљеног односно осумњиченог), хипноза је изазвала контроверзе у погледу правне и етичке димензије њене примене у кривичном поступку. Проблем постаје комплекснији када се има у виду да Законик о кривичном поступку *explicite* не забрањује употребу хипнозе у кривичном поступку. Као интервенција психолошког карактера којом се истина инхибиторно делује на централни нервни систем, тешко би се могла уврстити у медицинске интервенције које ЗКП забрањује (чл. 131. ст. 4.). Применом хипнозе манипулише се психом хипнотисаног, али се притом не изазивају промене психопатолошке природе. Због тога би забрана употребе хипнозе у кривичном поступку морала бити недвосмислено изражена. Одредба члана 89. ст. 8. Законика о кривичном поступку мора бити допуњена изричитим помињањем хипнозе као недозвољене методе утицаја на вољу окривљеног.

⁷ Види: др Михајло Аћимовић, *op. cit.* стр. 267.

⁸ Jean Delay, Pierre Pichot, *Medizinische Psychologie*, Stuttgart, 1971, p. 263, цитирано према Др Владимир Водинелић, *Сугестија и хипноза са стајалишта кривичног права и поступка, Наша законитост*, 1984, бр. 1, стр. 37.

У научној јавности не постоји јединствен став о допуштености употребе хипнозе у кривичном поступку. Искристалисала су се два приступа овом питању. По једном схватању, употреба хипнозе у кривичном поступку је апсолутно недопуштена. Поборници нешто другачијег става су за допуштање примене хипнозе у одређеним ситуацијама.

Апсолутно искључивање могућности коришћења хипнозе у кривичном поступку се образлаже различитим околностима. Тако су људско достојанство и интегритет личности довољни разлози за запречавање пута употреби хипнозе у кривичном поступку. Утврђивање истине у кривичном поступку не сме бити пропраћено пренебрегавањем ове чињенице. "Слобода свесног казивања и неотуђиво право на њега се не могу жртвовати ни ради евентуалног сазнања истине, чак и када би од тога зависило откривање дела и учиниоца".⁹ Овакав приступ према употреби хипнозе у кривичном поступку има и немачки законодавац, кој изричито забрањује примену хипнозе при испитивању окривљеног. Чак и евентуални пристанак окривљеног не може отклонити дејство ове забране (чл. 136. ЗКП Савезне Републике Немачке). "Добровољно постао роб није ништа друго него роб".¹⁰

Против употребе хипнозе, поред заштите људских права окривљеног, истиче се и недовољна веродостојност исказа добијеног на такав начин. Наиме, хипнотисана особа понекад показује склоност ка "конфабулацијама, фантазијама и некритичком изношењу чињеница, као и изузетно високу сугестибилност, која се огледа у снажно испољеној жељи за покоравањем и задовољењем испољених и претпостављених очекивања хипнозитера".¹¹ Из тих разлога, исказ добијен употребом хипнозе, по правилу, није веродостојан.

Ради приказа утицаја хипнозе на остваривање људских права окривљеног, потребно је указати на још неке моменте који су као релевантни за разматрање овог питања покренути у кривичнопроцесној књижевности. Потпуност заштите људског достојанства и дигнитета личности окривљеног се не може остварити без изричите забране употребе хипнозе у предкривичном поступку, у коме кључну улогу имају органи унутрашњих

⁹ Др Владимир Водинелић, Сугестија и хипноза... *op. cit.* стр. 63.

¹⁰ *Ibid.*, стр. 62.

¹¹ Е. Hilgard, Е. Loftus; Е. Altavila, види Др Живојин Алексић, Др Зоран Миловановић, *op. cit.* стр. 107. (фусноте бр. 27 и 28).

послова. Из тих разлога је потребно изричитом законском одредбом забранити примену хипнозе у склопу оперативне делатности органа унутрашњих послова у предкривичном поступку.

Одредбама закона је потребно у потпуности искључити коришћење свих резултата употребе хипнозе у кривичном (као и у предкривичном) поступку. У кривичном поступку се не би смела користити информација коју су органи унутрашњих послова прибавили употребом хипнозе. Наиме, из изјаве осумњиченог у предкривичном поступку може се сазнати за неки други извор доказа, којим би се кривична ствар могла чињенично оформити. Ако се не би забранила употреба информације добијене употребом хипнозе, смисао забране употребе овог средства би се изиграо. Легалитет спроведеног доказног поступка био би нарушен пореклом добијене информације на основу које се сазнало за извор доказа коришћеног у кривичном поступку. Забрана предузимања одређених мера мора значити и забрану коришћења свих резултата добијених применом тих мера. Полиција не треба да обавља сумњиве и спорне радње, а суд да коришћењем резултата тих радњи "пере руке", заснивајући своју одлуку на тим резултатима.

Поред противника примене хипнозе, у теорији кривичног процесног права присутна су и залагања за ограничену примену хипнозе у кривичном поступку. Пледирање за ограничену употребу хипнозе односи се на случајеве извршења кривичних дела под утицајем хипнозе. Циљ примене хипнозе би био отклањање тзв. постхипнотичких кочница. Наиме, због деловања тзв. изолационог рапорта сећање окривљеног је блокирано, а воља неслободна. Стога ће окривљени приликом испитивања давати исказ који је детерминисан наредбом хипнотизера. Тако, постоји реална могућност да окривљени буде лошије третиран, па чак и да буде осуђен иако би реално постојала могућност ослобађања од кривичне одговорности. То се може спречити једино применом тзв. експлорационе хипнозе. Зато би задатак судије био да "укине криминално створену неслободу воље и опет путем хипнозе успостави сећање на догађај".¹²

Сличан овоме је и став да се хипноза може употребити уз сагласност окривљеног. По датом признању, окривљени би могао дати сагласност за примену

¹² Др Владимир Водинелић, *op. cit.* стр. 60-61.

хипнозе, како би се кривични догађај допунски расветлио. Тако би се окривљени одрекао заштите која му се пружа.¹³

Уз сав респект према овом ставу, потребно је сагледавање могућности одрицања окривљеног од предвиђене заштите кроз призму уважавања етичких и медицинских критеријума. Дискутабилно је да ли се може дозволити одрицање окривљеног од заштите која му се пружа. Људско достојанство и интегритет личности су вредности које се морају уважавати. Окривљени мора у сваком тренутку слободно и аутономно господарити својом вољом, и након утврђивања кривице. Ако би се окривљени након признања кривице сагласио са применом хипнозе, заштита људских права ове кривичнопроцесне странке би била непотпуна. Наиме, да ли допустити заштиту окривљеног од примене хипнозе само до момента утврђивања кривице. Да ли пледирање за примену хипнозе при допунском расветљењу кривичне ствари подразумева употребу хипнозе при утврђивању чињеница од којих зависи кривична одговорност и кажњивост окривљеног? Сматрамо да то не може бити случај. Примена хипнозе мора бити забрањена и при допунском расветљењу кривичне ствари, чак и ако би се окривљени сагласио са применом ове нехумане методе.

4. Наркоанализа

Наркоанализа представља психијатријску методу лечења психичких поремећаја употребом наркотичких средстава. У основи наркоанализе је психоанализа, и за разлику од хипнозе, наркоанализа има медикаментозну димензију. Употребом наркотичких средстава (скополамин, садијуж ампол, сулфазин, пентотал и слично) долази до инхибиција нервног система, при чему слаби његова контролна функција, што за последицу има ослобађање цензора људског понашања. Ова средства се у организам уносе најчешће интравенозно и притом доводе до слабљења воље, привремене амнезије и сна. По буђењу, отпор испитиваног окривљеног према испитивачу слаби, а појачава се импулс за говором и саопштавањем мисли. По схватањима психоаналитичара, код испитиваног окривљеног (или осумњиченог) се интензивира "нагон за признањем ради ослобађања од старог осећања кривице путем изношења нечег што повлачи казну".¹⁴

¹³ Др Живојин Алексић, Др Зоран Миловановић, *op. cit.* стр. 108.

¹⁴ Mengerig, *das wahrheitserum* p. 52., према Др Михајло Аћимовић, *op.cit.* стр. 268.

Неспорно је да наркоанализа спада у медицинске интервенције чија се примена забрањује одредбом чл.131. ст. 4. Законика о кривичном поступку. Осим тога, употреба "серума истине" је непоуздана јер се слабљењем воље појачава сугестибилност, из чега може проистећи и давање нетачних исказа.

За разлику од наркоанализе, могућност употребе нарकोдијагнозе у кривичном поступку, отвара дилему у теорији кривичног процесног права. Наркодијагноза представља дијагностички поступак којим се утврђује душевно стање неког лица, а тиме и окривљеног. Имајући у виду законску одредбу по којој се "узимање крви и друге лекарске радње које се по правилима медицинске науке предузимају ради анализе и утврђивања других важних чињеница за кривични поступак, могу предузети и без пристанка лица које се прегледа, ако због тога не би наступила каква штета по његово здравље" (чл. 131. ст. 2. ЗКП), могао би се извести закључак да је дозвољена примена нарकोдијагнозе у кривичном поступку. Како је разлика између медицинске дијагностике и терапеутике тешко уочљива, дозвољавање нарकोдијагнозе би, међутим, могло омогућити примену наркоанализе у кривичном поступку.

Кључни проблем који се отвара позитивним ставом према употреби нарकोдијагнозе у кривичном поступку је обезбеђивање ефикасности заштите професионалне (лекарске) тајне. Наиме, при дијагностицирању душевног стања окривљеног, лекар сазнаје и чињенице које се односе на кривичну ствар. Ако би се лекар који у кривичном поступку има процесни субјективитет вештака придржавао етичког кодекса своје професије, тада би, по схватањима појединих теоретичара, употреба нарकोдијагнозе била прихватљива. Наиме, заштита професионалне тајне подразумева да вештак при изјашњавању о душевном стању окривљеног не сме саопштити суду чињенице које се не односе на душевно стање окривљеног. Међутим, пошто се у кривичном поступку тешко може обезбедити заштита професионалне лекарске тајне, реална је могућност коришћења сазнања лекара вештака у кривичном поступку. Због тога је примена нарकोдијагнозе неприхватљива из истих разлога као и употреба наркоанализе.¹⁵

Тешкоће око разликовања нарकोдијагнозе од наркоанализе опредељују нас против примене нарकोдијагнозе у кривичном поступку. Нереално је очеки-

¹⁵ Види: Др Владимир Бајер, Југославенско кривично процесно право, књига II, стр. 93.

вати да се при дијагностицирању душевног стања окривљеног неће сазнати и за остале чињенице релевантне за расветљење и решење кривичне ствари. Приликом саопштавања налаза и мишљења лекар вештак ће тешко моћи да се изјасни о душевном стању окривљеног, а да се не осврне и на остале чињенице о којима има сазнање. За заштиту људских права окривљеног свеједно је да ли је нека одлучна чињеница утврђена терапеутском применом наркотичких супстанци, или је за утврђивање те чињенице искоришћено сазнање добијено у поступку дијагностицирања душевног стања уз употребу наркотичких средстава. Због тога је потребно постојећу законску одредбу (чл. 89. ст. 8. ЗКП) допунити изричитом формулацијом којом се искључује употреба наркотијагнозе у кривичном поступку. На тај начин би се људска права окривљеног додатно осигурала.

5. Лоботомија и друге медицинске интервенције

Спознаја да се људско понашање може модификовати хируршком интервенцијом на мозгу послужила је као извор идеје да се тим путем утиче и на понашање окривљеног у кривичном поступку. Циљ хируршког захвата на мозгу, поред осталог, може бити и отклањање одређених менталних поремећаја насталих као последица функционалних поремећаја нервних ћелија (неурона) у фронталном делу мозга. Пред медицином је настао проблем, како пронаћи поремећено подручје мозга које представља органску основу менталних аберација, а да се притом не оштети околно здраво ткиво. Као резултат заједничког рада португалског лекара Егоса Мониза и неурохирга Алменда Лиме створена је нова хируршка метода, названа префронтална леукотомија или лоботомија.

Суштина ове методе се огледа у пресецању нервне везе између фронталног дела мождане коре који представља органску основу мисаоног процеса и таламуса, дела међумозга који представља средиште емоционалног живота човека. Прекидом комуникације и одвајањем мисаоних од емоционалних садржаја, може се неутралисати агресивно понашање и интензивна анксиозност. На тај начин долази до смиривања, али и повећане послушности лица над којим је извршена ова хируршка интервенција.¹⁶

¹⁶ Др Стеван Р. Петровић, Психологија и могућност злоупотребе, Београд, 1983, стр. 162-166.

Поред извесним позитивних резултата на плану терапије импулзивно агресивних особа, анксиозних и сексуално девијантних психопата, примена лоботомије има негативне импликације по здравље лица према коме је примењена. Она доводи до интелектуалног отупљивања личности и смањења његових креативних способности. Применом лоботомије настаје емоционална индиферентност и замирање духовног живота уопште.

Пошто примена лоботомије индукује такве промене које доводе до смиривања и појачане сервилности, она на терену кривичног поступка може бити средство за изнуђивање исказа окривљеног. Одвајање мисаоне и емоционалне димензије, праћено губитком духовног живота, може приморати окривљеног да испуни све захтеве због којих је лоботомија и примењена. Штетне последице по окривљеног које изазива примена лоботомије, одређују ову хируршку интервенцију као нехуману методу утицаја на личност окривљеног. Пошто се неоспорно ради о медицинској интервенцији, јасно је да примену лоботомије забрањује одредба чл. 131. ст. 4. Законика о кривичном поступку. Поред тога, као и сва средства која имају за циљ притисак на вољу окривљеног, и примена лоботомије за последицу има непоузданост тако добијеног исказа. Интелектуално отупела и емоционално индиферентна личност се применом лоботомије "трансформише у биће без реакција, сервилно, од кога може да се добија изјава онаква каква се жели".¹⁷ Као метода лечења менталних поремећаја лоботомија се применом у кривичном поступку може претворити у средство репресивног апарата, са негативним реперкусијама на плану заштите људских права окривљеног. Све су ово разлози који говоре у прилог забране примене лоботомије у кривичном поступку.

Осим лоботомије, у кривичном поступку се противно закону, могу употребити и друге медицинске методе. Тако се електрошоковима и инсулинским шоком (наглим спуштањем нивоа шећера у крви, изненадном хипогликемијом) може изазвати дезоријентација и попуштање контроле, да би се окривљени у таквом стању испитао.

¹⁷ Др Панга Марина, Употреба полиграфа као метода утврђивања чињеница у кривичном поступку, стр. 657.

Завршне напомене

Из законских одредби јасно произлази да су недозвољени утицаји на вољу окривљеног применом силе, претње, медицинских интервенција. Међутим, сам амбијент кривичног поступка ствара одређен простор за примену ових метода. Пре свега, треба имати у виду још увек знатна овлашћења органа унутрашњих послова у предкривичном поступку, а у законом предвиђеним случајевима и у кривичном поступку. И поред најбоље воље законодавца, из објективних разлога он није увек у могућности да у свакој хипотетичкој ситуацији балансира тежњу за ефикасном заштитом друштвених интереса, а с друге стране да онемогући примену недозвољених утицаја на личност окривљеног, посебно медицинских интервенција. Проблем се увећава несавршеношћу доказних средстава, нарочито персоналних извора доказа при утврђивању чињеничног стања. Објективно се може створити ситуација да првенствено окривљени држи кључеве истине. Као последица те чињенице јавља се и потреба да се притиском на вољу окривљеног од њега добије што више информација о кривичном догађају. Притисак би морао бити довољно снажан како би се сломио отпор окривљеног. Тако се примена медицинских интервенција може учинити оптималним леком за превазилажење свих проблема насталих помањкањем чињеничне потпоре за осуду окривљеног. Њихов циљ је да се различитим видовима пресије изнуди исказ окривљеног. Задатак законодавца је да јасним одредбама максимално умањи простор за арбитрерно поступање органа кривичног поступка при утврђивању одлучних чињеница. У том смислу, потребно је изричитим законским одредбама предвидети поступак примене медицинских интервенција које су резултат нових научних достигнућа, нарочито примену методе узимања геномског отиска. Потребно је и изричито забранити употребу хипнозе, наркоанализе и наркотијагнозе у кривичном поступку.

Prof. Dr. Saša Knežević, LL.D.

Assistant Professor

The Application of Forensic Medicine in Criminal Procedure

Summary

The intention of international law documents, as well as modern legislature, on human rights, is to reduce, as much as possible, the limitations of rights of the accused which fall into the domain of human rights enacted therein. It is necessary to identify as illegal every limitation of rights and liberties of the accused exceeding the boundaries necessary to ensure the efficiency of the criminal procedure, and to approbate it. To this effect, any kind of medical coercion which can influence the volition of the accused, aimed at the extortion of testimony, is inadmissible.

The corporal and moral integrity of the accused can be jeopardized by duress, threat, as well as many different kinds of the psychological and social pressure on the volition of the accused, such as hypnosis, drug-analysis, drug-diagnosis and lobotomy. Therefore, the application of these forms of forensic medicine in criminal procedure must be forbidden.

The legal adjustment of DNA analysis will certainly contribute to the protection of the moral and corporal integrity of the accused.

Key words: forensic medicine, medical check-up, genomic imprint, hypnosis, drug-analysis, drug-diagnosis.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Др Вудоје Спасић

УПОРЕДНОПРАВНИ АСПЕКТ
ОГРАНИЧЕЊА ОВЛАШЋЕЊА НА
УМНОЖАВАЊЕ АУТОРСКОГ ДЕЛА ЗА
ПРИВАТНЕ ПОТРЕБЕ

UDK 347.78

Рецензент: Доц. др Зоран Миладиновић

Апстракт

Ограничења овлашћења на умножавање ауторског дела, као својеврстан коректив апсолутног карактера субјективног ауторског права, све више постају предмет интересовања. Овај тренд се нарочито манифестовао са развојем савремене информационе технологије (посебно интернета), који је довео до значајнијих промена у ауторскоправним односима. Овакве околности озбиљно прете да доведу у опасност успостављену равнотежу интереса свих релевантних субјеката у ауторскоправном односу.

У раду су обрађени упоредноправни системи ограничења овлашћења на умножавање ауторског дела за приватне потребе у индустријски и ауторскоправно најразвијенијим државама.

У раду су обрађени упоредноправни системи ограничења овлашћења на умножавање ауторског дела за приватне потребе у индустријски и ауторскоправно најразвијенијим државама.

Кључне речи: ауторско право, имовинскоправна овлашћења, умножавање дела, ограничења овлашћења.

*Др Видоје Спасић*¹

УПОРЕДНОПРАВНИ АСПЕКТ ОГРАНИЧЕЊА ОВЛАШЋЕЊА НА УМНОЖАВАЊЕ АУТОРСКОГ ДЕЛА ЗА ПРИВАТНЕ ПОТРЕБЕ

1. Врсте ограничења с обзиром на начин правног регулисања

Упркос апсолутном карактеру субјективног ауторског права, чија је кључна компонента искључиво овлашћење аутора да економски искоришћава своје дело, сва национална законодавства, као и међународне конвенције у области ауторског права, дозвољавају бројна ограничења овог права. Реч је о ситуацијама када је зарад општег интереса дозвољено искоришћавање туђих ауторских дела без овлашћења носиоца права, са или без плаћања накнаде за такво коришћење.

Генерално посматрано, данас у свету постоје два система регулисања ограничења имовинскоправних овлашћења аутора: 1) европски (континентални) и 2) англосаксонски правни систем. Притом, постоје земље које имају мешовит систем правног регулисања ове материје.

2. Европски правни систем

Државе европског — континенталног система, мање-више на униформан начин регулишу питање ограничења ауторових имовинскоправних овлашћења. У својим националним законима, оне садрже јасно прецизиране одредбе,

¹ Асистент Правног факултета у Нишу.

којима се регламентирају поједине врсте ограничења ауторових имовинскоправних овлашћења. Што се ограничења овлашћења на умножавање ауторског дела за приватне потребе тиче, можемо истаћи да скоро сва законодавства уважавају овај институт, прописујући ситуације и услове под којима су такве употребе дозвољене. Притом, неке земље дозвољавају оваква коришћења без сагласности носиоца права и без плаћања било какве накнаде. У другим земљама, нарочито у државама ЕУ, у складу с Директивом о ауторском праву у информатичком друштву, из 2001. године, за такву употребу плаћа се одређена накнада у корист аутора, или одређених фондова. У даљем тексту рада даћемо приказ законодавства у оним земљама Европе, које предњаче у индустријском и ауторскоправном развоју.

2. 1. Француско право

У француском праву, материја ауторскоправних односа регулисана је Законом о интелектуалној својини (*Code de la propriété intellectuelle*, скраћено: *CPI*).² Прва алинеја чл. L.122-3, одређује да се умножавање дела састоји у телесном (материјалном) фиксирању дела на све начине, који омогућавају комуникацију с јавношћу посредним путем. Исти законик наводи различите ситуације у којима аутору треба ограничити монопол. Оне се односе, како на право на умножавање, тако и на право представљања. У сваком случају, ограничења имају врло различите циљеве. Аутор мора толерисати захват у своје право на умножавање дела, када се умножени примерак користи за приватну употребу, али, такође, када је реч и о јавној употреби. Члан 41, Закона, из 1957. године, прописивао је: "Кад је дело објављено, аутор не може забранити: умножавања стриктно резервисана за приватну употребу лица које врши умножавање и која нису намењена за колективну употребу, изузев умножених примерака уметничких дела, намењених да буду коришћени за циљеве идентичне оним за које је створено и оригинално дело."

Члан L. 122-5, *CPI*-а, иде корак даље, па прописује да, кад је дело објављено, аутор не може забранити: 1) приватна саопштавања, бесплатно учињена искључиво у кругу породице; 2) умножавања стриктно резервисана за приватне потребе лица које умножава и која нису намењена колективној употреби, са изузетком умножених примерака уметничких дела намењених циљевима

² *CPI* — *Loi relative au Code de la propriété intellectuelle* (од 1. јула 1992. године, са изменама од 10. маја 1994. и 3. јануара 1995. године).

идентичним онима за које је створено оригинално дело, као и друге умножене примерке компјутерских програма, осим резервног примерка, под условима прописаним у одељку II чл. 122-6-1.

Чл. L.122-6, регулише искоришћавање компјутерских програма. У том смислу, стоји да, под условима из чл. L. 122-6-1, право искоришћавања, које припада аутору програма, подразумева искључиво право вршења и одобравања следећих активности:

- 1) трајно или привремено умножавање програма у целини, или делимично, на било који начин и у било којој форми;
- 2) превођење, адаптацију, прилагођавање, или сваку другу модификацију и умножавање односног програма;
- 3) стављање програма на тржиште (у промет), теретно или добродино.

У вези с претходним, чл. L.122-6-1, допушта одређене изузетке везане за коришћење компјутерских програма:

- (1) Активности генерално предвиђене у чл. L.122-6 (у 1^о и 2^о), нису подложне сагласности аутора, када су неопходне за омогућавање коришћења компјутерског програма од уживаоца, сагласно његовом циљу, укључујући и отклањање грешака.
- (2) Уживалац компјутерског програма може сачинити резервни примерак када је то неопходно за задржавање коришћења програма.
- (3) Уживалац компјутерског програма може без сагласности аутора посматрати, изучавати или тестирати функције програма, с циљем одређивања појмова и принципа који су суштина ма ког елемента програма, када извршава сваку операцију читавања, оглашавања, извршавања, трансмисије или складиштења програма.
- (4) Умножавање софтверског кода (шифре) или превођење форме овог кода не захтева сагласност аутора, када су умножени примерци или превођења, у смислу чл. L.122-6, неопходни за добијање потребних информација о интероперабилности компјутерског програма, створеног независно од других програма. Свакако, све ово допуштено је под законом прописаним условима.

Наравно, свако од ових умножавања не сме нанети повреду нормалном коришћењу компјутерског програма, или неоправдану штету легитимним интересима аутора.

Анализирајући изнете законске одредбе, можемо извући одређене закључке.

Пре свега, да би умножавање примерака било законом допуштено, то мора бити учињено строго за приватну употребу лица које дело умножава. Реч је, дакле, у суштини, о личној и породичној употреби. Такав би био случај умножавања целог дела, да би се надоместила куповина. Такође, врло је чест и случај поступања професионалца или студента и научног истраживача у прикупљању документације за свој лични рад: за мемоаре, тезе, докторате и слично.

Осим споменутог, закон додаје још један допунски услов: умножени примерци не смеју бити намењени колективној употреби. Законодавац је желео, на овај начин, забранити праксу, која би могла бити попут оне у предузећима, удружењима или синдикатима, који ће умножити једну књигу и растурилити је у великом броју својим филијалама, или, пак, својим присталицама. Сматра се да лица која умножавају дело можда и могу створити привид да је њихов умножени примерак сачињен у приватној сфери, али, свакако, тешко могу бранити чињеницу да није намењен приватној употреби.

Законодавац допушта ово ограничење права аутора упркос чињеници да је то губитак за интелектуалног ствараоца, у виду пропуштене добити. Притом, овај губитак биће мањег значаја, будући да ће штета на основу реализованих примерака бити сасвим незнатна. Приватна колективна употреба, по природи, начиниће штету која је сувише тешка за аутора. Стога, јуриспруденција, истина, индиректно ограничава домашај овог ограничења.

Следеће, треба одредити која је колективна употреба забрањена и, још прецизније, који умножени примерци, упркос чињеници да су приватно коришћени, не представљају ништа мањи захват у права аутора, пошто су намењени колективној употреби. Познати француски теоретичари ауторског права, Дебуа (H. Desbois)³ и Плезан (R. Plaisant)⁴, покушали су да одговоре на ово питање. Њихово мишљење састоји се у следећем: ако једна група умножава примерке за употребу од њених чланова, то је, свакако, приватна потреба, пошто према ставу Дебуа, "група није отворена свакоме", али оне остају, међутим, потчињене ауторском праву, пошто садрже колективну употребу. Извођење оваквог закључка вреди делимично за предузећа која умножавају научне чланке за своје сараднике.

³ Desbois, H.: D, 1974, 344, et Rev. trim. dr. com, 1974, 90.

⁴ Plaisant, R.: Gaz. Pal, 1975, 1, doct. 105.

Анализом чл. 41-2°, француског Закона о књижевној и уметничкој својини, из 1957. године, примећујемо да он одобрава врло рестриктиван начин слободне умножавања путем фотокопирања дела заштићених ауторским правом. Међутим, треба истаћи, да се оваквом решењу могу истаћи одређене примедбе. Пре свега, примећујемо да наведеном чл. 41-2°, недостаје јасноћа, што је доводило до неодлучности у интерпретацијама, у вези с њим. С друге стране, не може се негирати чињеница да присуство великог броја фотокопија, реализованих без сагласности аутора дела, има штетно дејство на право на умножавање. Оваква умножавања врло су штетна не само за ауторе, већ и за издаваче, зато што развитак технике фотокопирања доводи до знатног смањивања њихове зараде.

Најзад, треба истаћи да се код умножавања дела с позивом на ограничења, за уметничка дела захтева допунски услов: потребно је и да умножени примерци буду коришћени за идентичне циљеве за које је оригинално дело створено.

2. 1. 1. Такса на репрографије

Да би се, колико-толико, надоместиле штетне последице по ауторе, услед прекомерног коришћења института ограничења ауторских права, француски Закон о финансијама из 1976. године, установио је таксу од 3 % на апарате за репрографију, произведене у Француској, или увезене у њу. Новчани износ, наплаћен по овом основу, намењен је Националном књижном фонду и Националном центру за образовање, и треба да омогући финансирање наруџбина библиотека.

2. 1. 2. Накнада за приватно умножене примерке фонограма и видеограма

Ова накнада чини предмет III главе француског Закона о ауторском праву, од 03. јула 1985. године, где јој је посвећено шест чланова (31-37).⁵ Овакво решење прихватио је и, већ поменути, нови СРП.

⁵ Према париском суду (1. св.), 12. дец. 1988, R. I. D. A., јули 1989, стр. 226), ова накнада није супротна чл. 30, 36 и 85 Римске конвенције за заштиту уметника извођача, произвођача фонограма и установа за радиодифузију, из 1961. године.

Према чл. L.311-1, аутори, а такође и уметници-извођачи дела фиксираних на фонограмима или видеограмима, имају право на одговарајућу накнаду као и за умножавање наведених дела, реализовано под условима наведеним у тачки 2° чл. L. 122-5, и тачки 2° чл. 211-3. Накнада за случајеве из тачке 2° чл. L. 122-5, тиче се умножених примерака намењених приватној употреби лица које умножава. Као што је правилно подвучено, "ту постоји један нови начин коришћења дела, чији ефекти штетни за ауторе, уметнике и произвођаче, оправдавају увођење овакве компензаторне мере, која већ постоји у неким другим земљама (Немачка, Аустрија, Шведска)."⁶ Плаћање ове накнаде врше произвођачи или увозници телесних носача, пре њиховог стављања у промет. Разуме се, тај трошак биће превален на крајњег уживаоца дела. То је тзв. систем одбитка или задржавања, који је практичан за примену.

Члан L. 311-3, одређује да се накнада за приватно умножене примерке, према условима који су касније дефинисани, одређује паушално.

У тачки 4, истог члана, стоји да се накнада из тачке 3 уводи за произвођаче или увознике средстава за регистровање намењених за умножавање дела фиксираних на фонограмима или видеограмима, од тренутка стављања у промет ових средстава у Француској.

Члан L. 311-5, прописује да су врсте средстава (носача), износ накнаде и модалитети убирања одређени од Комисије, под управом представника државе, а састављене на начин, да половину чланова чине лица именована од организација представника корисника права на накнаду, четвртину чине лица именована од организација представника фабриканата или увозника средстава за регистровање, а преосталу четвртину чине лица именована од организација представника потрошача. Законодавац је сматрао потребним да одреди и критеријум за расподелу овако стеченог износа накнаде. Тако, у случају фонограма, накнада се расподељује по принципу: половина ауторима, једна четвртина уметницима-извођачима и једна четвртина произвођачима. У случају видеограма, накнада се расподељује на једнаке делове ауторима, уметницима-извођачима и произвођачима (чл. L. 311-7). Ова разлика у расподели накнаде између звучне и аудиовизуелне области, правдана је различитим економским положајима двају сектора. Расподела између заинтересованих субјеката у области звука, врши се у складу с традиционалним принципима из прошлости. Нормално је, уосталом, предвидети већи

⁶ Види извештај RICHARD, n° 2235, стр. 12, који показује да је 1983. године продао 41 милион празних звучних и 10 милиона празних видео-касета.

део накнаде за произвођаче и уметнике у аудиовизуелном домену, узимајући у обзир значај њиховог удела у стваралачком процесу.

Члан L. 311-8, истиче да накнаде за приватно умножене примерке дају основа за повраћај новца, када је средство за регистрацију стечено за личну употребу, или производњу од:

- 1) предузећа за аудиовизуелну комуникацију;
- 2) произвођача фонограма или видеограма и лица која обезбеђују за рачун произвођача фонограма или видеограма њихово умножавање;
- 3) правних лица или органа, чија је листа утврђена декретом министра културе, а који користе средства за регистровање с циљем да пруже помоћ лицима са оштећеним видом или слухом.

Коначно, као противтежа или коректив ограничењу ауторског права у корист приватног умножавања телесних носача, уведено је посебно право на накнаду у корист оних који трпе последице таквог умножавања, у складу са чл. 9, Бернске конвенције, који дозвољава националним законодавствима, умножавање дела у извесним случајевима, ако радња умножавања не представља повреду нормалне експлоатације дела, нити је узрок неоправдане штете легитимним интересима аутора. У том смислу, француски закон је у складу с препорукама UNESCO-а, OMPI-а и Европског савета СЕЕ.

2. 2. Немачко право

Немачки Закон о ауторском праву и заштити сродних права (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*), од 9. септембра 1965. године (а такође и касније измене и допуне), у свом VI одељку (чл. 45-63), регулише ограничења ауторског права. Овај закон познаје различите врсте ограничења субјективног ауторског права. Члан 53, регулише групу ограничења ауторског права која обухвата умножавања за личну употребу, а чл. 54, умножавања за другу сопствену (личну) употребу.

Према чл. 53, дозвољено је лицу које није аутор да, лично оно или преко трећег лица, прави појединачне умножене примерке дела за личну употребу. Ово начелно правило важи за све врста ауторског дела, с том разликом што се на саопштавање дела средствима за визуелно и звучно (сонично) умножавање дела фигуративних уметности, примењује само под условом да се то чини бесплатно.

Умножени примерци сачињени сагласно претходно наведеним одредбама не могу се ставити у промет нити користити с циљем јавног саопштавања. Регистравање представа, рецитација или јавних извођења дела на телесни носач, извођење планова и скица и реализовање дела из области архитектуре захтевају увек дозволу носиоца права.

Ако се, сагласно врсти дела може очекивати да ће дело бити умножавано за личну употребу, регистравањем радиодифузних емисија на неку врсту телесног носача, односно поновним регистравањем с једног средства на друго, аутор дела има право да, преко организација за колективно остваривање права, поднесе захтев произвођачу апарата за умножавање да плаћа одговарајућу накнаду (у одређеном проценту), остварену од продаје тога уређаја или телесног носача (то су нпр. касетофон, видео, плејер, CD плејер, а од носача: касете, дискете, CD-и). Осим произвођача, солидарно одговара за плаћање ове накнаде свако лице које увози или поново увози поменута средства, у трговачке сврхе, на територију где се примењује овај закон.

У чл. 54, регулисано је умножавање за другу сопствену употребу, као облик ограничења ауторових права. Тако, допуштено је правити (лично или преко трећег лица), појединачне умножене примерке дела у одређене сврхе: (1) за сопствену употребу у научне сврхе; (2) за уношење у личну архиву, ако је то умножавање потребно за ту сврху и ако је сопствени примерак дела употребљен као модел за умножавање; (3) приватно саопштавање за сопствене потребе емитованог дела о актуелним догађањима; (4) умножавање за другу сопствену употребу — ако је реч о кратким фрагментима издатог дела, или о појединачним чланцима објављеним у дневним листовима или часописима и ако је реч о делима чије је издање исцрпено, а носиоца права није могуће наћи. Ако се носилац права може пронаћи, а издање је исцрпено пре више од три године, он може само из важних разлога добити сагласност за умножавање дела. Све ово, горе изречено (у чл. 54, ст. 1), важи само у случају да допуштени умножени примерци нису намењени комерцијалним циљевима. У супротном, лице које је по чл. 54, овлашћено да сачини умножавање, дужно је да плати аутору правичну накнаду.

Немачки закон о ауторском праву прави разлику између умножавања дела за личну употребу и умножавања за другу сопствену употребу. Један од значајних повода за овакву регулативу представљао је убрзани развој тадашњих савремених поступака за умножавање ауторских дела, посебно репрографских техника и поступака за сонично и визуелно регистравање и умножа-

вање ауторског дела. У том смислу, веома значајну улогу одиграле су две пресуде Савезног суда Немачке, из 1995. године, које су се тичале фотомеханичког умножавања и регистровања на магнетофонску траку.

Прва пресуда, уједно и преседан у овој материји, односила се на фотомеханичко умножавање,⁷ а донета је поводом фотокопија чланака објављених у научним часописима, које су биле сачињене у једном индустријском предузећу, за потребе њихових истраживача (инжењера и техничара). Приликом одлучивања у овој правној ситуацији, суд је пошао од становишта, да је израда фотокопија за наведена лица служила потребама предузећа и да, сходно томе, овде није реч о умножавању за личну употребу, већ о неовлашћеном умножавању, односно класичној повреди ауторског права.

Као директна последица ове пресуде, а ради неутралисања сличних спорних ситуација, закључен је начелни уговор о фотомеханичком умножавању чланака из часописа, за тзв. "интерну употребу", између Националног савеза немачке индустрије и Удружења немачких књижара. На основу тог уговора, издавачи овлашћују индустријска предузећа да фотомеханички умножавају чланке аутора чланова Удружења за "интерну употребу". Индустријска предузећа обавезују се да користе те умножене примерке у назначеној намени и да плате накнаду, уколико је реч о часописима из последње три године. Овакав тренд кретања у пракси законодавац је преточио у правне регуле правећи разлику између умножавања за строго личну употребу и умножавања за другу сопствену употребу — што ће рећи за другу интерну употребу. Умножена ауторска дела која служе за индустријску употребу, не могу се по слову овога закона сматрати умноженим примерцима за личну употребу, у ужем смислу. То важи, превасходно, за фотокопије, ксерокопије и друге облике умножавања сачињене у предузећу за потребе њихових службеника. У том случају, дозвољено је, под условима прописаним у чл. 54, умножавање кратких фрагмената издатог дела и чланака објављених у дневним листовима и часописима. За разлику од претходног, допуштено је умножавање у једном примерку, али строго за личну употребу, без тражења сагласности аутора, и без плаћања накнаде, не само чланака из новина и часописа или фрагмената дела, већ и читавих дела — књига. Међутим, аутори и издавачи су, с правом, стављали озбиљне примедбе на овакву регулативу, јер су сматрали да ће на овај начин њихова ауторска права бити фактички угрожена, пошто ће за уживаоце књижевних дела у многим случајевима бити знатно јефтиније да сачине умножене примерке дела него ли да купе оригинални примерак. На

⁷ BGHZ 18, стр. 44.

тај начин, из читаве операције корист извлаче уживаоци дела и сервиси — предузећа — која се баве фотокопијом дела, на уштрб интереса аутора и издавача.

Друго спорно питање, у вези са умножавањем за приватну употребу, представља регулисање случајева саопштавања дела заштићених ауторским правом, која се налазе фиксирана на телесним носачима (соничним или визуелним). У немачкој пракси није било спора око регистровања јавних предавања, представа или извођења. Било је допуштено, без сагласности аутора и без накнаде, њихово регистровање и поновно умножавање за кућну употребу. Међутим, дискутабилно је било регистровање ТВ емисија или филмова и њихово умножавање за кућну употребу. Ово питање било је предмет једне пресуде Савезног суда.⁸ Том приликом, суд је недвосмислено изрекао став, да се регистровање на траку, учињено с намером да она буде слушана у приватном стану, сматра умножавањем за стриктно личну употребу. Међутим, ова пресуда је, осим присталица имала и жестоке критичаре. Чињеница је, наиме, да на овакав начин и оваквим условима, умножени примерци озбиљно конкуришу оригиналним примерцима намењеним продаји. Ни јавни апел за плаћање паушалних месечних накнада за искоришћавање ауторових права, ни упозорења трговаца да је за регистровање заштићених дела потребна сагласност друштва за заштиту ауторског права, нису дали жељене ефекте, јер су се уживаоци дела крајње игнорантски односили према свему томе. Зато је у Закон из 1965. године, ушла обавеза за произвођаче уређаја за регистровање ауторских дела, односно увознике, да плаћају одређену накнаду у корист друштва за заштиту ауторских права, јер су ови уређаји, а ргиогі, намењени регистровању и умножавању заштићених ауторских дела. Истовремено, с доношењем Закона о ауторским и сродним правима, дакле, истога дана донет је и Закон о старању о ауторским и сродним правима, који детаљније уређује поступак за остваривање и заштиту ауторских и сродних права.

Немачка је у последњој деценији 20-ог века, у складу са обавезама на основу Директива ЕУ, у више наврата вршила измене основног закона из 1965. године. Најзначајније ревизије тичу се заштите компјутерских програма, од 09.06.1993. године, и сателитског и кабловског емитовања, од 08.05.1998. године. На тај начин, Немачка је хармонизовала своје законодавство са правом ЕУ и, сходно томе, у вези с ограничењима ауторских права, има регулативу сличну француском законодавству.

⁸ BGHZ 17, стр. 226, од 18. маја, 1955. године.

3. Англосаксонски правни систем

За разлику од европског — континенталног права, земље англосаксонског правног подручја имају, суштински, другачији приступ регулисању многих правних питања, па се такав тренд задржава и у ауторскоправним односима, односно у материји ограничења ауторскоправних овлашћења.

3. 1. Велика Британија

Закон о ауторском праву (Copyright Act) Велике Британије, из 1956. године, први пут уводи ограничење ауторских овлашћења. Он одређује, у чл. 6, ст. 1, да се искоришћавање књижевног, драмског или музичког дела, с циљем истраживања или личног проучавања, не сматра повредом ауторског права на том делу. Овај Закон је у чл. 7, детаљно регулисао повластице за библиотеке које за своје потребе врше фотокопирање:

- а) чланака објављених у периодичним публикацијама;
- б) делова објављеног дела;
- ц) целог објављеног дела;
- д) необјављеног дела.

Сви ови случајеви фотокопирања не сматрају се повредама ауторског права уколико испуњавају законске услове.

Нови, уједно и важећи Закон о ауторском праву, индустријском дизајну и патентима (Copyright, Designs and Patents Act) УК, од 1988. године, у чл. 29 (1), предвиђа да фер поступање с делом за потребе истраживања не представља повреду ауторског права. Овај члан прописује следеће: "Слободно искоришћавање књижевних, драмских, музичких или уметничких дела за потребе истраживања или у циљу личног усавршавања не представља повреду ауторског права."

3. 2. Канада

У правном систему ове земље постоје случајеви коришћења заштићених ауторских дела од лица која нису њихови аутори, који не конституишу повреду ауторског права. Надаље, постоје извесне ситуације у којима је

умножавање целог дела или његових фрагмената, допуштено без изричите сагласности власника-носиоца права. Закон о ауторском праву Канаде из 1988. године (ступио на снагу 31. 12. 1989. године), такве случајеве квалификује синтагмом "правична употреба" ("*utilisation équitable*"), њеној регулентацији посвећује чл. 27 и 28. Појам "правична употреба" централни је елемент закона који се односи на библиотеке и коришћење документације коју оне умножавају. Закон прописује: "Не представља никакву повреду ауторског права: [...] а) правично коришћење једног дела за циљеве приватног учења, истраживања, критика, приказа-извештаја или редакција резимеа намењеног новинама {чл. 27 (2) а}" . Постоји, дакле, пет случајева где се правична употреба примењује и закон их прецизно и таксативно наводи, тако да нема места другачијем тумачењу.

Изнећемо тумачење владе које је она дала поводом овога закона: "[...] Правична употреба [...] манифестује се у цитирању или савесном умножавању кратких извода једног дела у циљу приватног учења-студирања, истраживања, критика, приказа или редакција резимеа намењених за новине. Министар културе на све ово додаје: "Закон допушта, дакле, пет активности, врло прецизно наведених и ништа више. Правична употреба није један изузетак, на основу кога се унапред добија сагласност да се врши оно што иначе представља искључиво право титулара права. Ради се више о једној одбрани, односно заштити од гоњења за повреду права аутора [...]. Потребни су, дакле, изричито прецизирани услови да би се на њих позвало и само физичко лице може на њих претендовати. Никако и ни под којим околностима, једна библиотека неће моћи, да испуни побројане услове, пошто је она правно лице које не може ни учити-студирати или приватно истраживати."⁹

Када говоримо о легислативном појму правичне употребе и његовим тумачењима у Канади, незаобилазан је став Конференције ректора и управника универзитета Квебека (скраћено: CREPUQ).¹⁰ CREPUQ је дао ширу интерпретацију појма правична употреба, базирајући свој став, на пракси библиотека. Ова пракса произилази из потреба уживалаца и изненађујућег развоја праксе, после усвајања закона 1988. године, нарочито у крилу Консултативног комитета о ауторском праву и библиотека о иницијативи федералне владе. Чланови овог комитета били су сагласни, између осталог, о

⁹ Larivière, J.: "Le respect des droits d'auteur en bibliothèque: mission impossible", communication présente dans le cadre du congrès annuel de l'ASTED, 16. octobre 1993, a Sherbrooke, стр. 6.

¹⁰ Conférence des recteurs et des principaux des universités du Québec - CREPUQ.

легитимитету једног-јединственог примерка, с циљем приватног учења, његове замене и чувања. Овакав став истоветан је једном правном мишљењу датом 5. октобра 1993. године¹¹, које је уважавало легитимност јединственог умноженог примерка, с циљем приватног учења, замењивања и чувања (презервације) датог примерка дела.

При оцењивању да ли је нека употреба дела правична, узимају се у обзир два елемента: квалитет и квантитет употребе. Када се говори о квалитету, треба истаћи да се узимање и само једног мањег фрагмента, у погледу квантитета, може сматрати умножавањем без сагласности, те проузроковати повреду ауторског права. Другим речима, чак и један кратак извод дела може бити веома значајан у квалитативном погледу. Harold G. Fox¹² истиче: "Да би се одредило шта је један важан фрагмент, потребно је посматрати заједницу околности: 1) вредност присвојеног дела; 2) његову вредност у вези са сваким делом (првобитним и новим); 3) жељени циљ преко тог дела у сваком делу (ауторском); 4) како пиратски садржај може у будућности заменити оригинал или причинити штету његовој продаји."¹³

Канадска јуриспруденција сматра да је умножавање комплетног заштићеног дела недопуштено, осим ако се има овлашћење за такву радњу. Насупрот томе, ако је реч о једном фрагменту заштићеног дела, онда постоје две могућности: уколико узети део није значајан, нпр. више речи или неколико реченица, нема никаквих сметњи за умножавање тога фрагмента. Ако је реч о једном значајном фрагменту, онда се ауторска права која се примењују и позајмљени, односно умножени, део морају ценити у функцији његовог физичког обима — квантитета — и нарочито у функцији значаја његовог садржаја за комплетно дело (квалитет извода).

Позајмице морају бити, разумне, односно не супстанцијалне или не значајне, дакле, не смеју бити сувише обимне, и не смеју садржавати суштински део дела. Као пример за ово последње, могу послужити последње страница једног романа Агате Кристи, где она даје решење заплета, што представља суш-

¹¹ Conference des récteurs...Sous-Comité des conseillers juridiques. Avis juridique concernant le projet CANCOPY/AUCC (version du 5. nov. 1993.) de "Licence générale permettant la reproduction, par les universités, d'oeuvres protégées par le droit d'auteur, Montreal, la Conférence, 1993, 4p. Annexes.

¹² У свом делу: *The Canadian Law of Copiright*, Toronto, University of Toronto Press, 1944.

¹³ *Ibid*, стр. 343.

тински фрагменат дела. У вези са овим садржајем, већ поменути Jules Larivière, истиче: "Недопуштеност једне фотокопије ће се моћи проценити не само, дакле, по броју страна или кроз једноставан аритметички рачун, већ боље кроз суштинску вредност умноженог дела, односно његовог фрагмента."¹⁴

Такође, допуштено је умножавање компјутерских програма у двама специфичним циљевима. Први циљ биће остварен ако је умножени примерак сачињен од уживалаца, намењен да обезбеди компатибилност програма с датим компјутером, ако је програм уграђен само за личну употребу и ако се умножени примерак брише чим одређени уживалац не буде више власник примерка (чл. 27) (2) пар. 1). Овај тип коришћења може укључити адаптацију програма, модификацију или превод на други информациони језик. Други циљ подразумева да је реч о производњи резервног примерка дела, само ако он буде уништен чим лице које је сачинило овакав умножени примерак није више власник примерка (чл. 27) (2) пар. м).

Постоје и други случајеви ограничења ауторових имовинскоправних овлашћења, али су они допуштени у јавном интересу, и неће бити предмет наше пажње.

У Канади су 01. 09. 1999. године, донете измене Закона о ауторском праву.¹⁵ Измењене одредбе тичу се радиодифузије и њима се уводе извесни изузеци у корист радиодифузних установа, да сачињавају тзв. ефемерна регистровања интерпретација дела заштићених ауторским правом, ради лакшег програмирања и емитовања. Ови изузеци подвргнути су извесним условима и лимитима, што подразумева, нпр. максимално трајање чувања резултата таквог регистровања.

На крају, у вези с канадским правом, треба истаћи да у овој земљи постоји и функционише Унија писаца (канадских и писаца Квебека)¹⁶, опуномоћена од издавача књига и периодике, као и од аутора, која од 1984. године ради као Друштво за колективно управљање правима репрографије. Под тим називом, Унија издаје лиценце за умножавање и регулише ауторскоправне односе између аутора, издавача и уживалаца дела.

¹⁴ Larivière, J.: "Problemes de droit d'auteur dans les bibliothèques", Documentation et bibliothèques, vol. 33, n° 3, juillet-septembre 1987, стр. 81.

¹⁵ Loi modifiant la loi sur le droit d'auteur (које су ступиле на снагу 1. октобра 1999. године).

¹⁶ L'Union des écrivaines et écrivains québécois – Uneq.

3. 3. САД

Америчко право најдаље је отишло у изучавању, уређивању и практичној примени ограничења ауторскоправних овлашћења. У складу с тим, САД не само да имају најнапредније законодавство у овој материји, већ и веома богату јуриспруденцију, али и напредну, утемељену и инспиративну доктрину. Амерички Закон о ауторском праву¹⁷, у чл. 106, регулише ексклузивна права аутора на ауторска дела уопште, док у чл. 106-А, уређује права извесних категорија аутора (дела визуелних уметности) на поштовање патернитета и интегритета дела. Са нашег аспекта, најзначајнији је ст. 1, т. 1, чл. 106, где се истиче да власник ауторског права има искључиво право да изврши или одобри свако умножавање заштићеног ауторског дела, копирањем или снимањем као звучни запис на телесном носачу.

Ауторско право полази од претпоставке да власник ауторског права има искључива права за бројне употребе заштићеног дела, испољене нарочито кроз умножавање, дистрибуцију, стварање изведених (деривативних) дела и јавно излагање створених дела. Али, наведени закон уводи и неколико значајних изузетака (ограничења) тих права.

3. 3. 1. Ограничења ауторских права у облику "фер употребе" (fair use)

Најпознатији и најважнији изузетак од власникових, односно ауторских права, представља "фер употреба" ("fair use").

У чл. 107, регулисана су ограничења ексклузивних права у случају фер употребе (fair use). Упркос одредбама из чл. 106 и 106-А, фер употреба заштићеног ауторског дела укључујући употребе као што су: умножавање путем копија или фонорекардима (фоноснимцима) или другим посебним средствима, у сврхе, као што су: критике, коментари, новински извештаји, учење (укључујући вишеструке копије за употребу у учионици), стипендије или истраживања, не сматра се повредом ауторског права, односно наведене радње су допуштене.

¹⁷ The Copyright Act of 1976, is codified at 17 U.S.C., са изменама и допунама усвојеним у Digital Millenium Copyright Act-у, од 28. 10. 1998. године.

При одређивању да ли ће се нека појединачна употреба сматрати фер употребом, узима се у обзир следећа четири фактора: а) циљ (сврха) и карактер употребе; б) природа заштићеног ауторског дела; в) обим и материјална садржина употребљеног фрагмента у односу на дело као целину и г) тржишни учинак.

Чињеница да је ауторско дело необјављено, неће моћи, сама по себи, бити препрека установљавању фер употребе, ако је закључак о фер употреби учињен уз анализирање свих претходнонаведених фактора, истакнутих збирно.

3. 3. 2. Нови амерички Закон о ауторском праву

Као одговор на захтеве савремених технолошких промена, у САД-у је, 28.10.1998. године, донет Закон о ауторском праву дигиталног доба (Digital Millenium Copyright Act), који представља измене и допуне Закона о ауторском праву из 1976. године. Овај акт донет је да би се постојеће законодавство ускладило са новоствореним ауторскоправним односима, произашлим из развоја информатичке технологије и дигиталног мрежног окружења.

Наслов I новог закона гласи: "Нове забране изигравања заштитне технологије." У том смислу:

— забрањено је "изигравање" сваке ваљане "технолошке мере заштите" (нпр. password — лозинка — или у форми енкрипције — шифровања), употребљене од власника ауторског права у оквиру ограничавања приступа његовом материјалу;

— забрањена је израда било каквог средства или нуђење било каквих услуга примарно намењених за надвладавање "мере технолошке заштите";

— одлагање ефективног времена из ове забране за две године и осамнаест месеци, односно

— у току трајања ових двеју година, и затим сваке треће године, захтевати од Конгресне библиотеке да редовно врши надзор и извештава које "анти-изигравање" ће супротно утицати на уживаоце информација (подједнако на појединце и институције), да учине "неповређујуће употребе" у вези са "појединим врстама ауторских дела" (притом, појам врсте остаје намерно неодређен, будући да је намера била да се праведно ограниче, нпр. историјски текстови, дигиталне мапе или лични финансијски компјутерски програми);

- захтеви које библиотека издаје три године након одбацивања забране "анти-изигравања" уз поштовање сваке врсте дела у вези с којом је ново право показало супротан приступ фер употреби и другој неповређујућој употреби;
- изузимање непрофитних библиотека, архива и образовних институција од кривичне казне и допуштање да се поништи свака грађанска казна кад таква институција може доказати да она није имала ниједан разлог да не буде савесна, односно да зна да њене активности повређују овај закон;
- хитно створити стање које неће омогућити да многе значајне активности засноване на fair use доктрини (укључујући повратну — фидбек— технику, сигурносни тест, заштиту приватности и истраживање енкрипције), допринесу конституисању илегалног "анти-изигравања";
- не чинити никакве измене fair use доктрине, или других информација субјектата повластица и права.

У наслову II, говори се о ограничењима одговорности on-line сервис провајдера (On-line Service Provider-OSP). То подразумева:

- изузимање сваког on-line сервис провајдера, или носиоца дигиталних информација (укључујући библиотеке) од ауторскоправне одговорности базиране само на садржају трансмисије, учињене од провајдеровог клијента или носачевог система (нпр. клијент библиотечког компјутерског система);
- установљавање механизма за избегавање одговорности за ауторскоправне повреде, базиране на складиштењу повређујућих информација на on-line сервис провајдеров компјутерски систем, или на употреби "средстава за локацију информација", ако провајдерова дела "брзо уклањају или онемогућавају приступ повређујућем материјалу, који је идентификован кроз формалну нотификацију од стране власника ауторског права."

У наслову IV, обрађени су дигитално чување материјала и образовање на дистанци. С тим у вези, прописано је ажурирање текућег чувања прописа из Закона о ауторском праву (чл. 108) за:

- изричито дозвољавање овлашћеним институцијама да сачине по три дигитална резервна примерка значајних ауторских дела;
- давање на послугу тих примерака електронским путем другим образовним институцијама;
- дозвољавање презервације, укључујући дигитална средства, кад је постојећи формат у коме је дело било ускладиштено застарео.

Овај нови Закон садржи и извесне новине, које се тичу образовања на дистанци. Оне се огледају у следећем:

— обавеза Регистра *copyright*-а о извештавању Конгреса, у року од шест месеци од објаве, о томе "како промовисати учење на дистанци кроз дигиталну технологију";

— охрабривање да се у Регистру формулишу такве препоруке које ће бити законски предлози;

— специфицирање осам фактора, који ће бити разматрани у оквиру Регистра, укључујући "степен са којим ће корисност од лиценци за употребу заштићених ауторских дела у образовању на дистанци, кроз интерактивне дигиталне мреже, бити разматрана у процењивању избора за сваки изузетак у учењу на дистанци."

Једна од суштинских одредаба, у новом америчком Закону о ауторском праву, јесте она о ограничавању потенцијалних новчаних губитака с којима се *on-line* вршиоци услуга, укључујући библиотеке и образовне установе, могу суочити када се налазе у функцији преносица информација, омогућавајући *on-line* клијентима приступ садржају заштићеном ауторским правом, који је тамо неко други ускладиштио. Да се не би суочили са великим финансијским захтевима, уколико трећа лица — клијенти — услуга на мрежи, повреде нечије ауторско право, *on-line* вршиоци услуга могу избећи овакву одговорност, односно изузети се од одговорности уколико испуне услове прописане овим актом. Треба истаћи да се ослобађање од одговорности не примењује на материјал заштићен ауторским правом, који је вршилац услуга сам поставио *on-line*, као на пример свој *home page*. Стандардна правила, укључујући правилно појашњавање и фер употребу примењују се на овај материјал.

Акт дефинише "сервис провајдера" (*On-line Service Provider — OSP* — овлашћени вршилац услуга), као ентитет (субјекат) који преноси, одређује путеве преноса и повезује клијенте на *on-line* комуникације или пружа *on-line* услуге, или услуге повезивања на мрежу, као што су чување (складиштење) дигиталног материјала, кеширање или тражење, те обезбеђивање средстава за проналажење локација (директоријуме, хиперлинкове, итд.). Веома је значајно истаћи да се, у поступању с материјалом заштићеним ауторским правом, који се може добити с мреже *OSP*-а, мора бити пасиван (неутралан), како би се могле користити повластице предвиђене овим актом. Корисник услуге не може поставити материјал *on-line*, модификовати садржај, чувати га дуже него што је потребно, или свесно нарушавати нечије ауторско право. Његови

системи морају функционисати аутоматски, и он не може бирати примаоце трансмисије. Коначно, он не сме имати никакву корист од нарушавања ауторских права.

Акт захтева од OSP-а да мора одмах испунити неколико нових захтева како би био квалификован за искључење своје одговорности. У том смислу, OSP мора:

- означити пуномоћника који ће од власника ауторског права примати законом прописане нотификације — опомене од власника о нарушавању ауторског права и слати законом прописане опомене својим претплатницима;
- информисати службу за ауторска права о имену и адреси пуномоћника и слати те информације на OSP-ов сајт;
- развити и објавити начела, односно програм за отклањање понављања повреда и пружање клијентима мреже информација о прописима у вези са ауторским правима;
- повинovati се захтевима опоменама (нотификацијама), као што су "скини" и "врати";
- осигурати прилагођавање система техничким мерама индустријског стандарда, које користе власници ауторског права, како би своја дела заштитили од незаконитог приступа и нарушавања ауторског права.

Digital Millenium Copyright Act прописао је посебан поступак који се односи на јавне непрофитне институције вишег образовања, што их чини квалификованим за ограничења, па, чак, ослобађа одговорности за извесне повреде уживалаца, који су чланови наставничког особља или постдипломци који се баве истраживачким радом. Овај акт, такође пружа имунитет од захтева трећих лица, предвиђајући то у случају када постоји потпуно повиновање правилима утврђеним законом. Оно што је посебно важно, јесте околност да није неопходно активно контролисање садржаја на internet-у од OSP-а. Да би се користио ограничавањем одговорности, OSP мора деловати тек када има "актуелно знање" о повреди (било на основу чињеница које су му поднете, било на основу нотификације од стране власника ауторског права), али се ни у ком случају OSP-у не намеће терет да контролише или открива повређујуће понашање.

У суштини, ограничавање одговорности пружа вршиоцима библиотечких и образовних услуга значајан легалан изузетак у времену дигиталне технологије, када њихова изложеност on-line повређивањима ауторског права расте, с једне стране због повећане количине садржаја који циркулише на internet-у,

али и због неких неповољних судских пресуда по OSP-е из најновије судске праксе, с друге стране.

Осим већ изнетог, поменути акт дотиче и материју учења на дистанци. Одредбе о учењу на дистанци захтевају да се, најкасније у року од шест месеци од ступања на снагу Digital Millenium Copyright Act-а, установи Регистар ауторских права (Register of Copyright), који ће Конгресу дати препоруке како да промовише образовање са дистанце, путем дигиталних технологија, уз одржавање одговарајуће равнотеже између интереса власника ауторских права и потреба уживалаца дела заштићених ауторским правом.

Сагласно студији, захтева се да садржај Регистра буде консултован са представницима власника ауторских права, непрофитних образовних институција, библиотека и архива, нарочито у вези са следећим факторима:

- потреба за изузимањем ексклузивних права власника ауторског права за учење на дистанци, преко дигиталних мрежа;
- врсте дела које ће бити обухваћене сваким изузетком, и обим прихватања квантитативних ограничења на фрагменте дела, а које ће бити коришћене за сваки изузетак обухваћен учењем на дистанци;
- стране које би имале користи од сваког изузетка;
- стране које би требало да буду квалификоване за добијање материјала за учење са дистанце, с позивом на изузетке;
- да ли и које врсте технолошких мера могу или треба да буду предузете у оквиру спречавања неовлашћеног приступа и коришћења, или задржавања, материјала под условом квалификованости;
- обим до кога треба узети у обзир корисност лиценци;
- други фактори који ће у Регистру бити сматрани релевантним.

Vidoje Spasić, LL.D.

Teaching Assistant

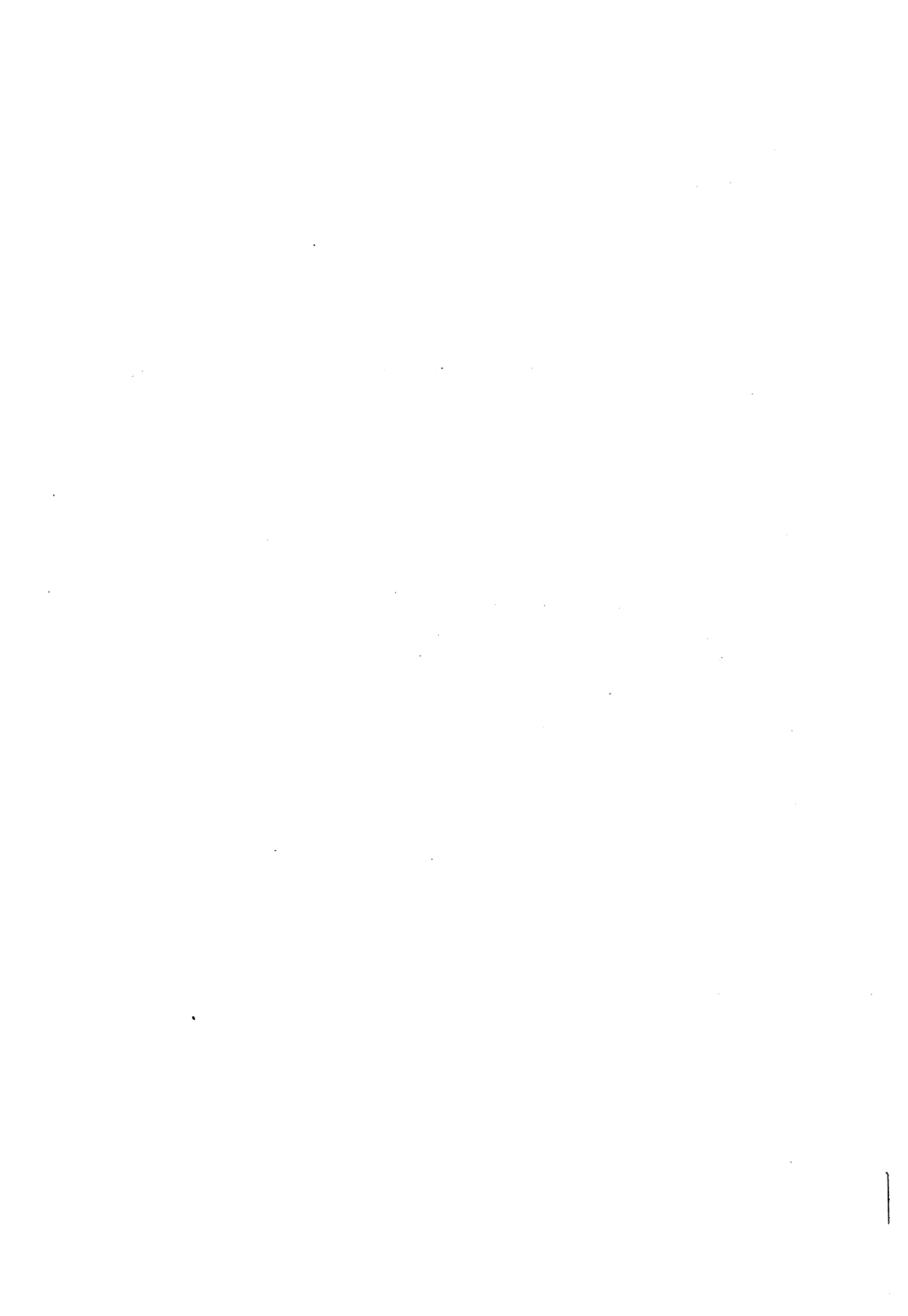
The Comparative Law Aspect in Limiting the Copyright Authorization for Private Needs

Summary

The limitations of copyright authorization, as a sort of correction of the absolute character of copyright law related to authorship, are a subject of growing interest. The trend has become apparent with the development of modern information technologies (particularly the Internet), which has resulted in significant changes in the copyright relations. These circumstances threaten to jeopardize the established balance of interests of all relevant parties in the copyright relations.

In this article, the author provides a comparative law analysis on the limitations of authorization for private purposes in the legal systems of the countries where industrial and copyright law has been fully developed.

Key words: copyright law, authorization on chattels, copyright, limitation of authorization.



ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Мр Горан Обрадовић

**КЛАУЗУЛЕ СИНДИКАЛНЕ
СИГУРНОСТИ**

UDK 331.105.44

Рецензент: Проф. др Александар Петровић

Апстракт

Слобода синдикалног организовања има два правца: позитивни (да се оснивају удружења и да им се приступа) и негативни (да се не буде члан ниједног удружења). Иако је у савременом праву неспорна, слобода синдикалног организовања је и ограничена. Једно такво ограничење су клаузуле синдикалне сигурности, којима се бави овај рад. После излагања проблема, приказују се најзначајнији облици ових клаузула, а затим се анализира стање у неким упоредно-правним системима. На крају рада се разматра проблем оправдања клаузула синдикалне сигурности, са аспекта интереса синдиката, као и са аспекта права запослених да не буду чланови синдиката, уз критички осврт на сваки од њих.

Кључне речи: радни однос, синдикати, синдикалне слободе.

Мр Горан Обрадовић¹

КЛАУЗУЛЕ СИНДИКАЛНЕ СИГУРНОСТИ

1. Проблем

Слобода синдикалног организовања (слобода коалиција) има свој позитивни и негативни значај. У *позитивним* правцу значи да службодавци и службопримци могу оснивати друштва ради заштите својих интереса, да се могу у тим друштвима удруживати и да могу у свом раду примењивати средства која друштвена правила предвиђају. У *негативном* правцу слобода коалиције значи и право бити неорганизован, као и забрану захтевати учлањење у синдикалну организацију.²

Право на слободу синдикалног организовања утемељено је у бројним документима (УН, МОР, ЕУ, итд), али је, и поред тога, у појединим законодавствима постојала или још увек постоји пракса његовог ограничавања путем тзв. *клаузула синдикалне сигурности*.

¹ Асистент Правног факултета у Нишу.

² Др С. Бајич, *Основи радног права*, Општи део, Издавачко и књижарско предузеће Геце Кона А. Д., Београд, 1937., стр. 93-95. Такође и: Н. Гинтић, *Радно и сооцијално право* (I), Народне новине, Загреб, 1969., стр. 93, по коме слобода (право) синдикалног организовања укључује: а) слободу односно право, тј. могућност, али не и дужност заинтересованих особа да оснују синдикат; б) слободу, односно право појединца да по својој вољи ступи или не ступи у синдикат уопште; в) слободу појединца да по својој вољи ступи у одређени синдикат, ако их је више; д) слободу појединца да не ступи ни у једну од постојећих синдикалних организација, односно да из истих иступи.

Циљ клаузула синдикалне сигурности јесте ојачавање позиције синдиката у непријатељској средини и лакшем испуњавању своје улоге у систему радних односа на основу директних дискусија и преговора.³ Чињеница да сви запослени код једног послодавца морају бити чланови неког синдиката (или тачно одређеног, тј. већинског), олакшава наступ према послодавцу јер сви они иступају јединствено и имају веће изгледе да остваре своје захтеве. Најзначајнији аргумент у одбрани клаузула синдикалне сигурности јесте управо корист коју сви запослени имају од синдикалног деловања.

С друге стране, с обзиром да непосредно ограничавају право на рад (и слободу рада), ове клаузуле су доста оспораване. У складу са савременим схватањем права на рад, право је радника да се запосли где хоће, а то значи да му се запослење не може условљавати учлањењем у синдикат, а поред тога, учлањење у синдикат треба да буде ствар слободне воље радника.⁴

2. Гаранције права на синдикално организовање

2.1. Уједињене нације

Општа декларација о правима човека признаје сваком право на слободу мирног избора и удруживања. Нико не може бити приморан да припада неком удружењу (чл. 20). Такође, сваком се признаје право на образовање и ступање у синдикат ради заштите својих интереса (чл. 23, ст. 4). Она, дакле, признаје и позитивно и негативно право удруживања.

Пакт о грађанским и политичким правима под правом на синдикално организовање подразумева не само право на слободно образовање синдиката, већ и право на слободан приступ синдикатима у циљу заштите својих интереса (чл. 22).⁵

³ МОР, Смернице о радном законодавству, Женева, 2001., стр. 28

⁴ Др В. Брајић, Радно право, Савремена администрација, Београд, 2001., стр. 156.

⁵ Као дозвољена ограничења овог права наводе се случајеви у интересу: 1) националне безбедности или јавне сигурности; 2) јавног поретка или заштите јавног здравља; 3) морала или правног поретка и 4) слобода овог права од стране чланова оружаних снага и полиције може бити подвргнута посебним ограничењима.

Пакт о економским, социјалним и културним правима сваком лицу гарантује право да са другим образује синдикат и да ступа у синдикат по свом избору ради заштите и унапређења својих економских и социјалних интереса (чл. 8). Слично као и претходни, и овај Пакт дозвољава да вршеће права на синдикално организовање може бити ограничено једино законом, уколико су та ограничења неопходна у једном демократском друштву и то у интересу националне безбедности или јавног поретка или ради заштите слободе других лица.

2.2. Међународна организација рада

За слободу синдикалног организовања значајне су две конвенције Међународне организације рада.

*Конвенција бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права*⁶ признаје радницима и послодавцима, без изузетака, право да, без претходног одобрења, образују организације по свом избору, као и да приступају овим организацијама, под искључивим условом да се придржавају њихових статута (чл. 2).

*Конвенција бр. 98 која се односи на примену принципа права организовања и колективних преговора*⁷ истиче (чл. 1) да радници треба да користе одговарајућу заштиту против свих дела дискриминације у материји запослења која би могла да буде штетна по синдикалну слободу. Таква заштита се, каже се даље у Конвенцији, може нарочито применити уколико се ради о делима која би имала за циљ:

- а) да запослење радника подреде услови да се он не учлањује у синдикат или да престане да припада синдикату;
- б) да се отпусти радник или да му се свим осталим средствима нанесе штета ради тога што је он члан синдиката или што учествује у синдикалним

⁶ Усвојена на тридесет и првом заседању Опште конференције, 17. јуна 1948. године. Код нас је ратификована 8. априла 1958. године, објављена у "Сл. листу ФНРЈ", бр. 8/58.

⁷ Усвојена на тридесет и другом заседању Опште конференције, 8. јуна 1949. године. Код нас је ратификована 8. априла 1958. године, објављена у "Сл. листу ФНРЈ", бр. 11/58.

делатностима изван радних часова или, пристанком послодавца, за време радних часова.

Како се види, обе ове конвенције изричито предвиђају слободу удруживања у позитивном смислу. То, међутим, да оне не дозвољавају ову слободу у негативном правцу, тј. као право да се не буде члан синдиката, јер ако свако има право да слободно одлучује о организовању или припадности одређеном синдикату то, самим тим, значи и његово право да не буде члан, као и право напуштања чланства у синдикату.⁸

Такође, по тумачењу Комитета експерата Међународног бироа рада, чл. 2 Конвенције 87 омогућава државама чланицама било да гарантују права радника да се не удружују у стручне организације или да дају овлашћење и када је то потребно, регулишу практичну примену клаузула које се односе на синдикатску заштиту.⁹

2. 3. Регионални извори

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године (са одговарајућим протоколима)¹⁰ свакоме даје право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања с другима, укључујући право да оснива синдикат и учлањује се у њега ради заштите својих интереса (чл. 11). Ограничења овог права су слична онима предвиђеним у горе наведеним пактовима.

Европска социјална повеља из 1961. године у Првом делу углавном понавља садржај Европске конвенције. Други део је шири, тако да (чл. 5) предвиђа да: «...у погледу разматрања гаранција или унапређивања слободе радника и послодаваца да оснивају локалне, националне или међународне организације за заштиту њихових економских и социјалних интереса и да се учлане у те организације, уговорне стране ће предузети да национална законодавства не иду за тим да слабе или да делују у циљу слабљења те слободе.»

⁸ У том смислу видети и: др Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет у Београду, 2001., стр. 196.

⁹ МОР, *Смернице о радном законодавству*, стр. 28

¹⁰ "Сл. лист СЦГ"-Међународни уговори, брр. 9/2003.

Социјална повеља јасно препознаје и негативну слободу, тј. право појединца да не буде члан организације јер радници (или послодавци) не смеју трпети никакву "личну или професионалну штету која је резултат коришћења слободе удруживања". То укључује отказ или поступак који води отказу или притисак од стране послодавца на неког запосленог да напусти позицију у организацији.¹¹

Повеља о основним правима у Европској унији из 2000. године признаје право сваког на мирно окупљање и слободу удруживања на свим нивоима, нарочито у политичким, синдикалним и грађанским стварима, што подразумева право свакога да оснива синдикате и придружује им се ради заштите његовог односно њеног интегритета (чл. 12).

3. Врсте клаузула синдикалне сигурности

Уопште узевши, постоје три основна облика клаузула синдикалне сигурности, уз неке варијанте. Оне се међусобно разликују по обавезама које производе, односно по тренутку када се обавезе морају испунити. То су:

- **клаузула «затворене радње»** (closed shop). Послодавци су обавезни да ангажују само оне раднике који су чланови синдиката (или тачно одређеног синдиката). Постоје два начина примене ове клаузуле: pre-entry, и састоји се у обавези учлањивања у синдикат као услови за заснивање радног односа и post-entry, на основу кога актуелни запослени морају да припадају одређеном синдикату, под претњом престанка радног односа;¹²

- **клаузула «синдикалне радње»** (union shop), која се од претходне разликује у томе да радници не морају бити чланови синдиката у тренутку запослења, али то морају постати у одређеном року и

- **клаузула «агенцијске радње»** (agency shop), која не намеће обавезу чланства у синдикату, али су зато запослени у обавези да плаћају одређену суму

¹¹ С. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press, 2000., стр. 554.

¹² Разлика између post-entry варијанте closed shop клаузуле и union shop клаузуле јесте у томе да се првом обавезују лица која су већ у радном односу да се учлане у одређени синдикат, уколико желе задржати запослење, док се код потоње ради о условљавању лица која још нису засновала радни однос да, уколико буду примљена, постану чланови одређеног синдиката.

новца на име накнаде за услуге које им синдикат пружа, такође под претњом престанка радног односа.

4. Клаузуле синдикалне сигурности у неким упоредно-правним системима

Клаузуле синдикалне сигурности су тековина англосаксонског права, иако су данас и у тим земљама напуштене (са изузетком САД, где се и даље примењују неке од ових клаузула или њихове варијанте) укључујући Велику Британију. У европским земљама се сматрају кршењем права на удруживање, признатог већ наведеним актима о људским правима.

У САД-у је још Вагнеровим законом из 1935. године Конгрес прокламовао да је национална политика рада таква да подстиче колективно преговарање. Тиме је био рашчишћен пут за стварање ефикасног механизма за синдикалну сигурност. Сектор 8 (3) овог закона изричито је допуштао *closed shop* и *union shop* споразум послодавца са синдикатом који законито представља запослене.¹³

Нешто касније, 1947. године, тзв. Тафт-Хартлијевим амандманима на Национални Закон о радним односима (*National Labour Relating Act*), дошло је до модификације законске обавезе на учлањење, тако што је редукован домашај споразума о синдикалној сигурности. Запосленом је признато право на уздржавање од чланства и активности у синдикату. *Closed shop* клаузула је стављена ван снаге, док је истовремено одобрена *union shop* клаузула. Овим амандманима је, такође, предвиђено и које ће се синдикалне активности сматрати неправедном праксом, укључујући ту и спречавање запослених да користе право на уздржавање од чланства у синдикату.¹⁴ Незаконитим је проглашена дискриминација запосленог од стране послодавца на основу чланства у синдикату или на основу тога чији је запослени члан (ког синдиката). Такође, синдикатима је забрањено да на име компензације за *union shop* клаузулу од запослених наплаћују "прекомерне или дискриминаторске" почетне чланарине.¹⁵

¹³ P. Hardin et al., *The Developing Labour Law*, The Bureau of National Affairs, Inc. Washington DC, 2001., стр. 1965.

¹⁴ *Ibid*, стр. 1965-66.

¹⁵ Овим амандманима је предвиђен и референдум запослених пре него што би синдикат почео преговоре о клаузулама синдикалне сигурности. Ипак, у просеку 97% запослених се изјашњава у прилог ових клаузула, а око 77,5% их потписује. Због тога је Конгрес укинуо одредбу о изјашњавању за клаузуле. Уместо тога, закон

Union shop клаузула је, дакле, допуштена као услов за одржање запослења. Ипак, овлашћења синдиката су ограничена у неколико погледа: запослени који је обухваћен овом клаузулом мора постати члан синдиката најраније 30 дана од дана запослења; union shop може бити разлог за отпуштање дотичног радника једино када је губитак чланства резултат неплаћања једнаких обавеза или почетне чланарине, под условом да је захтев за принудно чланство базиран на недискриминаторским разлозима.¹⁶

Што се тиче agency shop клаузуле, поставило питање да ли је ова клаузула допуштена, с обзиром да није изричито била предвиђена законом. Одговор на њега дала је судска пракса. Тако, у случају American Seating Co., из 1952. године, Врховни суд је закључио да клаузула по којој је запослени обавезан да плаћа накнаду синдикату, уместо чланства у њему, није противзаконита, с обзиром да је дозвољено да запослени, који су обухваћени union shop клаузулом, а из религијских разлога не могу да постану чланови синдиката, могу сачувати запослење ако прихвате да плаћају одређену накнаду. И у једном другом случају (General Motors), из 1963. године, Врховни суд је јасно заузео став да је agency shop клаузула дозвољена. Овакав став је последица тумачења Тафт-Хартлијевог закона и закључка да усвајањем овог Закона «Конгрес није желео да union shop буде једини важећи инструмент синдикалне сигурности, већ да ограничи моћ синдиката да отпушта из другог разлога осим неплаћања обавеза.» Стога је ова клаузула «практичан еквивалент чланства у синдикату» и легална.¹⁷

У праву **Велике Британије** клаузуле синдикалне сигурности су дуго времена биле широко заступљене и сматране су уобичајеном праксом. Међутим, највећим делом због чланства Велике Британије у Европској унији и, последично, прихватања њених аката од којих је, по питању слободе удруживања, најзначајнија Европска повеља о људским правима, клаузуле синдикалне сигурности се у Великој Британији више не примењују.

Једно од најзначајнијих питања наметања closed shop клаузуле било је отворено са законодавством које је донела влада из периода 1974-79. године, а које је достигло врхунац са Законом о синдикатима и радним односима из 1976. године (Trade

је допуњен одредбом којом се забрањују избори помоћу којих већина запослених може у колективном преговарању да опозове своје представнике који су овлашћени да подржавају клаузуле синдикалне сигурности. Ibid, стр. 1965-66.

¹⁶ Ibid, стр. 1968.

¹⁷ Ibid, стр. 2002-3.

Union and Labour Relations Act). Отказ је сматран оправданим када запослени није постао члан независног синдиката, осим у случају да је имао оправдани религиозни разлог да буде члан неког другог синдиката.¹⁸

Касније, 1981. године, пред Европским судом за људска права нашао се спор тројице запослених на Британским железницама, који су добили отказ зато што нису били чланови синдиката.¹⁹ Иако је у овом случају дошло до поделе мишљења међу судијама, већина је заузела став да то представља кршење члана 11 Европске повеље о људским правима, јер право на удруживање, тј. чланство, значи истовремено и право да се не буде члан. Дејство присиле на чланство у синдикат било је такво да је кандидатима елиминисало могућност да бирају коме ће синдикату припадати. Иако је Суд сматрао да није свака присила на чланство истовремено и кршење Повеље, слобода прикључење подразумева одређене елементе слободе избора.

Садашње законодавство у Великој Британији незаконитим сматра свако одбијање запослења или отпуштање запосленог из разлога што он није члан независног синдиката.²⁰ Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act из 1992. године²¹ (чл. 137) незаконитим утврђује престанак радног односа радника из разлога што је он члан или што није члан синдиката или због тога што се противи да предузме кораке ка томе да постане или престане да буде члан синдиката или да плаћа одбитак у случају да није члан синдиката. Како се види, у праву Велике Британије је забрањена и agency shop клаузуле.

Право појединца на удруживање у **немачком праву** садржано је у чл. 9 Основног закона. Сваком појединцу је гарантовано право да оснива удружења (било синдикате или послодавачке организације), да учествују у оснивању удружења, да постаје члан постојећих, да бира између више пре учлањења у један, да остаје у одређеном удружењу и да га поново напусти (позитивна слобода удруживања).²²

Индивидуална права заштићена су и праксом судова. Тако, сходно једној одлуци Савезног уставног суда од 1. марта 1979. године, појединцу је признато право на

¹⁸ J. Duddington, *Employment Law*, Pearson, London, 2003., стр. 262

¹⁹ Young, James and Webster v UK (1981), IRLR 408 ECHR

²⁰ Ibid, стр. 263. Ово је решено изменом Закона о синдикатима и радним односима из 1992. године

²¹ Наведено према: M. Sergaent, *Employment Law Statutes 2003/2004.*, Sweet & Maxwell, London, 2003.

²² G. Hallbach et al., *Labour Law in Germany*, Federal Ministry of Labour and Social Affairs, Bonn, 1994. стр. 302.

неприпадност било ком удружењу (негативна слобода удруживања).²³ Неважећи је сваки уговор уколико ограничава индивидуалну слободу удруживања, на пр., ако садржи обавезу на основу које запослени не може да припада ниједном синдикату или мора да припада синдикату који је репрезентативан у предузећу. Такође, неважећи је и уговор на основу кога је послодавац у обавезу да запошљава само оно лице које је организовано у синдикат.²⁴

Дакле, с обзиром на изричито признање негативне слободе удруживања, у немачком праву клаузуле синдикалне сигурности нису допуштене.

Слично немачком, и **швајцарско право** признаје негативну слободу синдикалног организовања, с тим да је та забрана настала као резултат промењених околности, нарочито у вези броја синдиката и њихове улоге.

Наиме, на крају 19. века, изван број колективних уговора у Швајцарској је укључивао клаузулу помоћу које су послодавци и радници настојали да приморају све у одређеној делатности да припадају одређеној организацији. Савезни суд је сматрао да је *closed shop* клаузула, уговорена на тај начин, законита, јер је синдикат актуелни и природни и јасни представник радника у многим питањима, укључујући и услове запошљавања. Међутим, у то време постојао је јединствен синдикални покрет. Касније, са јављањем мањинских синдиката, посебно Хришћанског, околности су се промениле, тако да је Савезни суд прогласио незаконитим захтев синдиката за отказ раднику који је био члан мањинског синдиката.²⁵

Коначно, 1956. године, са изменом законских одредаба о заштити колективних уговора, у Законик о облигацијама унета је одредба о изричитој забрани *closed shop* клаузуле. Она је сада члан 356а Законика, према коме је ништава свака клаузула у колективном уговору или споразуму између страна која приморава послодавце или раднике да буду чланови уговорене организације.²⁶

Швајцарско право допушта странама у колективном уговору да прибегну једној врсти *agency shop* система, тзв. система "лојалности уговору", по коме се од послодавца не тражи да не запошљава раднике који нису чланови уговореног синдиката, већ само да ангажује оне раднике који су се обавезали

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ А. Berenstein, *Labour Law in Switzerland*, стр. 146-147.

²⁶ Ibid, стр. 148.

да ће поштовати одредбе колективног уговора. Савезни суд је 1949. године заузео став да су обавеза прикључивања посебној радничкој организацији и обавеза прихватања колективног уговора о раду-две суштински различите ствари. Тешко је прихватити, по ставу Суда, да су радникова права као појединца оштећена тиме што је приморан да прихвати споразум који је, у ствари, закључен у његовом интересу.²⁷

У француском праву, законом из 1956. године (чл. 412-2), забрањено је послодавцу да "узима у обзир припадност синдикату код доношења одлуке о запошљавању...". Ништава је и без икаквог ефекта свака одлука или уговор који тежи да принуди послодавца да запосли или отпусти сваког ко није члан синдиката.²⁸

4. Проблем оправдања клаузула синдикалне сигурности

Слично као и код института забране конкуренције послодавцу, и код клаузула синдикалне сигурности долази до сукоба легитимних интереса двеју страна, с тим да се овде ради о сукобу интереса синдиката и запослених. Може се, у ствари, рећи да се у овом случају интереси синдиката и послодавца, односно послодавачких организација, поклапају и сукобљавају са интересима запослених који се огледају у тзв. "негативној слободи удруживања".

Клаузуле синдикалне сигурности су у интересу и синдиката и послодаваца. Преузимањем обавезе да не запошљавају раднике који нису чланови одређеног синдиката или оних који се не обавезу да ће му касније приступити, послодавци добијају заузврат то да синдикати присиљавају своје чланове да не раде за неорганизоване послодавце. Удружењима послодаваца је, на тај начин, омогућено да се боре против оних послодаваца који нису њихови чланови и који, због тога, могу да продају своје производе или пружају услуге по нижим ценама, јер раднике могу да плаћају и ниже од износа на који су се обавезали организовани послодавци. Интерес синдиката је, наравно, у постојању ових клаузула, јер се на тај начин јача синдикална дисциплина и синдикат компактније наступа према послодавцима.

²⁷ Ibid, стр. 148.

²⁸ G. Lyon-Caen, J. Pelissier, A. Supiot, Droit du travail, Dalloz, Paris, 1994., стр. 572.

Забрана ових двеју клаузула може бити тумачена и као слабљење синдиката, јер се радници наводе на неприпадање синдикату, другачије организовање, можда чак и по укусу послодавца. То представља и елиминисање сваког утицаја радника на послодавца код запошљавања радника.²⁹

На крају, као аргумент који иде у прилог клаузула синдикалне сигурности, не треба изоставити ни неспорну чињеницу да сви запослени, били они чланови синдиката или не, извлаче корист из синдикалног деловања, те је са те позиције лакше бранити постојање ових клаузула.

С друге стране стоје легитимни интереси сваког радника као појединца, садржани у негативном облику слободе на синдикално организовање, тј. у праву да се не буде члан синдиката. Ово право је изричито заштићено свим релевантним актима универзалног и регионалног карактера, који не остављају простор за другачије тумачење. Управо из тог разлога, клаузуле синдикалне сигурности су у новије време скоро у потпуности изгубиле на значају, чак и у Великој Британији, где су се традиционално примењивале. И у праву САД-а је дошло до значајне редукације њиховог домашаја.

Евентуално се, од свих клаузула синдикалне сигурности, оправдање може наћи једино за *agency shop* клаузулу, и то на бази користи коју сви запослени извлаче из активности синдиката. Ипак, и овде се поставља питање да ли обавеза плаћања синдикалне чланарине (као компензација за не-чланство у синдикату) може бити услов за наставак запослења. Уколико би се прихватио такав став онда би се, у суштини, вратили на почетак проблема, тј. на питање постојања слободе рада и слободе удруживања.

У том смислу чини се прихватљивим решење из швајцарског права које, како је горе поменуто, познаје једну варијанту *agency shop* клаузуле, која од послодавца захтева само да запошљава оне раднике који се обавезу да ће поштовати одредбе колективног уговора. Како запослени нису чланови синдиката не могу бити обавезни на плаћање чланарине, па је решење за то нађено у обавези плаћања тзв. "солидарног доприноса" синдикату, који може бити одбијан од плате. Прихватање колективног уговора је нешто сасвим различито од обавезе на чланство, као што је одбијање од плате "солидарног доприноса" сасвим другачије од престанка радног односа због неплаћања чланарине.

²⁹ Др В. Брајић, *op. cit.*, стр. 156.

Goran Obradović, LL.M.
Teaching Assistant

Provisions on Trade Union Security

Summary

The freedom of trade union organization involves two possible directions: positive (related to establishing associations and admitting membership) and negative (related to not being member of any association). Despite its undeniable significance in modern law, the freedom of trade union association is restricted. One of these restraints regards the provisions on trade union security, which are the subject matter of this paper.

On exposing the problems, the author provides the most significant forms of these provisions and makes a contrastive analysis of the related legislation in a number of comparative legal system. In the last part of the paper, the author discusses the justification of the provisions on trade union security both from the point of view of the trade unions' interest and from the point of view of the employees' right not to be members of a trade union, including a critical review of both aspects.

Key words: employment, trade unions, trade union freedoms.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Мр Марина Димитријевић

РЕФОРМА ПОРЕСКЕ АДМИНИСТРАЦИЈЕ
У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА

UDK 336.2.022:338.246.025.88

Рецензент: Проф. др Милева Анђелковић

Апстракт

Овај рад се бави проблематиком реформе пореске администрације у савременим условима и оствареним резултатима. У центру пажње су битне промене извршене у организацији, управљању и контроли рада пореске администрације. Видна пажња је посвећена и односу пореске администрације и пореских обвезника

и новим тенденцијама у реформи пореске администрације. Аутор у раду даје општи осврт на стање у пореским администрацијама земаља у транзицији, као и посебан критички осврт на стање у Пореској управи Србије и предлог даљих праваца њене реформе.

Кључне речи: реформа пореске администрације, тенденције у реформи пореске администрације, пореске администрације земаља у транзицији, Пореска управа Србије.

*Мр Марина Димитријевић*¹

РЕФОРМА ПОРЕСКЕ АДМИНИСТРАЦИЈЕ У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА

Увод

Модерно доба је доба великих изазова. Велика мобилност капитала и снажан процес глобализације праћени су бројним тешкоћама опорезивања одређених сектора, што администрирање пореским системом чини сложенијим, и софистицираном компјутерском технологијом која тражи пореску администрацију са флексибилном структуром која је оспособљена да ефикасно обавља своје функције. Питање ефикасне пореске администрације је изузетно значајно као компонента пореске (фискалне) политике у макроекономском оквиру.

Порески систем и пореска политика су комплексни и њима се не може лако управљати јер имају вишеструке циљеве и разноврсне ефекте. Дobar порески систем мора бити економски исплатив, једноставан за примену, флексибилан, политички прихватљив и праведан. Јединствена примена пореских закона је основно полазиште у администрирању пореза на начин којим се подржава професионализам и интегритет институције пореске администрације.

Спорији привредни раст у свету узрокован између осталог и услед повећања пореза и (или) буџетског дефицита изазвао је реформу јавног сектора уз очекивања да се уз мање трошкове администрације (економичност) оствари

¹ Асистент Правног факултета у Нишу.

већа корисност (ефикасност) у раду. Реформом јавног сектора обухваћена је и пореска администрација и управљање пореским поступком, управо из разлога што одсуство добро организоване пореске администрације и одговарајуће дефинисаног пореског поступка ствара простор за значајну пореску евазију.

1. Нови концепт рада пореске администрације у развијеним земљама

Пореске администрације се, примењујући пореске прописе који су одраз пореске политике и њених циљева, сусрећу са различитим окружењем, праксом и пореском културом у својим земљама. Поред обезбеђења прихода буџету пореска администрација има и важну улогу у промовисању добровољне сагласности обвезника у испуњавању њихових пореских обавеза. Циљеви пореске политике, јавна подршка приоритетима Владе и спремност пореских обвезника да се повинују пореским правилима су кључни фактори који утичу на успешност пореске администрације у остварењу овог задатка.

У демократском друштву, пореска администрација добија нову улогу - она је пре организација за финансијске услуге, него оно што је донедавно била, искључиво јавна институција. За разлику од приступа по коме су у дугогодишњој пракси пореске администрације у фокусу били порески приходи, савремена орјентација у раду пореске администрације усмерена је ка тржишту са стратегијским истицањем метода рада на унапређењу односа са пореским обвезницима.² То заправо значи успостављање новог обрасца у јавном управљању,³ у коме се акценат ставља на ефикасност, економичност и квалитет услуга које пореска администрација пружа пореским обвезницима. Традиционални став и понашање пореске администрације се мењају у правцу сарадње, давања савета, прецизирања и заштите права обвезника пореза.⁴

² Хасиба Хрустић, Пореска администрација - управљање ризицима, Рачуноводство, бр. 12, 2002, стр. 75-76

³ Успостављање оваквог обрасца логичка је последица прилагођавања новонасталим променама. С једне стране, демократске промене, економски и социјални развој, буџетски дефицит утицали су да се услуге јавног сектора у приличној мери смање, док с друге стране, порески обвезници желе ефикаснији јавни сектор за плаћене порезе те се стога више опирају испуњењу пореских обавеза. Вид.: Хасиба Хрустић, Нове тенденције у реформи пореске администрације, Правни живот, бр. 10, 2002, cit. стр. 373

⁴ Вид. више: Марина Димитријевић, Порески поступак у функцији остварења права обвезника пореза, Пореске реформе у Републици Србији - примена пореза, зборник

Унапређење рада и сарадња са пореским обвезницима су стални задаци пореске администрације у циљу промовисања позитивног става према пореском систему и његовог успешнијег функционисања. Све чланице ОЕЦД практикују израду извештаја са оценама пореских обвезника о раду пореске администрације. Модерне пореске администрације перманентно промовишу мере за јачање свог угледа и интегритета. Улога пореског public relations је незаобилазна, јер је пореска администрација толико прихваћена од стране обвезника колико је способна и спремна да им омогући да на брз, једноставан и ефикасан начин испуне своје обавезе, односно заштите своја права и правне интересе.⁵

У развијеном свету пореске администрације користе организацију, методе рада и ефикасног управљања које примењује не само модерна јавна управа већ и корпорације јер је утицај међусобног прожимања очигледан и значајан.

Порески службеници морају да поштују законе и правила своје службе јер је њихов рад од изузетног значаја за друштво. Порески обвезници требају да буду уверени у то да је рад пореских службеника законит и објективан.⁶

Стварање коректних односа између пореских субјеката остварује се у мери у којој је пореска власт способна да законима и применом пореза реализује порески систем без већих тензија, а то значи да конципира и примени порески систем који представља уравнотежење у смислу једнаког третмана права и обавеза пореских обвезника.⁷ То је и најбољи начин за смањивање злоупотреба од стране пореских обвезника и за смањивање избегавања и утаје пореза у националним и међународним оквирима.⁸

радова (књига 2), едитор Јован Горчић, Универзитет у Нишу, Правни факултет, Проинком Београд, Београд, 2003, стр. 96-100

⁵ Улога специјализованих пореских судова и омбудсмана у области заштите права обвезника пореза је велика. Вид. више: *Ibid.*, стр. 102-103

⁶ Концепт организовања пореске администрације као дела јавног сектора, који је често неефикасан и са ниским зарадама запослених, најчешће недовољно компетентних у обављању послова (што утиче на корупцију) у развијеним земљама тржишне привреде је већ дужи временски период напуштен.

⁷ Порези се требају примењивати на коректан и правичан начин уз минимална ометања одлука на микро и макро нивоу и уз уважавање захтева да примена пореза не узрокује претеране трошкове пореским обвезницима и пореској администрацији.

⁸ Милева Анђелковић, Ефекти опорезивања и сузбијање пореске евазије, Пореске реформе у Републици Србији - примена пореза, зборник радова (књига 2), едитор

Реформе пореске администрације, спроведене у последњих педесет година, имале су за циљ да елиминишу арбитрарност, утицај политичких група и корупције; сниже трошкове администрација; побољшају ефикасност у раду; побољшају квалитет услуга које администрација пружа пореским обвезницима и информисаност обвезника о пореском систему; повећају расположиве, благовремене и поуздане информације за доношење одлука; обезбеде професионалност у раду пореског особља. Видна пажња је посвећена питањима контроле рада пореске администрације (унутрашња и спољна контрола) и руковођења пореском администрацијом. Општа тежња свих предузетих активности у реформама је постизање макроекономске стабилности и реконструкција пореског система тако да систем наплате буде што једноставнији.

Главни изазов који стоји пред пореском администрацијом је како да се на одговарајући начин прилагоди променама пореских прописа и потребама пореских обвезника а да при томе задржи доследност основних принципа квалитетног рада.

Циљеви и планови рада пореске администрације се могу разликовати у зависности од промене услова и околности, потреба и приоритета и уочених појава, али би у њима стално морала бити укључена проблематика квалитета и едукације пореског персонала, развоја информатичке технологије пословања и организације. У овим процесима у свакој држави, под утицајем екстерних и интерних чиниоца, треба очекивати промену пореске администрације, пореских прописа и судства које одређује санкције за пореске деликте, али и промену, развој и усавршавање порескоправних односа, права пореских обвезника, јачање разних облика удруживања пореских обвезника, развој културе опорезивања.

Уколико се очекује успешно деловање пореске политике морају се имати у виду одређена административна ограничења. Важно је идентификовати специфична уска грла и сметње које умањују ефикасност рада пореске администрације.⁹ Ефекти пореске политике не могу бити задовољавајући ако су порески закони као њен израз сложени за администрирање.

Јован Горчић, Универзитет у Нишу, Правни факултет, Проинком Београд, Београд, 2003, cit. стр. 173-174

⁹ Carlos Silvani, Katherine Baer: Designing a Tax Administration Reform Strategy: Experiences and Guidelines, IMF Working Paper WP/97/30, IMF, Washington, D.C.

Пореска политика и пореска администрација су у односу у којем постоји међусобан повратан утицај.¹⁰ Непостојање координације или недостаци у координацији у активностима припреме предлога пореских закона са пореском администрацијом често компликују њихову примену у пракси. Објективне могућности пореске администрације да примењује пореску политику утичу на ниво наплате пореза.

Добри порески закони су потребни и пореској власти и пореским обвезницима. Последне две деценије прошлог века су и обележене напорима да се савремени порески системи учине разумљивијим за пореске обвезнике.

Да би порески закони наишли на разумевање и подршку пореских обвезника и да би могли ефикасније да се примењују не смеју бити бременити нејасноћама, стручним промашајима и неусклађени са другим правним прописима. У супротном ће наићи на одбојност и уместо респектовања подстицаће тражење празнина за додатну пореску евазију.¹¹

2. Тенденције у реформи пореске администрације

Уважавајући мишљење неких експерата ММФ-а да је у суштини пореска политика представљена кроз функционисање пореске администрације, у протеклој деценији у реформама пореске администрације, пажња је била усмерена на организациону структуру пореске администрације и то на питања у вези са: организацијом наплате пореза; важним организационим питањем да ли пореска администрација и царинска администрација треба да буду у оквиру Министарства финансија или самосталне организације; избором организационе структуре пореске администрације и оптималним бројем организационих јединица (пореских служби) у оквиру ње.

¹⁰ Вид. више: Angelo G. A. Faria, Zehtu M. Yucelik, *The Interrelationship Between Tax Policy and Tax Administration*, Tax Policy Handbook, Edited by Parthasarathi Shome, Fiscal Affairs Department, IMF, Washington, D. C., 1995, p. 267–272

¹¹ У том смислу вид.: Јован Ранковић, Слабости и недостаци Закона о пореском поступку и пореској администрацији и правци усавршавања, *Пореске реформе у Републици Србији - примена пореза*, зборник радова (књига 2), едитор Јован Горчић, Универзитет у Нишу, Правни факултет, Проинком Београд, Београд, 2003, стр. 115-125

Важно питање у вези организације наплате пореза је да ли би надлежност у погледу извршавања послова наплате требала да буде централизована или децентрализована. Будући да децентрализована пореска администрација проузрокује додатне трошкове и неопходно предузимање активности координације, поделе и размене информација између различитих нивоа власти треба размислити да ли је и колико таква администрација прихватљива за економски неразвијене земље.

На тенденцију осамостаљивања пореске и царинске администрације од Министарства финансија формирањем независних организација утицала је, између осталих, тежња да се на овај начин избегне политички утицај на њихов рад. Друга значајна тенденција је уједињење предходно одвојене пореске и царинске администрације. Циљеви ове интеграције су побољшање квалитета услуга, прилагођавање новим трендовима у међународној трговини, повећање ефикасности кроз установљење заједничке ревизије и истраживања, као и комбинација заједничких функција запосленог особља.

Администрирање пореских закона је најчешће организовано по функционалном моделу (иначе постоје још три модела организационе структуре пореске администрације - према врсти пореза, према врсти пореског обвезника, мешовити)¹² који укључује посебну организациону јединицу за велике пореске обвезнике и чврсту хијерархијску повезаност између организационих делова.

Један од важних закључака спроведених реформи пореске администрације је да савремено организована пореска администрација захтева обезбеђење хијерархијско јасно постављеног система управљања, па је у том смислу учињена подела оперативних задатака и одговорности за њихово извршење и ригорозна подела између надлежности главне управе и подређених сектора и организационих јединица у њима.

Промене настају и у руковођењу пореском администрацијом кроз обавезно доношење годишњих програма рада од стране саме администрације који укључују план остварених прихода, број контрола, услуга пореским обвезницима, примену усвојених правила и стандарда у раду.

¹² Вид. више: Н. Mintzberg, "Organization Design: fashion or fit?", Harvard Business Review, January/February, 1981, p. 103-116

Управљање пореском администрацијом захтева функционалан систем извештавања, односно благовремене, валидне, поуздане и легитимне податке о изворима прихода по делатностима, локалитетима и категоријама пореских обвезника, потребне за различите врсте анализа, предлоге за корекцију пореских прописа и предузимање одређених мера што се једино може обезбедити преко пореског информационог система (ПИС), чије је увођење императив садашњег времена. ПИС може да пружи статистичке податке из различитих извора у комбинацији са одређеним показатељима и предуслов је побољшања функционалног извештавања Владе путем чешћег подношења извештаја о раду пореске администрације.

С обзиром да је остварење планираног нивоа пореских прихода најважнији задатак у процесу управљања пореском администрацијом велики је значај свеобухватних програма спровођења мера побољшања испуњења пореских обавеза у оним областима у којима тај ниво није задовољавајући. Са аспекта дугорочних, стратегијских циљева посматрано, пореска администрација би требала да се бави наведеним појавама и да установи план управљања ризицима у свом раду. Она мора да развија сопствене капацитете да би била оспособљена да се бави резултатима свог рада, развојем, чиниоцима који утичу на њен рад. Развој система оцене рада пореске администрације у великом броју земаља је постао дугорочан процес, свакако јако битан за побољшање постојећих програма њеног рада и за преиспитивање њиховог квалитета. Уопште, примена напредних пословних процеса би требала да буде перманентна тенденција.

Тренд давања или повећања аутономности пореске администрације је једна од кључних одлика реформи у претходним годинама.¹³ Два су главна аргумента која подржавају овај процес:

1) Пракса показује добре резултате у раду пореске администрације у развијеним земљама где она ужива значјан степен независности у обављању својих функција. У земљама у којима је ефикасност рада администрације нижа циљ је био побољшање квалитета рада и располагања средствима којима се финансира рад администрације, али и борба са корупцијом. У земљама са

¹³ Patricio Castro, *New Trends in the Organization of Customs Administration (Autonomy of Tax and Customs Administration: Issues and Experiences)*, IMF, 1997; Наведено према: Хасиба Хрустић, *Нове тенденције у реформи пореске администрације*, стр. 377

ефикаснијом пореском администрацијом основни циљ је био елиминисање политичког утицаја на њен рад;

2) Путем давања веће аутономије пореској администрацији били су изражени напори да се повећа професионалност администрације.

Аутономност пореске администрације подразумева: финансијску независност; административну независност тако да сама одређује административну политику и циљеве, уређује запошљавање персонала у администрацији и структуру зарада, напредовање у радној каријери, обављање програма едукације и унутрашње контроле рада.¹⁴

Обезбеђење завидног степена професионализма у раду је предуслов доследне примене пореских прописа, елиминисања утицаја различитих интересних лобија, предлагања измена пореских прописа које би поједноставиле и појединиле порески поступак. Унутрашња контрола рада путем шифрираних персоналних приступа за обављање задатака за особље пореске администрације ради провере да ли се поступак примењује на прописан начин би могла да пружи битан допринос побољшању дисциплине запослених, смањењу корупције и развоју културе опорезивања.

Ради даљег промовисања професионалности у обављању послова један број земаља се определио за приватизацију свих или једног дела функција пореске администрације, оснивајући аутономне пореске агенције уз следеће аргументе: запослени у пореској администрацији би морали да буду стимулисани, односно награђивањи према залагањима за ефикасно обављање задатке, према степену класификације кадрова са јасно дефинисаним одговорностима за свако радно место што је теже постићи ако је пореска администрација део јавног сектора; неопходно је успоставити стабилност у запошљавању особља које би остало довољно дуг период да оправда одговарајућу обуку кроз коју се оспособљава за пружање услуга на високом нивоу; радна атмосфера мора бити ослобођења политичког утицаја. Аутономне пореске агенције се финансирају на бази износа средстава по утврђеном проценту од износа наплаћених прихода и изван су контроле Министарства финансија, са сопственим програмом рада и пружања услуга обвезницима.

¹⁴ Ibid., стр. 378

Овакве околности пружају могућност запослења професионалног, специјализованог и компетентног особља са конкурентним зарадама.¹⁵

3. Стање у пореским администрацијама земаља у транзицији

У земљама у транзицији (ЗУТ), у оквиру структурне реформе, пореска реформа - реформа пореског система и пореске администрације има важну улогу у преласку на тржишну економију. Пореска (фискална) и монетарна стабилност су битне компоненте макроекономске стабилности ових држава. Пореска област је најне-стабилнији и најмање схваћен део транзиције, суочен са многим ограничењима која проистичу из саме природе бића ових друштва. Већина ЗУТ је почела да обликује свој порески систем и пореску администрацију без пореске традиције, финансијске, кадровске и техничке подршке.

Успешан процес транзиције захтева ефикасан рад државе која је у стању да обезбеди позитивне привредне резултате и задовољи социјалне потребе да би реформе биле прихватљиве. Ургентан изазов за ЗУТ је на који начин обезбедити средства за реалну подршку буџетских расхода. У условима нераз-вијеног и нестабилног политичког амбијента где долази до необузданог развоја пореске утаје, када корупција смањује потенцијалне приходе, тако да приходи опадају брже од трошкова буџетски дефицит је тешко избећи. Смањење пореза, јавне потрошње, трошкова државе и способност наплате пореских прихода такође су кључни проблеми.

Темпо остваривања пореских реформи у ЗУТ је различит. Развијеније транзиционе земље, земље са значајнијом пореском традицијом и бољом пореском администрацијом, биле су у стању да у краћем року остваре већу компарбилност својих пореских система са пореским системима развијеног света (установљењем и увођењем синтетичког пореза на доходак грађана и пореза на додату вредност). С друге стране, један број транзиционих земаља је још увек у процепу између затеченог стања и могућности да се спроведу радикалне промене у наслеђеној пореској структури и пореској администрацији. У настојању за што бржим променама, у тим земљама, се предлажу решења која су у датим околностима неспроводива.

¹⁵ Ibid., cit. стр. 380

Приметна је, такође, још једна појава а то је промена карактера транзиције пореског система и пореске администрације у неким ЗУТ. Добрим делом овај процес губи карактер процеса који се одвија аутономно и са ефектима само на унутрашњем плану. Неумитан ток светског процеса глобализације истовремено значи губитак контроле над транзиционим процесом који сам постаје предмет контроле водећих економских и политичких сила. Укључивање транзиционих земаља у токове глобализације (и преко пореске области) иде темпом који је условљен потребама и интересима земаља центра.

Главне критике пореске сфере ЗУТ углавном се односе на сложеност пореске администрације и на чињеницу да обвезници тешко могу да схвате порезе и да им се повинују. Овакво стање захтева едукацију и културу опорезивања и активног и пасивног субјекта порескоправног односа.

Област пореске администрације транзиционих земаља захтева бројне промене које се, у основи, могу сврстати у две групе:

1) реално концептуално осмишљавање и прецизно аналитичко формализовање система организације пореске администрације који би могао да се изгради као замена за постојеће стање из кога треба што пре и то дефинитивно изаћи;

2) то је сама имплементација оног што се на тај начин испланира.

Промене би, укратко речено, требало да буду следеће: организација администрације по функционалном моделу; увођење ПИС-а; стална едукација пореског особља, посебно особља које обавља послове пореске контроле; пружање помоћи у информисању пореских обвезника и модернизација услуга администрације; прецизирање и заштита права пореских обвезника. Све ове промене ће пратити серија парцијалних, финих регулисања и дотеривања на основу сигнала које шаље пракса. Уколико се њихов број временом смањује сигурно је да су адекватне промене учињене. Крајњи циљ би требало да буде образовање модерне, самосталне, одговорне, за контролу од стране друштва отворене институције пореске администрације која, без обзира на своје посебности, треба да примењује све оно што захтева развој јавне управе.

4. Оцена рада Пореске управе Србије и предлог даљих праваца њене реформе

Србија је започела процес транзиције са неефикасном и неекономичном пореском администрацијом. Будући неприпремљена са кадровског и организационо-техничког аспекта она није могла, на прави начин, да одговори потребама и захтевима пореског законодавства које је, у претходном периоду, било јако променљиво. Питању едукације пореских службеника и питању информисаности обвезника о пореском систему није посвећена потребна пажња. Реформа пореске администрације је била више реторичка, нормативно-правна (на папиру), али не и стварна, делатна, фактичка.

Пореска управа Србије, и поред неких напредака, још увек значајно заостаје у трансформацији, развоју и примени нових стручних знања и нових метода управљања. Она нема добро организовану функцију пореске контроле и интегрисан порески информациони систем. Логичка последица оваквог стања је стално одлагање увођења у српски порески систем синтетичког пореза на доходак грађана и пореза на додату вредност.

Главна тенденција у реформи наше пореске администрације треба да буде стварање законите, политичке неутралне администрације која пружа правну сигурност, која је окренута ка пореском обвезнику - дакле, отворена, ефикасна и квалитетна управа са нижим трошковима. То значи промену начина њеног функционисања - превазиђени концепт управе као власти над грађанима треба заменити савременим услужно-орјентисаним, експертским моделом управе који је у функцији остварења права обвезника и у функцији остварења јавног интереса.

Пореска управа Србије мора да се усавршава у свим својим функцијама и у свим релацијама односа које има са државом, пореским обвезницима, другим државним органима, пореским администрацијама других држава (посебно Европске уније), а мора развијати и интерне услове, претпоставке и односе да своје функције, послове и задатке ефикасно остварује. Савремене пореске управе нема без децентрализације и преношења иницијативе и овлашћења на нивое на којима се непосредно контактира са пореским обвезницима а то су порески органи на нивоу локалне самоуправе (општине). Однос пореска управа - порески обвезник је критична тачка за сваку пореску власт и зато Влада мора да се труди да овај однос унапреди.

Најкрупнији недостатак који оптерећује нашу државу је принципијелна неприлагођеност захтевима савремене јавне управе и развијене тржишне привреде и конзервативна приврженост старим процедурама и обрасцима понашања. Излаз треба наћи у поступању које значи одлучно хватање у коштац са гломазном институционалном баштином предходног поретка.

Од Пореске управе Србије се очекује коренита промена стања кроз снажан доток нових знања, најшире коришћење релевантних иностраних искустава, али не и предузимање готових, наших посебностима неприлагођених модела организације и функционисања пореске администрације. Такође би требало предузети мере јачања пореске дисциплине, подизања и јачања пореског морала, едукације пореског персонала и пореских обвезника и рад на заштити права пореских обвезника. Ваља наћи баланс између реобразовања старих кадрова и обучавања нових који ће постепено преузимати Пореску управу Србије.

Перманентна тенденција би требала да буде изградња капацитета српске Пореске управе кроз процес њеног оспособљавања за "трајно" учење, управљање променама и усавршавање које се никада не завршава. Она мора да поштује уставне и демократске принципе и норме права, посебно пореског и управног. Колико се наша пореска администрација буде мењала, учила и прихватала стандарде рада модерних и ефикасних пореских администрација, толико ће бити и спремна да одговори задатку који се пред њом поставља - то је стратешки, тежак и дугорочан задатак прилагођавања Европској унији у пореској области.

Имајући у виду чињеницу да је реформа пореске администрације у Србији суочена са низом кадровских, идеолошких, финансијских, техничких и других ограничења треба очекивати да реформа буде дугорочан процес.

Солидна изградња институције Пореске управе је задатак од врхунског значаја док транзиција траје, изузетно тежак јер је транзиција време институционалних континуитета и дисконтинуитета. За Србију, као земљу са недовољно развијеним осећајем за тржишну економију, рањивом социјалном и привредном структуром, као и неразвијеном пореском традицијом и културом ово ће бити огроман подухват.

Мора се имати у виду чињеница, поткрепљена снагом бројних аргумената о актуелном стању у коме се налазимо, да ће свако даље одлагање корените реформе пореске администрације имати за последицу то да ће од момента када буде почела да се одвија спољње окружење, односно промене и интереси у европским и светским размерама сузити границе у којима ће се реформа одвијати под унутрашњом иницијативом и контролом.

Закључак

Добра пореска политика се не може применити без квалитетне пореске администрације. Свака промена пореских закона захтева и промене у раду пореске администрације.

Процес глобализације и бројни изазови данашњег времена постављају пред пореском администрацијом захтев да њен рад буде и економичнији и ефикаснији. Нови трендови у њеној реформи - успостављање, односно проширивање аутономије пореске администрације, одвајање неких послова пореске администрације од јавног сектора, увођење елемената конкуренције у раду пореске администрације заслужују посебну пажњу.

Искуства спроведених реформи пореске администрације у развијеним земљама су од великог значаја приликом конципирања и спровођења реформе пореске администрације у транзиционим земљама, као саставног дела укупне транзиције ових земаља, који треба да пружи могућност за њихову постепену интеграцију у европске токове и структуре.

Пореска управа Србије мора на нови начин и суштински да реши укупне проблеме свог рада, организације и развоја, да делује одговорно, објективно и самостално и да се ослободи политичког и других утицаја на свој рад.

Одговорност Пореске управе Србије, комплексност, специфичност, значај, осетљивост, диверзификованост послова којима се она бави, тежина последица њене неефикасности и неекономичности, процес демократизације у друштву, процес пореске хармонизације и други бројни разлози захтевају њену безпоговорну и неодложну модернизацију.

Marina Dimitrijević, LL.M.

Teaching Assistant

Tax Administration Reforms in Current Conditions

Summary

This paper deals with the issue of modern tax administration reforms and the results achieved. The focus is on the reforms and the essential changes carried out in the field of organization, management and work control of tax administration. Special attention has been given to the relationship of tax authorities and taxpayers.

In democratic societies, tax administration has been given a new role - it has become a financial service rather than a public institution it used to be. It means that there has been a change in the concept of its functioning, namely the concept of the authority having power over its citizens (tax payers) has been replaced by a new one offering a service and an expert management which is implemented to help its tax payers satisfy their rights and interests, thus simultaneously achieving the function of public interest.

Considerable attention is also given to the latest trends in the administration reforms, such as autonomy, privatization of certain administrative functions, and integrating with the customs administration which had been separated.

There is a general review of tax administration situation in the countries in transition with an insight into the situation in tax administration management in Serbia, emphasizing the need for further reforms in this area.

Key words: tax administration reforms, new trends in tax administration reforms, tax administration in the countries in transition, tax department in Serbia.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Александар Ђорђевић

СТАРО СРПСКО ПРАВО У СУДСКОМ
ПОСТУПКУ ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА
UDK 340.13/.14(497.11)

Рецензент: Проф. др Драган Николић

Апстракт

Душанов законик, сигурно највреднији плод српског средњовековног права, круна правног континуитета Немањинске државе, "устав средњовековне Србије", донет на државним саборима 1349. и 1354. године, важан је правни споменик и словенског права. Судски поступак Душановог законика садржи велики број норми које порекло воде из најстаријег

српског обичајног права. Ово истраживање има за циљ да у што већем обиму баца светлост управо на те оригиналне, старосрпске делове судског поступка Душановог законика. Резултати истраживања груписани су у три главне целине: позивање на суд и пристав, стара српска доказна средства и порота.

Кључне речи: српско обичајно право, позивање на суд, пристав, порота.

*Александар Ђорђевић*¹

СТАРО СРПСКО ПРАВО У СУДСКОМ ПОСТУПКУ ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА

УВОД

Душанов законик, сигурно највреднији плод српског средњовековног права, круна правног континуитета Немањичке државе, "устав средњовековне Србије", донет на државним саборима 1349. и 1354. године, важан је правни споменик и словенског права. У стручној литератури одавно је постављено питање у којој мери је Законик представник изворног српског, а самим тим и словенског права. После почетног словенофилског заноса истраживача романтичара средином XIX века, приступило се знатно објективнијем проучавању Законика цара Стефана и утврђено је да он, осим изворних правних норми, садржи и реципирано византијско право. Шта више, у стручној литератури преовлађује становиште да Законик представља пример утицаја византијског на словенско (српско) право.

У Душановом законуку се опажа постојање две врсте судских поступака – оптужни (акузаторни) и истражни (инквизиторни) судски поступак. И поред рецепције византијског права, трагови старог акузаторног поступка који се заснива на начелу расправе странака јако су изражени у самом Законику. С друге стране, инквизиторни поступак се појављује у далеко мањем обиму иако је, по свему судећи, преузет из напреднијег и савршенијег византијског права. Он је препознатљив у члановима ДЗ који се односе на генералну истрагу која се покреће против учиниоца кривичног дела разбојништва и

¹ Асистент приправник Правног факултета у Нишу.

тешке крађе (који су означени терминима "гусар" и "тат"). У готово свим осталим одредбама ДЗ² које се тичу поступка пред судовима, претежно је заступљен, хронолошки гледано, знатно старији акузаторни (оптужни) судски поступак. Несумњиво да он корене има у старом српском праву и да стога посебну пажњу треба посветити нормама Законика које се тичу историјски ранијег судског поступка, јер се у тим правилима налазе многи преживљаји најдревнијег српског права.

Ово истраживање има за циљ да у што већем обиму баца светлост управо на оригиналне, старосрпске делове судског поступка Душановог законика колико је то објективно највише могуће. Да покуша, без романтичарског заноса, уз уважавање неспорног византијског утицаја, да конкретно представи одредбе које по мишљењу аутора имају своје порекло у старим српским обичајима и обичајном праву.

Резултати истраживања груписани су у три главне целине: позивање на суд и пристав, стара српска доказна средства, као и на питање да ли се порота сматра доказним средством или судским органом.

ПОЗИВАЊЕ НА СУД И ПРИСТАВ

Душанов законик садржи норме о позивању странака на суд. Он одсликава време у којем је настао, па самим тим подвлачи класну разлику између властеле и зависних људи – себара. Међутим, и у нормама ДЗ које се односе на судове и судски поступак има одредаба које садрже преживљаје старог српског обичајног права, нпр. у погледу пристава, позивања на суд удате жене, као и код позивања на суд чланова породичне задруге.

Законик изричито говори о позивању странака на суд у члановима 56. и 62.³ Први од наведених чланова прописује начин позивања на суд властелина и помиње нарочитог судског помоћника, пристава, који се среће и у историјским изворима других словенских држава.⁴ То указује на могућност да по-

² Душанов законик биће повремено означаваан и скраћеницом ДЗ.

³ Нумерисање чланова Законика и њихово цитирање прати редакцију коју је С. Новковић урадио 1898. године, а према тексту који је објављен у хрестоматији Законски текстови старог и средњег века, Д. Николић, А. Ђорђевић, Ниш 2002, стр. 217-243.

⁴ На пристава као особеног судског помоћника наилазимо и у Винодолском закону, што показује да је, као инстут обичајног права, био познат и код других Јужних Словена.

рекло установе пристава треба тражити у најдревнијем словенском периоду, јер га срећемо и у правним изворима код Чеха и Руса.

Што се тиче улоге пристава у процедури која се водила пред судовима у средњовековној Србији, дакле улоге пристава по Душановом законнику, постоји разлика између првог и другог дела Законика. Наиме, у првом делу ДЗ донетог 1349. године, пристав је помоћник суда, нарочити орган који суду помаже првенствено у позивању странака. У другом делу ДЗ (из 1354. године), судећи по садржини чл. 162, 163. и 178, пристав је извршни орган суда, лице које је задужено да се на основу донете пресуде стара о њеном законитом извршењу. Разлоге за промењену надлежност треба тражити у циљу који је цар Душан желео да постигне својим "Новелама" – боља и сврсисходнија примена права у Царству. Међутим, не треба искључити ни утицај римско-византијског права на српско. Ипак, и поред промењеног обима овлашћења, сам термин "пристав" је опстао, непоколебљиво указујући на његово прастаро порекло.

Из формулације члана 56. ДЗ о позивању на суд властелина, која гласи "*и кто буде позван пређе обеда са приставом*" очигледно је да је пристав био специјални орган суда који је својим присуством потврђивао веродостојност учињеног судског позива. Пристав, дакле, сигурно није самостално позивао странке на суд; тужилац је то чинио по сопственој иницијативи. По мишљењу Т. Тарановског и М. Костренчића, пристав је некада био орган јавне вере.⁵ Властелина је на суд позивао тужилац, а пристав је својим физичким присуством требало да потврди озбиљност тужбе, као и да буде јавна гаранција да је позивање на суд извршено. И ово тврђење поткрепљује тврдњу да порекло пристава треба тражити у старим обичајима. У време када писменост није била широко распрострањена, ови нарочити судски помоћници били су од огромног значаја. Они су својим памћењем и изговореним речима пред судом, надомештали неписменост, обезбеђујући на тај начин значајну помоћ у решавању спорова. Осим тога, не може бити сумње да се веровало лицу које је уживало углед у околини – у роду или у братству. Као преживели траг старог српског права, овај орган јавне вере је заступљен у првом делу ДЗ, док у другом делу Законика ова правна установа доживљава промену, па тако пристав постаје извршитељ судских одлука. У периоду свеколиког развоја српске средњовековне државе, термин "пристав" опстаје као

⁵ Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, Београд 1996, стр. 728-729.

својеврстан правни феномен, и поред византинизације српског права, државе и друштва. То показује да је снага обичаја и традиције често жилавица и одбитно промењених односа у друштву. Због овог другог је, уосталом, у Душановом законика и модификована улога ове јужнословенске обичајноправне установе, али је она, у извесном смислу, очувала своје првобитно, суштинско значење.

Реликти српског обичајног права препознају се и у чл. 62. Душановог законика: *"Властелин велији да се не позива без књиге судијине, а прочим печат"*. У литератури се такво мишљење често потврђује. Тако рецимо, А. Соловјев тврди да су у погледу позивања на суд у члановима 56, 62. и 104. Законика били потврђени стари српски обичаји.⁶ Ст. Новаковић вели да "књига" овде значи судијино писмо, те истиче да су се могли разликовати писмени и усмени позив на суд; велика властела се позивала писмом, а сви остали печатом.⁷ Т. Тарановски се слаже са Новаковићем и при том га допуњује тврдњом да је обичај "печата", тј. позивања на суд печатом настао још у Франачкој, да је у X или XI веку пренет у Угарску и Далмацију, а затим одатле пренет у Србију. Он даље подвлачи да је "печат" био врста усменог позива и да се поступак спроводио у присуству судског органа (вероватно пристава), а да је уз њега постојао и писмени позив, резервисан само за припаднике најуже владајуће групације – велике властеле.

Остаје, међутим, отворено питање да ли се одредбе чл. 62. могу приписати утицају било ког страног правног система. Треба нагласити да оне припадају класном, феудалном праву које је мање-више свуда било прилично уједначено, јер се заснивало на истим основама – привилегијама владајуће класе, дакле велике властеле. Не треба губити из вида да су једнаки услови неминуовно рађали једнаке последице и можда треба прихватити закључак да се усмени судски позив развио из оригиналног српског обичајног права. У сваком случају, корени усменог позива на суђење (уз присуство судског помоћника), очигледно су у блиским везама са преддржавним друштвеним стањем и неразвијеном писменошћу која је својствена крвнородничким заједницама, дакле и српског друштва пре додира са тада напреднијим цивилизацијама.

⁶ А. Соловјев, Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка, Београд 1998, стр. 516

⁷ С. Новаковић, Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354., Београд 1898, стр. 184.

Остаци старог српског права садржани су и у одредбама Законика које се тичу позивања на суд жене. У том погледу, посебно је илустративан чл. 104: *"И да се не наведе пристав на жену кади нест мужа дома, ни да се позива жена без мужа, на да си да жена мужу глас да гредe на суд. У том-зи муж нест крив, догда му даде глас."* Дакле, било је забрањено тужиоцу да "наводи" пристава код тужене када њен муж није био код куће. Ово правило важило је само за удату жену и у вези је са одредбама Законика које говоре о породичној задрузи. Удата жена била је подвлашћена господару породичне заједнице што значи да није имала потпуну пословну способност, па самим тим није ни могла да се самостално појави пред судом. Она је имала правну способност – могла је да буде носилац права и обавеза (конкретно, могла је да као субјект права буде тужена), али није имала процесуалну способност; "давала је мужу глас", што показује да није била потпуно обесправљена и на тај начин преносила обавезу на старешину породичне задруге. Са друге стране, удовица је могла да се самостално, без заступника појави у судском процесу, како прописује чл. 73. ДЗ. Дакле, парнична (процесуална) способност жене била је значајно ограничена за време трајања њеног брака тј. у периоду њеног задружног живота, где је старешина куће предузимао радње у име и за рачун чланова задруге. Уосталом, да су и остали чланови задруге (осим жене) могли да буду заступани на суду, сведочи садржај члана 66. Законика, о чему ће касније бити више речи.

Овакав положај удате жене у широј породичној заједници, одлика је мање развијених друштава и правних система. Утолико пре је могуће закључити да нормe ДЗ које прописују положај удате жене воде порекло из најстаријег српског вероватно и словенског раздобља. Насупрот прилично подређеном положају жене у српском обичајном праву био је статус жене у византијском правном систему. Напредније римско-византијско право и на овом месту очигледно конкурише традиционалним српским схватањима.⁸

СТАРА СРПСКА ДОКАЗНА СРЕДСТВА

У Душановом законикy наилазимо на прасловенске правне установе као што су "свод", "обличеније", "лице", "кота" и "железо", као и на термине "душевеници", "поротници" и "порота". У развијенијим правним системима, нпр.у

⁸ Тако нпр. члан 48. ДЗ утврђује право на наслеђивање женске деце уколико властелин није имао сина. По Соловјеву, ово је преузето из византијског права.

византијском, ретко се могу пронаћи идентични или бар слични институти; стога је потпуно оправдано размишљање да они припадају оригиналном српском праву. Исти или сродни правни појмови могу се пронаћи у изворима права других словенских народа, али и у правним изворима осталих раних држава. Има довољно индиција и да се размишља у правцу да ли ове установе своје порекло воде чак из некадашњег општесловенског, прасловенског обичајног права.

У члановима 180. и 193. Законика помиње се "свод", стари словенски вансудски поступак.⁹ Он се састојао у томе да је лице које је држало ствар за коју неко тврди да је нестала, могло да се ослободи одговорности и да одбрани своје савесно држање тако што би изјавило од кога је, неким правним послом, прибавило спорну ствар. Поступак би се тако понављао ("сводио") све док се не би дошло до лица које није имало ваљани правни основ за државину спорне ствари.

По мишљењу Тарановског, међутим, свод није одржао свој првобитни карактер самосталног вансудског поступка, већ се трансформисао у доказ¹⁰. Заиста, овај специфичан начин долажења до украдене ствари и крадљивца у ДЗ представљен је као доказно средство. Вероватно је некада, у време важења обичајног права, свод, у одсуству државних судова био легитиман начин решавања спорова поводом крађе ствари. Тада се поступак спроводио уз присуство суседа који су му давали јавну гаранцију законитости.¹¹

У потоњим вековима, овај стари вансудски поступак променио је своју правну природу под утицајем објективних околности; држава је "стасала", а свод се претворио у доказно средство или још прецизније – у средство којим се долазило до крадљивца спорне ствари.

Члан 180. Законика говори о своду као о доказном средству и начину за ослобођење од кривичне одговорности за дело крађе: *"Аште ли ко ухвати гушено или крадено, лицем, или силом узето, сваки о том да да свод. Аште*

⁹ Да је "свод" био словенски институт сведоче и одговарајуће одредбе Руске правде (чл. 17. Крађе правде одн. чл. 35. Шире правде) које исцрпно прописују поступак проналажења ствари и крадљивца. Нумерација чланова Руске правде обе редакције и њихово цитирање или параграфисање прати текст објављен у хрестоматији Законски текстови старог и средњег века, стр. 137-162.

¹⁰ Т. Тарановски, стр. 752.

¹¹ Исто, стр. 752.

кто буде купиш где љубо, или у земљи царства ми, или у иној земљи, вину да да о том свод; аште ли не да свода, да плаћа по закону." Дакле, онај код кога је пронађена спорна ствар (тужени) могао је да се ослободи кривичне одговорности "давањем свода" – тј. именовањем, означавањем лица од кога је спорна ствар прибављена. Ово је очигледан доказ да се поступак "свода" у Србији XIV века користио у сврху доказивања пред судовима, уколико је био покренут поступак против држаоца спорне ствари. Супротно од тога, у најстарије доба српске ране државе, када није било јаким органа државне власти, поступак "свода" је као облик дозвољене самопомоћи практично замењивао процедуру пред државним судом и био понекад и једини начин за решавање спора. Правна природа ове установе се значајно изменила, али је, упркос томе термин опстао, прилагођавајући се новим, напреднијим временима. Изворно значење овог обичајноправног института је, ипак, остало исто; током времена променили су се само носиоци, учесници правног односа. Некада је оштећени сам, без помоћи суда спроводио поступак, а касније су, на знатно вишем нивоу државног развика, судови, поштујући реликте старог права, примењивали правила овог старог словенског обичаја.

С. Новаковић такође сматра да је свод у време важења Законика био начин доказивања и то, како он каже, доказ "при каквој год сумњи". Исти аутор је мишљења да се свод нарочито користио у поступку поводом спорова о стоци.¹² У прилог овој тврдњи иде и садржина члана 193. ДЗ где се изричито помиње "свод коњски". Очигледно да се доказно средство "свод" често користило у парницама насталим поводом крађе коња, те се намеће поменути закључак. *И свод коњски и уни добитак, или кои годе, правда. Што се гуси или украде, тому да да сводника...* Даљом анализом члана 193. Душановог законика, долази се до сазнања да је "свод" као начин доказивања могао да се спроводи и поводом насилно отетих и украдених ствари. Несумњиво да је давање сводника поводом крађе коња и стоке било укорењено у традицији Срба, али ДЗ, као што се види, проширује примену овог особеног доказног средства. Наведена норма је још један показатељ начина на који су се стари српски обичаји прилагођавали новим временима, задржавајући првобитно значење, упркос доста израженој византинизацији српског права.

Још занимљивије јесте тврдње С. Новаковића о томе да се свод одржавао у свести, али и у друштвеном понашању вековима после доношења Законика. Наиме, у историјским изворима XIX века било је образаца који су указивали

¹² С. Новаковић, стр. 254

на то да се древни поступак свода у одређеном облику могао препознати у писаним актима из времена устаничке Србије из 1811. и 1812. године.¹³ То још једном потврђује заиста феноменалну снагу и жилавост правних обичаја у пракси, без обзира на протек времена после њиховог последњег појављивања у законским текстовима.

У Душановом законнику, у члану 92, заступљено је још једно старо српско (словенско) доказно средство: *“Ако кто позна лице под човеком, а буде у горе, у пустоши, да га поведе у препрвње село и заручи селу и позове да га даде пред судијама...”* Сам термин "лице", по мишљењу већине истраживача, такође је старословенског порекла и представља ствар која је предмет (објект) кривичног дела крађе, дакле – *corpus delicti*. То је најчешће био коњ, али је овај израз могао да означава и оруђе којим је дело извршено.¹⁴ Међутим, примарно значење речи "лице" ипак се састојало у хватању учиниоца дела на лицу места – дакле, са предметом извршеног кривичног дела. По правној квалификацији, "лице" је сигурно представљало доказно средство, и то доказ који је био правно неспоран.

Од овог древног словенског термина изведени су још неки изрази као што су "обличеније", "облично" и "облични" (тат). Њихово значење има исте корене, што сазнајемо путем анализе одређених норми из чланова 149, 150. и 180. Законика. Тако први од наведених чланова садржи следећу формулацију: *“Сим-зи образом да се казне гусар и тат облични. И тако-зи ва обличеније, ако се што годе лицем ухвати у њих... да се ослепе и обесе”*. Више је него очигледно да је облични овде онај који је ухваћен на делу, а обличеније представља сам чин хватања на делу, како децидирано тврди С. Новаковић.¹⁵ Као што се види из наведене одредбе, суд није проверавао нити једну чињеницу, већ је на основу хватања делинквената на делу (обличенија), изрицао најстрожу санкцију – смртну казну.

У погледу ауторитета и веродостојности које је старо српско доказно средство уживало пред судовима, још убедљивији је чл. 150. ДЗ: *“И кто поиште судом гусара и тата а не буде обличенија, да им јест оправданије жезезо...”* Из његове садржине се види да се под "обличеније" разумевало хватање на делу и да је то био непобитан доказ пред судом; уколико крадљи-

¹³ Исто, стр.255

¹⁴ Т. Тарановски, стр. 750.

¹⁵ С. Новаковић, стр. 235

вац и гусар нису ухваћени на лицу места, Законик налаже правдање једним другим доказним средством – "железом", тј. усијаним гвожђем. Претходни члан (149) говори о ситуацији када су гусар и тат били ухваћени на делу – у том случају следила је смртна казна за учиниоце дела. Снага овог доказног средства била је, очигледно, огромна, јер се у његовом одсуству наређивало утврђивање кривице имагинарним доказним средствима.

Најзад, старословенски израз "лице" помиње се и у већ навођеном члану 180. ДЗ, у комбинацији са њему сродним институтом – "сводом", где се одређује обавеза давања свода за сваку ствар која је била у поседу оптуженог, било да је *"лицем или силом узета"*.

У Душановом законнику има примера и других доказних средстава, као што је тзв. божји суд тј. ордалије, као и поротника (саклетвеника). У Средњем веку, тзв. божји суд представљао је нарочити доказ, а савремена правноисторијска наука сврстала га је у имагинарна доказна средства. У сваком случају, институт припада најранијем хришћанском периоду многих држава и појављује се у обичајном, али и у писаном праву разних индоевропских народа. При том треба истаћи да се током XIII и XIV века Црква доследно борила за укидање тзв. божјег суда, што опет упућује на чињеницу да је он и у ДЗ доспео очуван и преношен још из древног обичајног права предхришћанског периода.

Поступак извођења овог доказа, с аспекта окривљеног, састојао се "у неким нарочитим операцијама опасним по његов живот, његово здравље или интегритет његовог тела", вели Т. Тарановски¹⁶. Уколико би окривљени после завршеног извођења доказа остао битно неповређен, био би ослобођен одговорности. Доба Средњег века било је доба вере, па се сматрало да је Бог интервенисао у корист невиног, тј. у корист онога ко није починио кривично дело које му је стављано на терет. Начелно, овом доказном средством прибегавало се онда када другачије никако није могла да се докаже кривица оптуженог лица, или када је одговарајући пропис то изричито захтевао. "Божји суд" је, као правна установа, несумњиво припадао обичајном праву, али су га државне власти, вероватно због вишевековне укореењености и резултата у пракси, уврстиле у своја законодавства, обезбеђујући му на тај начин легалну примену и у потоњим временима.

¹⁶ Т. Тарановски, стр. 753

У Законику је "божји суд" заступљен је у члановима 84, 106. и 150. "Котао" (*iudicium aque ferventis*) прописује се у прва два члана. *"Судби да не за котал ни оправе никакве; кто се оправе, да не дава судијам оправе..."* На први поглед, члан 84. као да укида извођење овог доказа. Међутим, ситуација је управо обрнута – не само да Душанов законик не укида ово, већ можда још тада превазиђено доказно средство, него га уздиже у ред најсигурнијих, најверодостојнијих доказа: ко се оправдао котлом (ко се дакле сматрао невиним након спровођења поступка доказивања кључалом водом), судијама није био дужан да даје чак ни "оправу" тј. да плаћа судске трошкове, што је значило да се кривични поступак против оптуженог обустављао, стављао ван правне снаге. Другим речима, поступак против лица које се оправдало тзв. божјим судом, одједном је постајао беспредметан. Важило је правило *ne bis in idem* (у погледу овог доказа), те тужилац није могао да тражи извођење неког новог доказа. Душанов законик, дакле, не само да није укинуо "котао" као доказно средство, већ га је у чл. 84. уздигао на ниво доказног средства са највишом правном снагом и доказа којем се, очигледно, беспоговорно веровало.

Са друге стране пак, постоје индиције да се "котао" односио само на случајеве када би се у улози оптуженог налазио себар. Наиме, чл. 106. прописује: *"Дворане властеоски, ако учини које зло кто од њих, кто буде пронијаревих, да га оправе отчина дружина поротом; ако ли јест себар, да хити у котал"*. Дакле, први део члана је јасан: за кривично дело почињено од стране припадника највишег племства, Законик наређује извођење једног другог доказа – пороте. Супротстављеној класи, зависним људима (себрима), ДЗ оставља тзв. божји суд – котао, још једном потврђујући своју класну одређеност. Остаје питање да ли се овај члан може шире тумачити, тј. да ли је "котао" укинут за властелу, а остао само за себре. Члан 84. формулисан је исувише уопштено, апстрактно, тако да је могућност ограничене примене "котла" врло вероватна, готово сигурна. Током XIII и XIV века у целој Европи осећа се, под утицајем Цркве, тенденција законодаваца да укидају ордалије као доказно средство. У Србији се њихова примена не укида потпуно, али се ипак значајно ограничава.

Остатке старог српског права препознајемо и у чл. 150. ДЗ. У неку руку, он је повезан са претходно анализираним члановима, будући да говори о другом облику божјег суда – усијаном гвожђу тј. "железу" (*iudicio candentis ferri*). *"И кто поиште судом гусара и тата а не буде обличенија, да им јест оправданије железзо што је положило царство ми; и да га узимају у вратех*

црковних од огња и да га поставе на светој трпезе". С. Новаковић исцрпно описује претпостављени начин извођења овог доказног средства: окривљени је узимао усијано гвожђе на вратима цркве и носио га је све до свете трпезе.¹⁷ Врло је разумљиво што се доказ изводио у самој цркви. Нема ближих података о снази овог доказа у српском правном систему. Ипак, из садржине овог члана ДЗ може се уочити да је имао слабију доказну вредност од "обличенија", јер се појављује као супсидијарно доказно средство. Дакле, по тексту Душановог законика, доказ "железом" изводио се онда када учинилац кривичног дела разбојништва или крађе није ухваћен на лицу места.

Извођење доказа уз помоћ кључале воде и усијаног гвожђа срећемо у правној историји многих индоевропских народа (нпр, у Салијском закону или у пољском обичајном праву, па чак и у староиндијском закону Ману из II-I века п.н.е). Међутим, њихово порекло се по мишљењу многих истраживача неоправдано везује само за германске народе. Познато је да једнаки услови готово увек рађају једнаке, или барем сличне последице, тако да овим правним установама, на треба а priori, оспоравати оригиналност и аутохтоност. И етимолошки, изрази "кота" и "железо" несумњиво су словенског порекла, па самим тим не би уопште требало искључивати могућност да су то самоникле правне установе које своје корене имају још у неком давном прасловенском, свесловенском праву.

ПОРОТА – ДОКАЗ ИЛИ СУД?

На први поглед, одредбе Душановог законика о пороти представљају правне прописе који, поред новоуведених државних (царских) судија, установљавају народно судство оличено у пороти и на тај начин – како се чини на први поглед - као да оживљавају неке правне обичаје Срба, вероватно још из времена владавине краља Милутина. По свој прилици, међутим, овакав утисак је погрешан.

Сама реч порота потиче од старосрпске речи "рота" што значи заклетва. Отуда и има индиција да је порота у време важења Законика била доказно средство, а не колективни судски орган. Поротници су полагали заклетву у корист онога ко је нешто тврдио и на тај начин, у својству саклетвеника

¹⁷ С. Новаковић, стр. 236.

помагали једној од страна у спору. Ипак, постоје истраживачи који сматрају да "порота" није била врста доказног средства, већ врста суда.

Насумњиво да "порота", ма како је тумачили, потиче из првобитне заједнице и представља тежњу шире родовске заједнице, да учествује у суђењу. Међутим, поставља се питање да ли "пороти", са правног гледишта, можемо приписати својство суда или доказног средства. Ово комплексно питање заслужује мало више пажње. С. Новаковић сматра да је порота била редовни суд који је из праксе српских обичаја извукао и утврдио краљ Милутин. Анализирајући чл. 106. ДЗ, он вели да је пронијаревићу судила отчина дружина (порота).¹⁸ Насупрот томе, Т. Тарановски, проучавајући чланове Законика у којима се помињу "порота" и "поротници", поставља неколико хипотеза о правној природи "пороте". Он најпре поставља хипотезу да је она била доказно средство којим је укинута доказивање "котлом", затим износи мишљење да је "порота" постала редовни облик суда и најзад изводи закључак да је треба сматрати безусловним судским доказом.¹⁹ К. Жиречек такође сматра да је порота била доказно средство и истиче да појам поротника потпуно одговара појму саклетвеника.²⁰

"Порота", судећи по садржини члана 106, као и чланова 151-154. Законика, није била редовни облик суда нити универзално, генерално доказно средство које је укинуло употребу осталих доказа. Правна природа српске пороте очигледно је сврстава у доказна средства која су се користила у судском поступку. Истина, ова древна српска и словенска правна установа у ДЗ изузетно је специфична. Реч је о компромису старог српског права и постојећег (тадашњег) правног система Душанове државе. Наиме, некад је вероватно "порота" била облик суда, и то народни суд који срећемо код свих европских народа. У ДЗ, она је доказно средство чији се исход увек узима као меродаван. Ипак, "поротници" не суде! Они "оправљавају", полагајући заклетву у име туженог (ређе тужиоца) и у том погледу слични су саклетвеницима (*conjuratores*) из Франачког или "послухима" из древног руског права. "Поротници" или пак "душевници" (из чл. 76. ДЗ) били су у служби утврђивања материјалне истине, али нису никако били судије.

¹⁸ Исто, стр. 210.

¹⁹ Т. Тарановски, стр. 771-782.

²⁰ К. Жиречек – Ј. Радонић, Историја Срба II, Београд 1978, стр.124.

Душанов законик извршио је велику реформу судства, уводећи државне царске судије. Одредбе о "поротницима" и "пороти" претежно се налазе у другом делу Законика. Управо се ту огледа компромис старих српских обичаја (које је у повељама кодификовао још краљ Милутин) и Душановог законодавства. Српски цар враћа на снагу обичаје који донекле ублажавају оштрину његове реформе судства. Познато је да су у другом делу Законика, који се по угледу на византијско законодавство сматрао "Новелама цара Душана", садржане и норме које су исправљале и допуњивале првих 135 чланова Законика, вероватно оних решења која пракси нису дала очекиване резултате. Одредбе из првог дела Душановог законика које се нису доследно примењивале вероватно су морале бити замењене новим правилима. Законодавцу су, како се вероватно показало, у ту сврху могли бити од користи управо стари српски обичаји о "пороти". Није, дакле, искључено да је под притиском велике властеле дошло до ублажавања реформе судског уређења реафирмацијом једног доказног средства – саклетвеника из редова одговарајуће класе. О томе сведочи члан 152. који гласи: *"Како јест бил закон у деда царства ми, у светаго краља, да се велијим властелом велији властеле, а средњим људем противу их дружина, а себрдијам их дружина да су **поротници**..."*. Законик се позива на прописе краља Милутина, правдајући на тај начин разлоге доношења оваквог прописа. Њиме се, очигледно истиче један чисто класни принцип, потврђујући још једном овакав карактер Законика. Поред чисто сталешке одређености која је несумњива, разлози увођења "пороте" били су инспирисани интересом државних власти да свака ужа група може да јемчи за свога припадника. "Поротници" су суду пружали, дакле, једну врсту јавне гаранције и били су мерило уверења читаве једне класне заједнице (велике властеле, средњих људи и себара).

Иначе, доказивање "поротницима" у првом делу ДЗ прописано је у два случаја: када син припадника дворске властеле учини неко кривично дело (чл. 106) и када је спорна ствар купљена из ратног плена (чл. 132). Изгледа да припадницима владајуће класе у Душановом царству није била довољна могућност да бране своја стечена права заклетвом себи једнаких само у два наведена случаја, те се правила о "пороти" и "поротницима" детаљно прописују у већем броју чланова. У том погледу посебно је занимљив чл. 151. ДЗ који гласи: *"Повелева царство ми. От сада напреда да јест порота и за много и за мало. За велико дело да јест **24 поротници**, а за помањи длг – **12 поротник**, а за мало дело – **6**. И ти **поротници** да несу вољни никога умирити, разве оправити или окривити. И да јест vsака порота у цркве, и поп у ризах да их закљне. И у пороте камо се већи клну и кога већи оправе, ти-зи да*

су веровани". Навођење броја поротника (24, 12 и 6) неодољиво подсећа на број саклетьвеника у историјским изворима других народа. Осим тога, овај члан изричито прописује начин деловања "поротника" – полагање заклетве ("да се кљу"). Они који суде одлучују, пресуђују, доносе пресуде о спору, сигурно нису полагали заклетву помажући странкама, тако да и ово недвосмислено указује да је "порота" у Душановом законика доказно средство.

Извесну пометњу у одређивању правне природе "пороте" уносе одредбе чл. 153. ДЗ: *"Иноверцем и трговцем поротци половина Србаљ и половина њих дружине, по закону светого краља"*. И ова одредба очигледно упућује на законодавство краља Милутина. До забуне долази зато што постоји неодољива сличност са мешовитим судом, судом који је пресуђивао у споровима између "иновераца и трговаца" (вероватно најчешће Дубровчана) и домаћих лица. Међутим, овде нема речи о суђењу, већ законодавац одређује састав "пороте" (саклетьвеника) када би странац био странка пред судом. Овај члан Законика јесте повластица, уступак учињен Дубровчанима, јер нису сви "поротници" морали да буду из редова Срба, тј. домаћег становништва. Странци су имали овлашћење да половину "поротника", од укупно 24, 12 или 6, именују из редова своје дружине (вероватно своје сународнике). У сваком случају, реч је о "пороти" као старом српском доказном средству које се, у судским споровима где су у улози странака могли да се нађу неправославни и страни трговци, примењивало уз исвесне, за њих повољне корекције.

Најзад, члан 154. ДЗ прописује одговорност "поротника" који би "оправили некога", а накнадно би се установила кривица странке у чију се невиност заклетела већина: *"Који се поротници кљу и оправе онога-зи по закону, и ако се, по то-зи оправе поличје обрете у онога-зи оправчије кога-но је оправила порота – да узме царство ми на тех-зи поротницех по тисушту перпер, а веће по том да нису ти-зи поротници веровани, ни да се кто от њих мужи или жени"*. Законик је, дакле, "поротнике" који би "оправили" странку која је, по другом доказном средству ("поличје") била кривично и материјално одговорна, кажњавао новчаном казном од 1000 перпера и још једном необичном санкцијом – вероватно забраном закључења брака. Реч "поличје" у овом случају има исто значење као и "обличеније" или "лице", па се намеће закључак да се у чл. 154. говори о конкуренцији доказних средстава. *Corpus delicti*, тј. ("лице", "обличеније", "поличје") имало је очигледно већу правну снагу од доказа саклетьвеницима, што је још једно сведочанство изнетих тврђења да се и "порота" и хватање на делу учиниоца правно квалификују као доказна средства. Да су "поротници" били судије, логично да апсолутно

не би постојала могућност за њихову кривичну одговорност због донете пресуде. Из свега се види да су они могли да буду само саклетвеници. Тиме што је скоро извесно да је "порота" била доказно средство, а не "поротни суд" како су се по сваку цену упињали да докажу српски историчари с краја XIX и почетка XX века, значај овог правног института није нимало окрњен. Осим тога, већа снага доказа "лицем" побија претпоставку да је Законик увођењем "пороте" укинуо примену осталих доказних средстава. У сваком случају, и један и други институт су одраз ранијих српских (словенских) правних схватања и несумњиво представљају старине српског, народног права у Душановом законнику.

ЗАКЉУЧАК

Душанов законик симболизује напоре за стварање мешовитог српско-грчког правног система и исте такве државне организације. Он је компромис и синтеза византијског права и старих српских обичаја смештених у феудални друштвени оквир. И његов класни елемент резултат је неке врсте компромиса између владара, световних и духовних великодостојника. Циљ му је очигледно био да све те, често супротстављене интересе помири, усклади, модификује и стави под надзор јаке државне власти.

У сваком случају, Законик је достојан представник, а у извесном броју случајева и тврдокорни и непопустљиви чувар словенских и српских правних схватања. Његове норме које говоре о приставу, позивању на суд, старим српским доказним средствима ("свод", "лице", тзв. божји суд, "порота") нису занемарљив допринос очувању српских правних старина. Трагови старог српског права, оличени у најважнијим и препознатљивим институтима прасловенског права као што су доказна средства "свод" и "порота", добијају свој пуни сјај и потврду словенске аутентичности тек када се упоредноправним анализама пронађу у одговарајућим правним споменицима руског, пољског, чешког и других словенских права. Те норме наговештавају некада вероватно јединствен систем обичаја свих Словена, који је, на жалост, неизводљиво у потпуности реконструисати. Сродност са установама осталих словенских (али и германских права) убедљиво показује да су европски правни системи појединих народа прошли у основи исти еволутиван пут, јер једнаки друштвени услови по правилу рађају и једнаке или сличне последице.

Са друге стране пак, Душанов законик, који једним делом одише словенским духом, а другим се ослања на темеље римско-византијског права, представља мост између различитих епоха, држава и њихових правних поредака. Он је, вероватно потпуно мимо воље његових твораца, вишеструко прерастао њихове прагматичне законодавне мотиве и циљеве, поставши у исто време и чувар старог српског и општесловенског наслеђа и грандиозан споменик додира цивилизација – словенске и византијске.

Aleksandar Đorđević, BL

Junior Assistant

The Old Serbian Common Law in the Court Procedure enacted by Dushan's Code

Summary

Tzar Dushan's Code, which is considered the crown of the legal continuity of the Nemanjas' State, is not only the most eminent product of the Serbian Medieval law but also an important legal memorial of Slavic law. This code, often denoted as "the Constitution of the Medieval Serbia", was adopted at the State Councils in 1349 and 1354. The court procedure enacted in Dushan's Code comprises a vast number of rules derived from the old Serbian common law. This research is aimed at casting more substantial light on those original Serbian common law components of the court procedure enacted in Dushan's Code. The results of this research have been categorized into three sections: summoning and the role of the court officer, the old Serbian evidence procedure, and the jury.

Key words: Serbian common law, summoning, court officer, jury.

Дејан Вучетић

**МОДЕРНИЗАЦИЈА ЛОКАЛНЕ УПРАВЕ У
ЕНГЛЕСКОЈ**

- од традиционалне ка савременој локалној

управи -
UDK 352(410)

Рецензенти: Проф. др Милан Петровић, Проф. др Предраг Димитријевић

Апстракт

Британска влада је 1999. године објавила своју програмску декларацију (*White Paper*) о модернизацији управе ("*Modernising Government*"). У склопу таквог опредељења приступило се коренитој и далекосежној реформи система локалне управе.

У овом раду је дато кратко излагање историјског развоја енглеске локалне самоуправе, јер неки од традиционалних облика још увек постоје. Сагледају се специфичности Енглеског система локалне самоуправе, почевши од правних извора релевантних за ову област, основних јединица локалне управе и структуре (органа) локалне управе,

преко послова изворног делокруга и односа са централним органима до најновијих измена уведених Законом о локалној управи из 2000. године.

Обзиром на то да даља модернизација српског система локалне самоуправе, након усвајања новог Устава, тек следи, том приликом биће неопходно узети у обзир и искуства из праксе других земаља, ради усвајања најбољих вредности и најбољих метода рада како би локалне власти биле у стању да обезбеђују услуге које грађани желе и за које се заиста може тврдити да су модерне.

Кључне речи: реформа државне управе, нови јавни менаџмент, енглеска локална управа, систем, структура, карактеристике, однос централних и локалних органа власти, интеграција, Закон о локалној управи из 2000. године.

Дејан Вучетић¹

МОДЕРНИЗАЦИЈА ЛОКАЛНЕ УПРАВЕ У ЕНГЛЕСКОЈ

- од традиционалне ка савременој ујрави -

I. УВОД – Реформа локалне управе као део шире концепције модернизације јавне управе

Модерна држава развила се током друге половине прошлог миленијума и то првенствено у Европи. Досадашњи историјски развој модерне државе углавном је ишао у два смера: час одлучнија стабилизација и чвршћа интеграција, час брже мењање интересних темеља стабилизације, односно лабављење интегративних веза како би оне постале прикладније за повезивање све диференцираније структуре. Тако је успостављање апсолутне монархије у 17. и 18. веку или ауторитарних и тоталитарних држава у првој половини 20. века пример кретања према крутости, а демократске реформе и револуције у 18. и 19. веку одн. враћање вишестраначју у политици и кретање ка децентрализацији модернизацијом управних система у другој половини 20. века илустрација кретања према еластичности. Крајем прошлог и почетком овог миленијума последице глобализације и информатичке револуције подстакле су настојања да се национални системи јавне управе модернизују, учине ефикаснијим и економичнијим. У овом раду се описују таква кретања у једном делу система локалне власти Уједињеног краљевства Велике Британије и северне Ирске, у Енглеској.

Клатно државног развоја Велике Британије се поново покренуло у правцу веће децентрализације крајем седамдесетих година 20. века, под утицајем

¹ Асистент приправник Правног факултета у Нишу.

политичког деловања Конзервативне странке, тада под вођством Маргарет Тачер (Margaret Thatcher). Општа реформа након изборне победе 1979. кренула је од привреде. Надахнута економским доктринама неолиберализма, полазећи од понуде (supply-side economics) и монетарног учења Милтона Фридмана (Milton Friedmann) и чикашке школе, влада М. Тачер је спроводила радикалну приватизацију и потпуну доминацију тржишта као начела економске организације.

Када је у питању програм управних реформи, заокрет према "социјалном конзервативизму", довођење у питање универзалности концепције социјалне државе благостања и удаљавање од државног интервенционизма у привреди биле су главне тачке политичког приступа реформи.² У односу на управни систем том приступу је одговарао прелаз с "владања на управљање" (from government to governance), с елитизма британске државне управе, у оквиру политичких и уставних начела која се у Великој Британији називају Вестминстерским моделом, на "нови јавни менаџмент" (New Public Management).

Основна начела ове концепције су: прелаз јавне управе на методе менаџмента које су развијене и усавршене у приватно-власничкој привреди, унапред утврђени стандарди и мере успешности управе, тежиште на постигнутим резултатима, деконцентрација и децентрализација уз већу самосталну одговорност појединих јединица управног система, увођење метода тржишне утакмице у јавну управу, увођење јаче дисциплине и штедљивости у употреби јавних средстава³.

Друга идеја повезана с менаџерским приступом јавном сектору је идеја о управи коју покрећу жеље и тражња корисника. При томе, повећани степен независности руководиоца управне организације услов је за примену метода менаџмента. Главни циљ одн. главно мерило успешности таквог управљања је повећање квалитета управног рада, остваривање тзв. тоталног квалитета управљања (Total Quality Management)⁴. Тај циљ претпоставља такође захтев за

² David Marsh, David Richards and Martin J. Smith: Reassessing the role of departmental cabinet-ministers, *Public Administration*, vol. 78, no. 2, 2000, стр. 311.

³ Christopher Hood: A public management for all seasons, *Public Administration*, vol. 69, no. 1, 1991, стр. 4 и 5 и Richard A. Chapman: Change in the civil service, *Public Administration*, vol. 72, no. 4, 1994, стр. 600.

⁴ Jackson, Peter M.: Public sector added value: can bureaucracy deliver?, *Public Administration*, vol. 79, no. 1, 2001, стр. 19.

већим учешћем корисника у одлучивању, посебно у локалној управи, јер су корисници, проширенији, и поузданији извор информација о постигнутом квалитету управљања. Децентрализацији одлучивања и, одговорности у управи одговара непрестано праћење (monitoring) остварених резултата, као и упоређивање организација исте врсте које делују у исто време, на различитим местима одн. упоређивање ефеката рада исте организације у различитим временским моментима, где год је то могуће, на основу квантитативних показатеља (benchmarking). Менеџерском приступу јавној управи одговара и примена метода непосредног надзора, метода унуташњег регулисања независних "извршних агенција", оперативно осамостаљених управних организација, од стране централних управних органа. Сматра се да је спровођење реформе, али и нових метода рада у британској јавној управи смањило трошкове за 20 и више процената, тако да, упркос критикама, оријентацију британске јавне управе на примену метода привредног менаџмента треба посматрати као трајну, јер је настављена и под лабуристичком владом Т. Блера (Т. Blair).⁵

Лабуристичка влада је 1999. године објавила своју програмску декларацију (White Paper) о модернизацији управе ("Modernising Government"). Тај документ наглашава следеће практичне циљеве у усавршавању управе: да јавне службе буду непрекидно на располагању грађанима, да буду међусобно повезане тако да грађани с управом могу да ступе у контакт на једном месту, укидање непотребне управне регулације, да се до 2008. године сви контакти грађана с управом могу остваривати електронски, већа еластичност норми тако да се омогући њихово једноставно мењање, финансијски подстицаји за службенике, одговорност за непосредно пружање услуга грађанима, довођење у управу младих људи из других занимања и њихово брже напредовање. Те мере ће се остваривати у првом реду на следећим подручјима: формирање правне политике, организација јавних служби на услузи грађанима, повећање квалитета јавних служби, нова информатичка технологија, подизање угледа јавне службе.⁶

⁵ Скривени извор ефикасности налази се и у леденом смањивању свих јавних издатака за социјалну заштиту, здравство и школовање, у масовном отпуштању – демотирању социјалне државе. – Мирослав Печујлић, Глобализација – два лика света, Београд, 2002, стр. 20.

⁶ Modernising Government, <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm43/4310/4310-08.htm> стр.1-3.

Слична начела садржана су у програмској декларацији за реформу локалне управе објављеној годину дана раније под називом "Модерна локална управа: у додиру са народом" чији су закључци уграђени и у Законе о локалној управи из 2000. и 2003. године. У ствари, може се рећи да је локална управа у последњих двадесет, тридесет година претрпела највише промена у односу на све остале делове јавног сектора. Комплетна реорганизација извршена је 1973. године, а затим су извршене нове реформе 1980-их и 1990-тих, закључно са Законом из 2003. године. Али, да би се оне исправно схватиле и успешно објасниле потребно је целовито сагледати генезу енглеског система локалне управе.⁷

II. Историјска подлога енглеске локалне самоуправе

Према академику Миодрагу Јовичићу⁸ излагање историјског развоја енглеске локалне самоуправе у делу Hart's Introduction To The Law Of Local Government And Administration несумњиво је најпотпуније и најбоље. У њему се целокупна историја енглеске самоуправе дели на шест периода: 1) средњовековни (од доласка Нормана до Тјудора), 2) период под Тјудорима, 3) осамнаести век, 4) период реформи у деветнаестом веку, 5) период упрошћавања (до 1939.), 6) период реорганизације (после другог светског рата). Овде ћемо, обзиром на сврху овог рада, само истаћи главне тачке у настанку и развоју енглеских локалних јединица.

Геополитички положај британских острва у преддржавном периоду организације државних структура учинио их је привлачним циљем насељавања становништва са европског континента. Близина Европе (најмања раздаљина износи 21 миљу) значи да је било релативно лако пребацивати се на стари континент, а да притом острвски карактер земље пружа одређену заштиту њеним становницима. Терен се постепено спушта од северозапада према југоистоку, у ком смеру теку и главне реке.

⁷ - Британски систем локалне самоуправе је изузетно збуњујући чак и за неког ко у њему живи.-, кажу аутори сајта: What is the structure of UK Local Government?, <http://www.gwydir.demon.co.uk/uklocalgov/structure.htm>.

⁸ Миодраг Јовичић, Систем локалне самоуправе у Енглеској, Шведској и Швајцарској (Упоредна студија), Београд 1963, стр 19.

Око II миленијума пр.н.е. почела су прва насељавања британских острва углавном из северне и западне Европе. Римљани под Јулијем Цезаром владају острвом од 55. године пр.н.е. па све до 407. године н.е. Упркос релативно дуготрајном периоду њихове владавине није дошло до романизације Енглеске као што се то десило у Галији односно Француској. Романизовани су били само горњи слојеви становништва. У IX веку, најнижа управна јединица била је село (vill, tun или hamlet). На сеоском збору (tunmoot) решавани су привредни и правни проблеми, распоређивани порези. Извршну власт представљао је сеоски старешина, тзв. "десетар" кога првобитно бира сеоски збор, а касније поставља краљ. Више управну јединицу чинила је "стотина" (ward), која обухвата неколико села и која одлуке доноси на зборовима тзв. "суду стотине" (hundred moot или hundred court) на којима су учествовали велики земљопоседници са тог подручја, представници села преко месног свештеника, сеоског старешине и четворице изабраних између најимућнијих у селу. Извршни орган је изабрани старешина. Јачањем краљевске власти, јавља се представник краља – стотник, који потискује изабраног старешину и почиње председавати скупштинама. Неколико "стотина" образује грофовију (shire, county). Све битније одлуке доносили су крупни земљопоседници, епископ, функционери грофовија и представници села (месни свештеник, старешина и четири најимућнија мештанина) на скупштини грофовије која се одржавала два пута годишње. На челу грофовије био је представник кланске аристократије кога поставља краљ – староста. Представник централне власти, кога именује краљ био је шериф, који је због јаких овлашћења био називан и окружним "вице краљем". Прво раздобље лаког и честог продирања досељеника германског, данског и норвешког порекла у Енглеску завршено је доласком Нормана под Виљемом Освајачем 1066. године. У том периоду читава територија је друштвено, економски и политички организована. Више није било социјално празног простора. У тадашњој енглеској држави било је места и за келтско становништво које се пред новим повлачило у мање пожељне пределе или је остајало на земљи коју је сматрало својом, али као доњи слој. Тако је настала једна од

⁹ И. Д. Мартыусович, С. В. Юшков, Н. П. Дмитриевский, Општа историја државе и права – II део – Феудализам, Научна књига, Београд, 1949, стр. 47.

основних супротности Енглеске: постојање јаке централне државне власти са једне стране и подједнако традиционалне, аутономне локалне самоуправе.

У XIII веку формира се сталешко-представничка монархија, коју карактерише другачији распоред сила које је образују у односу на монархије континенталног типа. Треба напоменути и да је у Енглеској развитак капитализма почео већ у то време, пре него што се феудализам дефинитивно формирао. Оно што је карактеристика локалне самоуправе у овом периоду јесте да су Нормани задржали већину институција претходног, англосаксонског периода. У сферу њене надлежности улазили су како послови локалног карактера тако и они општедржавног карактера. Подручје села се, по правилу, поклапало с подручјем феудалног добра (manor) и црквене парохије (parish). Локалну власт у селима представљао је “суд феудалног добра” (manorial court).¹⁰ Долази до диференцијације функција шерифа, а јављају се и две нове изборне функције – констебл и коронер¹¹. Крајем XIII века установљена је функција чувара мира или мировних судија (justices of peace) бираних из круга месних земљопоседника (squires). Они су половином XIV века добили и судијске надлежности и њих је именовао краљ. Крајем XIV века установљене су скупштине мировних судија грофовија, тзв. “кварталне скупштине” јер су се одржавале четири пута годишње, а путем којих су мировне судије вршиле најважније функције локалне управе.

За време династије Тјудора локална самоуправа задржава облик који је имала у претходном периоду, уз тенденцију потчињавања локалних јединица контроли централне власти. Јавља се нова функција: лајтнант или лорд, који се налазио на челу мировних судија и полиције, а кога је именовао краљ. XVI век карактерише развој најниже ћелије локалне самоуправе – парохије, којој су Тјудори наметнули низ функција општедржавног значаја: одржавање друмова и мостова, старање о сиромашнима итд. и која се уз мировне судије у овом периоду наметнула као једини облик локалне самоуправе. Парохијски

¹⁰ Sir Ivor Jennings у књизи Principles of Local Government Law (London, 1960) на стр. 22 каже: - Употреба речи “суд” не сме бити узета у смислу правосудног тела. Природно, једна од њихових природних функција била је да решавају спорове и кажњавају прекршиоце...Модерна навика разликовање “судског” од “административног” не сме нас ослепети, да не приметимо да упркос чињеници да је “судска” администрација, ипак је и даље администрација... У норманска времена такво разликовање није вршено.

¹¹ И. Д. Мартыусович, С. В. Юшков, Н. П. Дмитриевский, оп. цит. стр. 162.

збор је постао, осим црквеног, и световни орган управљања. После 1601. године, тј. после доношења Закона о помоћи сиротињи (Poor Relief Acts), парохије су постале надлежне за разрезивање и убирање сиромашког пореза и за указивање помоћи сиротињи. И сви остали порези увођени касније, у вези с организовањем нових служби локалне самоуправе, били су брига парохија. Парохија је требало да обезбеди и постојање и рад извесних службеника, као нпр. црквених чувара (churchwarden), полицијаци (petty constable), надзорника сиротиње (overseer of the poor) и надзорника друмова (surveyor of highways).¹² Гротофове су се формално појавиле тек 1835. године, када је извршена реформа градске самоуправе Законом о општинском корпорацијама (Municipal Corporation Act), док су грофовије и парохије остале у ранијем стању. Образована су градска већа састављена од већника и староста. Већнике су бирали порески обвезници једнаким гласањем, док су старосте бирали од стране самих већника. У надлежности градских већа било је управљање имовином, полицијом и јавним редом и миром. Насупрот схватањима која су преовладала после Револуције од 1688. године, о непотребности било каквог централног надзора над радом локалних органа, преовлађује мишљење да је извештан степен надзора неопходан и он се постепено и уводи, посебно у вези са давањем државне помоћи локалним властима, која има за циљ да обезбеди средства за једнообразно обављање појединих служби у целој земљи. Законима о јавном здрављу (Public Health Acts) од 1872. и 1875. године извршена је подела земље на градске и сеоске санитарне округе, који заправо представљају нову територијалну јединицу између грофовије и парохије. 1888. године реформа је обухватила и грофовије (односно округе), а 1894. године и парохије са више од триста становника добијају своја већа. На тај начин све функције локалне самоуправе дефинитивно прелазе у руке буржоазије, а самоуправа добија савремене контуре.¹²

Закон о локалној управи из 1888. године установљава 62 већа грофовија, укључујући грофовијско веће Лондона, док наредни из 1894. године успоставља 535 градских дистриката (округа, односно срезова како их назива академик Јовичић), 472 сеоска округа, 270 неокружних градова. Кодификацији законодавства из области локалне самоуправе приступљено је тридесетих година 20-ог века и резултат трогодишњег рада представља Закон о локалној

¹² Види: Office of the Deputy Prime Minister, Local Government White Paper: Modern local government: in touch with the people, www.odpm.gov.uk/stellent/groups/odpm_localgov/documents/pdf/odpm_locgov_pdf_605468.pdf.

управи (Local Government Act) од 1933, који и данас чини законску основу система енглеске локалне самоуправе. Цела земља је, у начелу, подељена на грофовије, који се са своје стране деле на градске и сеоске округе. Сеоски окрузи, опет, садрже већи или мањи број пароксија, као најнижих јединица. Ван грофовијске организације стоје окружни градови.

Закон се, међутим, није односио на град Лондон чију самоуправу регулише посебно законодавство. Године 1899. донет је први Закон о управљању Лондоном (London government act) који успоставља 28 метрополских градских већа и Корпорацију Лондона. Други закон је донет 1963-ће године и њиме су креирана 32 метрополска града, и веће ширег Лондона (Greater London Council).

Следећи Закон о локалној управи донет је 1972. године. Њиме су из система локалне управе уклоњени окружни градови, број грофовија у Енглеској је смањен на 45, установљено је 6 метрополских грофовија и 39 неметрополских грофовија. Нови Закон из 1985. године укида веће ширег Лондона и 6 метрополских грофовија и успоставља директно изабрану образовну власт унутрашњег Лондона (Inner London Education Authority, ILEA), која ће бити укинута три године касније 1988. Законом о реформи образовања. Следећи Закон о локалној управи донет је 1992. године, којим се извршила даља структурална реорганизација локалних система у правцу њиховог уједначавања и стварања унитарног система. О последња два закона донета 2000. и 2003. године говорићемо опширније нешто касније.

III. Правна регулатива, структура и органи локалних једница власти

3.1. Извори права енглеске локалне самоуправе

Најважнији извор правних норми везаних за постојање, организацију и рад локалне самоуправе представљају закони, пошто енглески устав (односно оно што се под њим подразумева) не садржи никаква правила која се посебно односе на локалну самоуправу. Постоји огроман број закона, и подзаконских општих аката који регулишу ову материју, с тим што прописи које не доноси Парламент морају бити донети са његовим одобрењем и уз његову потврду.

Разликују се две врсте закона које доноси Парламент: општи (General Acts) и локални (Local Acts). Први се односе или на све јединице локалне самоуправе, или на поједине типове или на функционисање појединих служби у оквиру локалне самоуправе и, с обзиром на дејство, могу да буду обавезни (Obligatory Acts), допуштајући (Permissive Acts) или усвојиви (Adoptive Acts). Ови последњи се примењују само на оне локалне власти које их по одређеном поступку усвоје, док за оне које то не учине они као да не постоје.

Друга врста закона (Local Acts) су заправо облик индивидуалних закона (Private Bills), који се доносе у интересу или у корист једног или више лица, а којима се локалним јединицама дају посебна овлашћења која одговарају њиховим специфичним потребама. Право предлагања доношења индивидуалних закона имају све локалне јединице осим парохија. У остале изворе права локалне самоуправе спадају разни подзаконодавни општи акти централних органа управе (Provisional Orders – привремене наредбе, Rules – правилници, Orders – наредбе, Regulations – уредбе).¹³

Потребно је још имати у виду, када је у питању правни положај јединица локалне самоуправе, да се сва правна лица у енглеском праву деле на правна лица по Common Law-у и правна лица створена путем закона. У прву групу спадају она створена краљевском повељом или она за која се одувек знало да су правна лица, и њихов положај је повољнији, јер су овлашћена да раде све што и физичка лица, тј. све што није изричито забрањено. Када је у питању друга група правних лица, она су подложна доктрини ultra vires, значи имају само овлашћења која су им додељена законом којим су створена. Све локалне власти у Енглеској представљају правна лица али неке од њих спадају у прву, а неке у другу категорију правних лица, па се тако и њихов правни положај разликује.

Најзад и саме локалне власти уживају право да доносе извесне опште прописе који важе на њиховој територији. То су: статутни (Standing Orders) и локални прописи (Byelaws).

¹³ Поступак за њихово доношење је регулисан Законом о подзаконским прописима (Statutory Instruments Act).

3.2. Јединице енглеске локалне самоуправе

Парохија (Parish) је најмања и становништву најближа јединица локалне самоуправе, која је, као што смо већ напоменули некада била део црквене управе, а чије су модерне основе постављене Законом о локалној управи из 1894. године. У свим парохијама одлуке се доносе на парохијским зборовима, а неке имају изабрана парохијска већа као носиоце локалне власти са мањим бројем послова у изворној надлежности (нпр. одржавање терена за рекреацију, аутобуских станица итд). Закон о локалном управљању и опорезивању од 1997. године (Local Government and Rating Act 1997) парохијским већима преноси у надлежност и послове везане за право транспорта и превенцију криминалитета. Парохија може постати град, чиме би парохијско веће постало градско веће (town council), а председник већа градоначелник. Обухватају подручја на којима живи до 30.000 становника, иако је тај број најчешће знатно мањи. Тренутно их је 10.376 у Енглеској и 867 у Велсу.

Парохије се налазе у саставу округа (District), који представљају територијалну јединицу локалне самоуправе у Енглеској изван подручја ширег Лондона (Greater London). Током 19. века округ је формиран као посебна територијална јединица, смештена негде између грофовије и парохије, уједначавањем разноврсних специјалних јединица, тзв. ad hoc власти, које су се током времена формирале за поједине послове. У новим окрузима обједињени су дотадашњи санитарни окрузи, школски одбори, одбори за путеве, а послови социјалне заштите пренети су од старатељских одбора на грофовије. Закон о локалној управи из 1972. године установљава поделу на 36 метрополских и 296 неметрополских (обичних) округа. Након укидања 6 метрополских грофовија Законом о локалној управи из 1985. године, њихове надлежности су углавном пренете на метрополске округе. Основни носилац власти је окружно веће које одређене послове има у својој ексклузивној надлежности док неке дели са већем грофовије. Надлежности се разликују и у зависности од тога да ли је веће округа метрополског или не-метрополског карактера. Али о свему томе ће бити више речи нешто касније. Дистрикт може понети свечану титулу града (Borough) даровану свечаном краљевском повељом, а на основу петиције већа округа.¹⁴ У складу са тим мењају се и

¹⁴ У време Англосаса град тј. варош (borough) је представљао урбано насеље, са катедралом и тргом најчешће утврђено. Формални карактер града насеље је стицало

називи органа округа. Ово, међутим, не утиче на измену надлежности, али може изазвати забуну, јер је јединица локалне самоуправе под тим називом постојала све до 1972. године када је укинута.

Најшира територијална јединица, ван ширег подручја Лондона, у чијем су саставу окрузи је грофовија (County). Законом о локалној управи из 1972. године образовано је 45 грофовија за Енглеску (и 8 за Велс) од којих је 6 метрополских, а 39 неметрополских. Метрополске грофовије: западни Мидлендс (око Бирмингема), шири Манчестер (Greater Manchester), Мерсисајд (Merseyside) око Ливерпула, Јужни Јоркшир (око Шефилда), Западни Јоркшир (око Лидса) и Тајн и Вер – Тупе and Wear (око Њукастла и Тајна), се укидају Законом о локалној управи из 1985. године, а њихове надлежности се преносе на округе. Закон о локалној управи Велса из 1994. године реорганизује територијалне локалне јединице у Велсу и од 1996. године све грофовије и окрузи су замењени са 11 грофовија и 11 окружних градова (county boroughs), чиме је у Велсу формирана једностепена локална самоуправа, што је крајњи циљ читаве реформе локалне самоуправе у Енглеској.

Из свега напред изнетог јасно се уочава тенденција ка интеграцији целокупног система локалне самоуправе у Енглеској у једноступен систем. Такође се може закључити да он у овом тренутку носи обележја двоступеног система. Пре реформе извршене 1972. године целокупан систем био је тростепен.¹⁵

3.3. Органи енглеске локалне самоуправе

Основни органи локалне управе у Енглеској, изузев Лондона, су већа: грофовија, окружна и парохијска.¹⁶ У питању су институције представничке демократије на локалном нивоу, за разлику од парохијског збора (parish meeting) који представља скупштину свих становника, и институција је непосредних демократских процеса. Као локална представничка тела већа су главни канал

краљевом повељом (charter) чиме је изузимано из територијалне власти феудалца на чијем се подручју налази и постаје јединица политичког система. Прва таква повеља додељена је Малмсберију у Вилтширу 880. године. У оквиру градова најниже тачке где се одиграва непосредан контакт и врше послови строго локалног карактера су тзв. месни центри (neighbourhood centres).

¹⁵ М. Јовчић, оп. цит., стр. 50.

¹⁶ У Велсу то су: грофовијско веће, веће окружног града, и веће комуне.

кроз који локално становништво врши свој утицај на обављање послова од локалног значаја. У округу један представник долази на отприлике 2.000 бирача, у грофовији на 10.000 бирача, на 19.000 бирача у метрополитенским грофовијама, а 80.000 бирача даје једног одборника за грофовијско веће Лондона. Сви одборници се бирају на четири године.¹⁷ До 1973. године функција одборника је била бесплатна, а након тога предвиђене су одређене накнаде. Отприлике у том периоду у локалним већима се учвршћује и позиција странака, а одборници се организују на партијском принципу у већини грофовија. До тада, политичка борба на локалном нивоу углавном се водила око локалних платформи и интереса, а одборници су били организовани на партијском принципу у мање од половине грофовија.

Текуће послове већа обављају преко комитета одн. одбора, (committees), који се бирају на период од једне године, при чему највећи број њихових чланова чине одборници уз кооптирање појединаца из редова грађана. Број и врста комитета се разликује од већа до већа, а типични су комитети за послове полиције, образовања и социјалне заштите деце. Према потреби се могу формирати и поткомитети. Комитети могу бити овлашћени и за доношење одлука готово о свим питањима осим о онима које су финансијског карактера. Потребно је споменути и Одбор за утврђивање политике и средстава (Policy and Resources Committee), односно координациони одбор како се обично назива, затим ту су и пододбори за финансије, за особље, земљишне односе, и за оцену функционисања локалних власти.

На челу локалне управе је деловођа (clerk) кога као професионалца именује веће. Оно поставља и неке друге значајније управне функционере: шефове главних управних служби и благајника.

Ипак главни индивидуални функционер је начелник (mayor) или председник (chairman) кога бира веће најчешће између својих чланова, по правилу на годину дана. Он председава седницама већа и представља локални систем – како у јавним тако и у приватним пословима.

¹⁷ До реформе из 1972. године постојале су две врсте одборника: изабрани (councillors), и кооптирани (alderman), који су чинили до једне трећине укупног броја свих одборника. Кооптација се вршила на шест година и имала је смисао да осигура континуитет и одређени социјални састав већа. Изабрани одборници су били бирани на три године.

IV. Послови у надлежности јединица локалне самоуправе

Послови јединица локалне власти се као и послови централне државне управе могу поделити на регулативне послове власти и продуктивне послове служби.¹⁸ Због укључивања црквених државних јединица, парохија у државну управу, у Енглеској се развој јавних служби у оквиру државног управљања јавио раније него другде. Црква је свугде била носилац зачетака јавних служби у подручју образовања, здравства и социјалне заштите.

Приликом одређивања надлежности јединица локалне самоуправе путем закона и подзаконских аката пошло се од примене метода енумерације, који подразумева да су локалне јединице надлежне само за оне послове које централни органи на њих изричито пренесу. Дакле, установљена је презумпција централне надлежности за све послове.

При томе треба имати у виду да све локалне јединице приближно исте величине и организације не морају имати исти делокруг послова, као што је то рецимо код нас случај.

Када је надлежност одређена општим законом о локалној управи, онда важи подједнако за све локалне јединице. Међутим, свака локална јединица може предлагати Парламенту доношење посебних закона који важе само за ту јединицу и преносе одређене послове само на њу (тзв. Private Bills). Та специфичност енглеског законодавства доводи до великих разлика у стварним овлашћењима између локалних јединица.

Послови локалних јединица самоуправе се могу поделити на обавезне и факултативне у зависности од тога да ли су оне обавезне да обављају одређени посао који је на њих пренесен централним актом или само имају право да га обављају.

У вези са овим треба напоменути да би локална јединица требало да буде довољно велика како би могла да осигура финансирање основних локалних

¹⁸ Еуген Пусић, Управни системи, Књига I, Загреб 1985. године, на стр. 344. каже: У домени регулативне надлежности истичу се, по садржају, послови полиције. Службе се дијеле на особне (на примјер просвјета и култура, социјална заштита, становање) и на околишне (на примјер, урбанистичко планирање, локални промет, развојна политика).

служби. Та величина ипак мора бити ограничена како јединица локалне самоуправе не би постала превелика и како се тиме не би довела у питање њена основна карактеристика: контакт са становништвом.¹⁹

За грофовију су карактеристични послови полиције, грађевинске регулативе, контроле мера, инспекције хране и лекова, изградње и одржавања путева, и послови локалног промета. У грофовијама ван градских подручја врше се још и послови просвете, библиотекарски послови и послови социјалне заштите, док су послови планирања и развоја, мелиорације и одводњавања, односно одржавања музеја подељени између грофовија и округа.

Окрузи су осим за послове социјалне заштите задужени и за стамбену политику и изградњу станова, послове заштите животне околине, чистоће и канализације. А градски окрузи врше још и просветне и библиотекарске послове, односно послове социјалне заштите.

У парохијама се обављају послови стриктно локалног значаја и најчешће су везани за паркове и рекреацију.

Остављена је широка могућност делегације послова са грофовија на округе. За обављање послова из области здравства и водопривреде надлежне су посебне јединице. Центални органи обављају низ управних служби које се у другим земљама сматрају пословима локалног карактера. Дакле, у послове типично локалног карактера спадају: образовање, социјалне службе, планирање, стратегијско планирање и контрола развоја (локално планирање), библиотекарски послови, одлагање и сакупљање отпада, трговински стандарди, противпожарна заштита и служба спасавања, планирање хитних интервенција, путеви, аутопутеви и транспорт, стамбена изградња и санитарна служба.

Локална управа у Енглеској и Велсу запошљава преко 2,1 милиона људи и троши 70 милијарди фунти годишње, што чини око 25% јавне потрошње. Финансирање локалног система управљања врши се из три извора: (а) порез на некретнине у локалној јединици (rates), (б) накнаде које плаћају корисници јавних служби, приход од најамнина и такси, и (в) субвенције. Пошто

¹⁹ Опсежна истраживања извршена у вези са припремањем реорганизације локалне управе 1973. године показала су да оптимум лежи између 250.000 и једног милиона становника.

већа убирају приближно четвртину своје потрошње, остатак намирују субвенцијама Владе. Субвенције понекад износе близу половине локалних прихода.

V. Однос централних и локалних органа

Када је пак у питању однос централних и локалних јединица власти и њихов међусобни утицај, односно пре свега утицај који централне власти могу имати на локалне, онда се он може оценити као јак из три разлога.

Прво, локалне јединице се могу стварати само законом. Друго, надлежност локалних органа власти се одређује централним прописом и то методом енумерације, као што смо већ напоменули. При томе ове законске границе контролишу судови који могу на тужбу интересената укинути или поништити одређени локални акт, јер представља прекорачење овлашћења у складу са концепцијом *ultra vires*. Треће, постоји развијен систем надзора централне државне управе над локалном, који има неколико својих модалитета. Ту је првенствено давање упутстава, инструкција и информација од стране централних органа локалним, који су са своје стране у обавези да шаљу извештаје о свом раду, стању послова и друге статистичке податке централним органима. За одређене одлуке локалне јединице потребно је претходно одобрење централног органа, пре свега за опште развојне планове грофовија, за нека именована односно отпуштања, за законске предлоге којима би се проширила надлежност локалних система, као и за неке индивидуалне акте, односно узимање зајмова у вези са одређеном службом. Сви ови елементи, као и решавање по жалбама против одлука локалних власти, спадају у општи надзор.

Посебан вид надзора централних над локалним јединицама је инспекцијски надзор, којом приликом централне инспекције могу интервенисати у локалним пословима на подручју полиције, ватрогаства, образовних установа, и социјалне заштите деце.

Центални органи могу са једне врсте преносити послове на другу врсту локалних органа, што је такође последица надзора који врше над радом локалних јединица. Ипак, најделотворнији је утицај који централни органи врше на локалне системе путем субвенција и дотација.

По узору на шведску институцију "омбудсман", у Енглеској су уведене комисије које бира Парламент, а које могу, на жалбу грађана, да испитују деловање било ког управног органа и да предузимају одговарајуће кораке. Такве комисије Парламента постоје и за локалну управу.

VI. Закон о локалној управи из 2000. године²⁰

Реформа локалне управе је интензивирана деведесетих година 20-ог века. На основу овлашћења из Закона о локалној управи из 1992. године влада је основала Комисију за локалну управу са задатком да изврши ревизију локалне управе у Енглеској (Local Government Commission for England) која је препоручила измену законодавства у правцу увођења унитарног система локалне самоуправе у неметрополским подручјима, промене граница јединица локалне самоуправе и измене изборних система. После јавних консултација у Шкотској и независне ревизије у Велсу, у њима се 1996. године успоставља унитарни систем, а и у Енглеској је у неким деловима земље (неметрополским подручјима, а на подручју ширег Лондона од 1986. године) дошло до померања ка унитарној власти, док је у другим деловима земље задржан постојећи систем из два нивоа.²¹

У врло кратком временском периоду (1999. године, 2000. године, 2003. године) донета су три закона о локалној управи. Први и последњи се претежно баве питањима финансијске природе, те ћемо се у овом делу бавити само изменама у структури локалне власти које су уведене Законом из 2000. године.

Новим Законом о локалној управи су већима дата већа овлашћења да промовишу економску, социјалну и еколошку добробит локалних заједница, повећана је одговорност већа, предложене су нове етичке норме за одбор-

²⁰ Закон о локалној управи из 2000. је ступио на снагу у Енглеској 18. октобра 2000, може се наћи на адреси: <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000022.htm>.

²¹ Локална управа се у Севемој Ирској развијала независно од остатка Британије. 1972. године је Стормонт, Парламент Северне Ирске, управљао многим службама које су у осталим деловима Британије биле у надлежности локалне управе. Кад је Стормонт укинут 1972. године надлежност над овим службама су преузели именовани обласни одбори. Истовремено је основано двадесет и шест нових унитарних локалних управа. Њихове директне надлежности су релативно ограничене.

нике и чланове управе, као ефикасан начин борбе против локалног непотизма, отворена је могућност чешћег спровођења локалних избора и предвиђен нов, јединствен буџет за финансијску подршку мањинским и другим угроженим групама грађана.

Чланом 11. предвиђене су три врсте непосредно изабраних управно-извршних органа локалне јединице:

- 1) Директно бирани градоначелник и његов кабинет. Градоначелник се бира непосредно, а он онда од чланова већа бира кабинет.
- 2) Кабинет са лидером. Веће бира лидера, а кабинет је сачињен од чланова већа које је или именовано лидер или изабрало веће. Лидер се за своја овлашћења ослања на подршку чланова већа пре него на гласачко тело и може бити замењен од стране већа.
- 3) Директно изабрани градоначелник и менаџер већа. Градоначелник се бира директно и даје политичко вођство службенику или "менаџеру" коме су делегирани и стратегијско креирање политике и свакодневно одлучивање.

Локална заједница сама бира облик извршно-управног органа. Тамо где заједница жели директно изабраног градоначелника, организује се референдум. Референдум се може сазвати и на основу петиције коју је потписало 5% изборног тела.

Одвајање извршног тела даје нове улоге онима изван тог тела. Чланови већа ће надгледати одлуке извршног тела; вршиће ревизију посредством комитета за надгледање и проверу рада; заједно ће деловати као јединствено тело при изгласавању буџета и нацрта политика; такође ће доносити и одлуке о неким питањима планирања и издавања дозвола.

У чл. 4. ст. 1. Закона предвиђа се дужност локалних власти да припремају "локалне стратегије" за промовисање или побољшање економске, социјалне и еколошке добробити у својим областима и да тако допринесу одрживом развоју заједнице. Четири кључне компоненте стратегије су: одређивање дугорочне визије развоја локалне јединице са фокусом на циљеве које треба остварити, израда плана рада којим се идентификују краткорочни приоритети и активности које ће допринети остварењу дугорочних циљева, заједничка обавеза да се план рада оствари и да се донесу предлози како се то може учинити, организовање надзора над имплементацијом плана рада и периодична ревизија стратегије заједнице.

Локалне јединице су у обавези да установе комитете за стандард (чл. 56-56) и усвоје кодекс понашања одборника заснован на националном моделу, који њихови чланови морају да прихвате. Нови модел ће садржати доследне принципе које поставља Влада и подржава Парламент, а биће примењиван и кодекс о понашању запослених који ће бити укључен у услове за склапање радног односа.

Ново независно тело, Одбор за стандарде Енглеске (чл. 57-58), биће постављено да испита писмене притужбе на одборнике који крше кодекс већа. Ако истрага утврди да за притужбу постоје основе, биће сазван независни суд који ће одлучити да ли је тај одборник прекршио кодекс или није. Суд ће моћи да наметне казне у распону од јавне опомене до суспензије одборника на пет година.

Осим тога што уводи нови етички оквир, закон уводи и одреднице којима се може одбити накнадни намет и омогућава инспекторима да захтевају враћање незаконито потрошеног новца.

Закон у чл. 85. омогућава да се избори за одборнике већа промене на један од три могућа начина. То су:

- Општи избори - када се сви чланови већа бирају сваке четири године.
- Избори половине - када се половина чланова бира сваке друге године.
- Избори трећине - када се у сваком периоду од четири године три године за редом бира трећина чланова.

Закон о локалној управи пружа нову могућност да се промени учесталост избора за локална већа. Људи ће путем гласачких кутија моћи да саопште већу шта мисле о његовом деловању и политици. То ће побољшати локалну демократију и пружање услуга и подстаћи локалне власти да буду отвореније и осетљивије за потребе чланова својих заједница. Чешћи локални избори могу довести до бољег континуитета и стабилности локалних већа пошто сваке године само једном делу одборника истиче мандат.

VII. ЗАКЉУЧАК

Локална заједница као “узглавље савремене цивилизације”, односно “уређен систем остваривања права локалне самоуправе, путем којег грађани у локалним јединицама непосредно и преко својих слободно изабраних представника управљају јавним пословима од непосредног интереса за локално становништво, располажући сопственим изворима јавних прихода и поступајући по начелу уставности и законитости”²² је врло сложен друштвени и правни феномен, о коме чини се сваким даном све мање знамо, јер динамика и непојмљиво убрзање у свим сферама живота непрестано измичу научну и истраживачку подлогу са које би се она могла посматрати. Нови Закон о локалној самоуправи Републике Србије (“Службени гласник РС”, бр. 9/2002) представља покушај приближавања савременој, пре свега европској, регулативи ове области, али га и даље карактеришу једностепеност и униформност организације локалних управних система, као и пословнична неефикасност одн. неспособност да се у пракси успешно изађе у сусрет потребама грађана. Са најављеним променама Устава, отвориће се нове могућности за даљу модернизацију српског система локалне самоуправе.

Лекције научене приликом проучавања локалних система управљања других држава (поготову оних из другачијег државно-правног миљеа) имају огроман потенцијал и у креирању наше будуће локално-правне политике и у примени ефикаснијих начина пружања услуга. Да би креирање правне политике било ефикасно, није довољно само да се она осмисли у централним државним органима, већ је неопходно узети у обзир и искуства из праксе и наше, али још више, праксе других земаља. Помоћ практичних сазнања и искуства других правних система, бољи је модел од приступа са врха наниже који нам је свима исувише добро познат.

Усвајање најбољих вредности и најбољих метода рада биће награђено стварањем нових јавних служби, које ће бити стању да обезбеђују услуге које грађани желе и за које се заиста може тврдити да су модерне.

²² Др Радивоје Маринковић, Локална самоуправа – старе и нове недоумице, Београд, 1998. године, стр. 77.

Dejan Vučetić, LLB
Junior Assistant

Modernizing English Local Government - From Traditional Towards to Modern Local Government -

Summary

In 1999, the British government published its programme declaration called the White Paper on "Modernising Government", which was the starting point for launching the radical and far-reaching reform in the system of local government.

In this paper, the author has briefly illustrated the history of the English local government, as some of the customs are still in use. The author has considered the specific features of the English local government system, starting from the legal sources relevant to this area, the basic units of local government and the structure of local administration authorities, including the municipal services and relationship with the central government authorities, and ending with the latest changes enacted in the Local Government Act 2000.

As further modernization of the Serbian local government will take place after the adoption of the forthcoming constitutional changes, it is necessary to take into consideration the practical experiences of other countries in order to find the best solutions and methodology to help the local government authorities provide the services which the citizens will consider modern and indispensable.

Key words: Government reform, new public management, English local government, system, structure, characteristics, relationship between the central and local government, integration, Local Government Act 2000.

РАДОВИ СА НАУЧНИХ СКУПОВА

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
XLIII/2003

Проф. др Невена Петрушић

ДОЖИВОТНО УЧЕЊЕ - НОВИ
ХОРИЗОНТИ УЧЕЊА
UDK 37.014.3+378

Рецензент: Проф. др Мирса Мијачић

Проф. др Невена Петрушић¹

"ДОЖИВОТНО УЧЕЊЕ" - НОВИ ХОРИЗОНТИ УЧЕЊА*

"Ум није посуда коју треба напунити,
него ватра коју треба распламсати"

Плутарх

I. "Друштво знања"

1. У савременом друштву образовање и научно знање представљају мотор друштвених промена. За разлику од индустријског друштва, у коме су водећу улогу одиграле *производне снаге*, у новом, постиндустријском друштву примат имају *интелектуалне снаге*. Научно знање квалификује се као примарна вредност једног друштва, док је универзитет место оспособљавања широких кругова младих за нова научна достигнућа која ће допринети друштвеном убрзању. Тим циљевима неопходно је прилагодити и сам образовни процес и ускладити га не само новим технолошким условима, већ и флексибилнијем, синтетичком приступу који карактерише савремену науку.²

2. Савремено друштво, у коме водећу друштвену улогу имају интелектуалне снаге, уобичајено се означава као друштво знања, "*друштво које учи за своју*

¹ Ванредна професорка Правног факултета у Нишу.

* Реферат саопштен на Мађународној Конференцији "Future of Legal Studies According to the Sorbonne-Bologna Process", The European Law students' Association, 44th International Council Meeting, 18-26. октобар, 2003., Будва, Република Црна Гора.

² Дабовић, Д.: Глобални метрополис: Културна логика постиндустријализма, ХРС, Београд, 1998., стр. 78-79.

и општу добробит”.³ Истовремено, друштво трећег миленијума, у коме нове информатичке технологије достижу неслућени развој, то друштво, у коме географска удаљеност људи и припадност одређеној држави или континенту све више губи на значају, обележава нова међузависност људи, наметнута, пре свега, заједничким животним окружењем и глобалним тржиштем радне снаге. Символи тог новог друштва, у чијем праскозорју живимо, јесу три позната појма - *промене, изазови и шансе*.⁴

3. С друге стране, развој друштва у 21. веку обележава феномен брзе експанзије и застаревања знања. Све веће усложњавање процеса рада, увођење нових радних процедура, промене у радном окружењу са потпуном новим технолошким средствима, све то нужно намеће потребу да сви запослени радници непрекидно стичу нова знања и умења како би успешно одговорили потребама процеса рада. Према истраживањима која су у пракси вршена, сваки запослени најмање два пута у току своје професионалне каријере пролази кроз процес стицања нових знања и вештина.⁵ Сагласно томе, доступност радних места, друштвени положај и реална способност конкуренције појединца, све мање зависе од формалне дипломе, а све више од његових укупних знања, умења и вештина и његове способности да се, као професионалац, прилагоди новим потребама.

³ Видети: *World Declaration on Higher Education for the Twenty-first Century: Vision and action i Framework for Priority Action for Change and Development of Higher Education*, усвојеним 9. октобра 1998. у Паризу, под покровитељством UNESCO-а, на Светској конференцији о високом образовању. (Текст докумената објављен је у интегралном облику на Интернет адреси: <http://www.unesco.org>). Припрема Конференције започела је 1995. године, усвајањем *Policy Paper for Change and Development in Higher Education*, о коме је вођена дискусија у оквиру пет регионалних састанака: Havana, новембар 1996; Dakar, април, 1997; Токуо, јули, 1997; Palermo, септембар 1997. и Beirut, март 1998. Такође, усвојен је и Извештај UNESCO-ве Међународне комисије о образовању за 21. век, рађен под руководством Жака Делора, изузетно вредна студија о визији развоја образовања, препуна лупидних запажања о утицају научно-технолошких, економских, социјалних, културних и других структурних промена савременог друштва.

⁴ Ткаџикова, Ј.: *Modern European philosophy of lifelong learning, New platform for the learning society over continents*, www.oise.utoronto.ca/CASAE/cnf2003/2003papers/CAS03.pdf.

⁵ На ову околност указано је у Bengemann Raportu-у, "Europe and the global information society", који је, на заhtev Европског савета, припремљен за skup одржан у Briselu, 26. маја 1994. године. Видети: <http://europa.eu.int/ISPO/ida.text/english/bangeman.html>.

Ера постиндустријског друштва, чије су основне карактеристике новост, убрзање, привременост и разноликост, мора имати образовни систем са истим тим карактеристикама, како би био довољно компатибилан са окружењем.⁶ Осмишљавање нове политике образовања, окончано је концептуализацијом нове стратегије образовања, тзв. доживотног учења, (lifelong learning - LLL), образовања које се одвија током читавог живота. Ради се о процесу перманентног развоја човекове личности, усвајања нових знања и вештина и унапређења социјалних способности појединца, чији је циљ да ни један таленат, који је као ризница сакривен у сваком човеку, не остане неискоришћен.⁷

4. На истоветним идејама заснована је визија развоја уједињене Европе. У Европској унији, која је пројектована као широко подручје демократске сигурности, уређена на начелима плуралистичке и парламентарне демократије, недељивости и универзалности људских права, владавине права и заједничког културног наслеђа обogaћеног разноликошћу, подразумева се толерантан међусобни однос људи из свих крајева света, успостављање могућности за заједнички живот, остваривање идеје одрживог развоја (sustainability), социјална укљученост људи, (social inclusion) активно грађанско друштво (active citizenship) и лични и професионални развој сваког појединца (personal development).⁸

За остваривање ових циљева, од кључне важности је реформа образовног система, што је наглашено у свим релевантним документима Европске уније и Савета Европе. Од тога каквом ће брзином образовни систем бити прилагођен новим друштвеним потребама, зависи укупан економски, друштвени и културни развој, степен пријгодљивости свих сегмената друштва дигиталном добу и изазовима информацијских технологија.

Синоним промена у образовном систему које се данас врше на нивоу Европске уније, јесте **информисан, аутономан, активан, одговоран, моти-**

⁶ Дабовић, Д.: *op. cit.*, стр. 68.

⁷ Делор, Ж.: *Образовање - скривена ризница*, UNESCO, Извештај Међународне комисије о образовању за XXI век, Министарство просвете Републике Србије, 1996, Београд, стр. 12.

⁸ Ради се о основним постулатима законодавства Европске уније, који су уграђени и у њена темељна документа. Видети: *Treaty on European Union*, (тзв. уговор из Мас-трихта) од 7. фебруара 1992, ступио на снагу 1. новембра 1993, *Treaty of Amsterdam* (тзв. Амстердамски уговор), од 2. октобра 1997, ступио на снагу 1. маја 1999. и др.).

висан и друштвено интегрисан грађанин, који је током школовања припремљен за комплементарне улоге не само грађанина своје државе, већ и европског грађанина и грађанина света. За остваривање неограничене мобилности, неопходно је развијање адаптивних и радних способности појединаца, као и креирање јединственог “портфолио“ система, који би обезбедио могућност сваком грађанину да презентује своје компетенције и квалификације на сваком месту у Европи.⁹

5. Уобличавање нове образовне стратегије повезано је са низом разноврсних питања, међу којима се, као најзначајнија, могу издвојити: општа права на подручју васпитања и образовања, проширење понуде организационих облика, садржаја и метода учења и поучавања, остваривање права на избор врсте образовања, остваривање права на једнакост у образовању и образовном постигнућу и слобода поучавања и истраживања у домену образовања. Етаблирање ових права и њихово практично остваривање, израз су настојања да се одговори потребама културно плуралног друштва, ојача аутономни положај наставника и истраживача и прошири могућност друштвене еманципације и интеграције свих појединаца и друштвених група, посебно маргиналних група (лица са посебним потребама, припадника мањинских заједница, избеглица и расељених лица и др.).

Процес образовања треба да омогући:

- познавање и прихватање основних начела и вредности европског демократског наслеђа, као што су достојанство човека, универзалност и недељивост људских права и слобода, културни плурализам, владавина права, мир, солидарност, сарадња, рационално мишљење, уравнотежен и одржив развој, одговорност и др.;
- стицање одговарајућег нивоа политичке и информатичке писмености, која гарантује аутономно и активно суделовање појединца у планирању, подстицању и контроли демократског развоја;

⁹ Ова идеја остварена је креирањем јединственог модела *European curriculum vitae*. Европски CV, који је Европска комисија презентовала 2002. године, пружа опсежне и стандардизоване податке о формалном образовању, радном искуству, знању страних језика, врсти обуке, као и социјалним, организационим и техничким вештинама и компетенцијама појединца, стеченим изван формалног система образовања. Образац European CV доступан је на сајту: www.cedefop.eu.int.

- стицање општих и стручних знања и вештина које су неопходне да делотворно прилагођавање појединца променљивим условима живота и рада;
- знање страних језика, развој одговорности, отворености и критичности, способност прихватања различитости, јачање вештина преговарања и ненасилног решавања сукоба, што је, такође, део савремених образовних програма у уједињеној Европи.¹⁰

6. Нови приступ образовању темељи се на четири стратешка циља: “учење за знање”, “учење за рад”, “учење за заједнички живот” и “учење за постојање”.¹¹ Остваривање ових циљева подразумева развијање квалитативно друкчијег типа образовања, образовања које подстиче човека на трајно учење у подруштвљеном образовном окружењу, при чему “учење учења” (learnt to learn) постаје основни постулат човековог живота и рада.¹²

2. Европска политика и стратегија “доживотног учења”

7. Политика, стратегија и пракса доживотног учења, као и сама дефиниција овог облика образовања, темеље се на једном од базичних документа, на основу којих европске државе данас трансформишу своје системе образовање. Реч је о “Меморандуму о трајном (доживотном) учењу” - “**A Memorandum on Lifelong Learning**”, усвојеном на заседању Европске комисије у Бриселу 30. октобра 2000.¹³ Његовим усвајањем, у целој Европи започео је процес консултација, у циљу формулисања заједничких стратегија и припрема заједничких мера које би доживотно учење учиниле доступним свим људима, чиме би се обезбедили услови за развој грађанског друштва, социјалне кохезије и интеграције, пуне запослености¹⁴ и личног развоја сваког појединца.¹⁵

¹⁰ Из наставних програма у уједињеној Европи данас ишчезава све оно што је базирано на етноцентризму, стереотипима и предрасудама у тумачењу себе и других народа и група, сви они садржаји којима се величају ратови, насиље и власт над другима.

¹¹ Делор, Ж.: *ibidem*.

¹² Bengemann Report.

¹³ *A Memorandum on Lifelong Learning*, Commission of the European Communities, Brussels, 30.10.2000, SEC(2000) 1832., <http://www.bologna-berlin2003.de/pdf/MemorandumEng.pdf>. у даљем тексту “Memorandum”.

¹⁴ Један од главних циљева доживотног учења јесте повећање запосливости радника (Детаљно: Загоре, С., Половић, Ђ.: *Тржиште рада и запошљавање*, Завод за запо-

"Доживотно учење" обухвата све врсте образовних активности од "колевке до гоба" (from cradle to grave), од најранијег детињства до дубоке старости, којима се перманентно надограђују, побољшавају и актуелизују људска знања, способности и компетентности које се односе на личне, грађанске, социјалне и радне перспективе.¹⁶ Овај перманентни тип образовања не своди се само на стицање квалификација које су непосредно повезане са професијом појединца, већ обухвата континуирано обнављање свих способности, интересовања, знања, вештина и умења током читавог живота. Трајно учење укључује све видове образовања - формално, неформално и информално образовање,¹⁷ а његове основне предности огледају се у флексибилности, разноврсности и доступности у времену и простору.

шљавање Црне Горе, Подгорица, 2003). У том смислу, доживотно учење представља једну од кључних смерница европске активне политике запошљавања, дефинисане на ванредном састанку Европског савета, одржаном у Луксембургу 20. и 21. новембра 1997. године, која се темељи на четири стуба: 1. побољшање запосливости радника, 2. подстицање подuzетништва, 3. подстицање прилагодљивости појединаца и предузећа и 4. изједначавање могућности запошљавања. Усвајање ових смерница, значило је акт извршења обавеза држава чланице у области политике запошљавања, преузетих Амстердамским уговором од 1997., којим је допуњен Уговор о Европској унији. (Видети: *The legal framework following the treaty of Amsterdam*, (<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/cha/c10101.htm>). Сагласно Амстердамском уговору, Европски савет сваке године анализира стање на подручју запошљавања у Европској унији и доноси одговарајуће одлуке, којима обликује смернице у домену политике запошљавања. На основу извештаја држава чланица о спровођењу политике запошљавања, на састанку Европског савета у Бечу, 11. и 12. децембра 1998. године, закључено је да смернице утврђене претходне године на састанку у Луксембургу обезбеђују целовит и дугорочан приступ проблему незапослености, те да не постоји потреба за изменама њихове четворостубне структуре, тако да она остаје непромењена и у наредним годинама. Такво опредељење потврдиле су и касније одлуке других органа ЕУ. (Видети, нпр.: *Decision no. 1145/2002/ec of the European Parliament and of the Council Of 10 June 2002 On community incentive measures in the field of employment*, <http://europa.eu.int>).

¹⁵ *European Council Presidency Conclusions*, Lisabon, 23-24. mart 2000, paragraph 5, 24 i 25, pp. 2 i 8; *European Council Presidency Conclusions*, Santa Maria da Feira, 19-20. june 2000, paragraph 33, p. 6. (<http://europa.eu.int>).

¹⁶ Видети уводни део Меморандума.

¹⁷ Према дефиницији садржаној у Меморандуму, формално образовање реализује се у официјелним образовним институцијама и његов крајњи резултат јесу признате дипломе и квалификације. Неформално образовање остварује се паралелно са основним образовним и квалификационим системима и обично се окончава издавањем

8. Меморандум дефинише шест кључних порука:

а. **Нове базичне вештине за све:** (*New basic skills for all*): гарантовање универзалног и непрекидног приступа образовању којим се стичу и иновирају вештине потребне за активно учење у «друштву знања». Од посебне важности је упознавање са новим информационим технологијама, учење страних језика, стицање техничке културе, развијање предузетничког духа и социјалних умења.

б. **Повећано инвестирање у људске ресурсе.** (*More investment in human resources*)

ц. **Иновације у настави и учењу:** (*Innovation in teaching and learning*) развијање активних и ефективних метода наставе и учења и њихово увођење у процес континуираног и широкообухватног образовања.

д. **Валоризација образовања** (*Valuing learning*): значајно побољшање начина за разумевање и оцену учења у образовном процесу и резултата тог процеса, посебно кад је у питању неформално и информално образовање. Крајњи циљ је да се постигну јединствени критеријуми за оцењивање постигнутог нивоа знања и умења, независно од начина, облика и система образовања.

е. **Преосмишљавање консултантских функција** (информисање и оријентација): (*Rethinking guidance and counselling*) обезбеђивање квалитетних услуга информисања и консултовања о могућностима образовања и обуке у свим деловима Европе, лако доступних свим старосним групама.

ф. **Приближавање образовања дому** (*Bringing learning closer to home*): стварање могућности да непрекидно образовање и обука буду што ближи дому сваког појединца укљученог у процес образовања.

9. У земљама Европске Уније остваривање политике доживотног учења представља приоритетан задатак, који се постепено остварује путем усаглашених и координисаних мера и активности. У периоду који је уследио након

официјелног сертификата. Оно може да се оствари на радном месту, кроз активност друштвених група и организација (као што су омладинске организације, професионална удружења, политичке партије и сл.). Оно, такође, може да се реализује преко организација и служби које представљају допуну формалном образовању (музички, позоришни или спортски разреди или приватни часови за припремање испита). Информално образовање спроводи се спонтано, током свакодневног живота појединаца. За разлику од формалног и неформалног образовања, информално образовање није обавезно и организовано и појединци га углавном не препознају као начин стицања знања и умења.

усвајања Меморандума, одржано је неколико значајних скупова на којима су резимирани постигнути резултати,¹⁸ разматрани путеви унапређења "доживотног учења" и формулисани начини стварања јединственог европског простора "доживотног учења". Међу најзначајнијим документима који су допринели даљем унапређењу праксе «доживотног учења», издвајају се: «**Индикатори квалитета доживотног учења**», «**Циљеви система општег и професионалног образовања**», «**Створимо европски простор доживотног учења**», настали као резултат заједничке образовне политике Европске уније.¹⁹

Истовремено, покренуто је низ иницијатива, које се постепено уобличавају у конкретне акционе планове, као што су: «**E-Learning**», чији је циљ повећање нивоа компјутерске писмености и опремање образовних установа новом рачунарском опремом, «**A Gateway to the European Learning Area**», портал који обезбеђује лак доступ информацијама о образовним и професионалним могућностима у читавој Европи, «**European CV**», унификована форма биографије, која доприноси мобилности радне снаге на јединственом европском

¹⁸ Видети: *Implementation, results and overall assessment of the European Year of Lifelong Learning* (1996), Report from the Commission of the European Communities, COM (1999) 447 final, 15 septembar 1999. (<http://europa.eu.int/comm/education/policies/llll/life/report.pdf>).

¹⁹ На састанку министара образовања држава чланица Европске уније и држава кандидата за пријем, одржаном у Риги, јуна 2001. усвојен је Извештај о доживотном учењу. На следећем састанку у Братислави, јуна 2002. године, усвојен је извештај под насловом "Индикатори квалитета доживотног учења" ("Quality indicators of lifelong learning"). Фебруара 2002. године, Савет образовања ЕУ усвојио је извештај "Циљеви система општег и професионалног образовања" ("Objectives of the education and training systems"), а током 2002. Савет је Резолуцијом о доживотном учењу (2002-С 163-01), прихватио предлог под насловом "Створимо европски простор доживотног учења", ("Making a European area of lifelong learning a reality") и упутио позив свим државама чланицама да створе услове у укључе све важне субјекте, посебно социјалне партнере, грађане, локалне и регионалне институције у израду и реализацију конкретних програма доживотног учења. Од Европске Комисије затражено је да обезбеди размену добрих пракси и услове за ефикасну сарадњу држава, да створи одговарајућу базу података, те да на основу резултата Болоњског процеса пружи оквир за признавање квалификација на јединственом европском простору. На скупу у Софији, одржаном 9. 11. 2002. године, који је био посвећен образовању одраслих, усвојена је Софијска декларација, на којој су резимирани постигнуте резултати и упућен Позив на акцију свим заинтересованим субјектима.

простору, «**Action Plan for Mobility**», Акциони план који се састоји из низа општих препорука за побољшање мобилности, «**European Forum on Transparency of Qualifications**», Европски форум за транспарентност квалификационих критеријума у области продуженог образовања, «**Action Plan to Promote Entrepreneurship and Competitiveness**», план за повећање предузетништва и компетитивности и др.

3. Прилагођавање високошколског образовања политици «трајног учења»

10. Прилагођавање традиционалног универзитетског образовања политици «доживотног учења» веома је комплексан и дуготрајан процес, који треба да обезбеди задовољење образовних потреба појединаца и заједнице и омогући остваривање нове филозофије и визије образовања на којој је засновано савремено «друштво знања».

Реформа универзитетског образовања подразумева не само реконструкцију наставног плана и програма, већ и корените промене у самој мисији и приступу образовању, што, поред осталог, укључује:

- редефинисање циљева универзитетског образовања у складу са новим концептом «доживотног учења»,
- партиципација свих заинтересованих друштвених субјеката у уобличавању образовног програма,
- измене у традиционалној трансмисивној настави, у складу са принципима: учење уместо поучавања, истраживање уместо преношења знања, сарадња уместо такмичења, комуникација и расправа уместо питања-одговор традиционалног наставног стила,
- креирање планова и програма који обезбеђују не само стицање одговарајућег квантума релевантних теоријских знања и практичних вештина и умења неопходних за бављење одређеном професијом, већ и унапређење способности студената за активно учешће у социјалном, културном, политичком и економском животу заједнице,
- могућност студената да избором наставних предмета изграђују сопствени професионални профил, у складу са жељама и интересовањима,
- уобличавање модуларног типа образовних програма и увођење кредит система,

- подстицање активног учешћа студената у свим фазама процеса образовања - од планирања до евалуације,
- измене у положају и односу субјеката процеса образовања - активно, партиципативно и кооперативно учење, које студенте ставља у положај конструктора сопственог знања и стварних и активних субјеката образовног процеса,
- промене у педагошкој улози наставника; наставник - партнер у педагошкој интеракцији, водитељ кроз процес учења,
- стварање услова да факултет буде заједница учења и место размене знања,
- развијање и имплементација нових интерактивних наставних метода, образовних методологија и техника (радионичарски рад, рад у малим групама, «Учење базирано на проблему», рад на пројектима, «brainstorming», «играње улога» и др.),²⁰
- примена атрактивних, стимулативних и ментално провокативних вежби у раду са студентима, базиран на принципима «искуственог учења» (учење кроз делање« «learning by doing»),²¹,
- стицање знања, вештина и умења «изван учионице», у реалној радној средини,
- веће коришћење савремених информационих и комуникационих технологија у настави,

²⁰ О интерактивним методима рада и њиховим предностима у односу на класичне облике трансмисивне наставе, видети: Ивић, И., Пешикан, А., Антић, С.: *Активно учење, приручник за примену метода активног учења/наставе*, Институт за психологију, Београд, 2001, стр. 20). О појединим образовним техникама и моделима групног и индивидуалног рада: Јанковић С., Тинде, К, Ц.: *Основне претпоставке радионичарског поступка*, Учионица добре воље, "Група МОСТ", Београд, 1996; Попадих, Д.: *Ефекти радионица и њихова евалуација*, Учионица добре воље, "Група МОСТ", Београд, 1996; Гутников, Аркадий.: *Обучение профессиональным навыкам* (Интерактивныe методики обучения, део књиге *Профессиональные навыки юриста: опыт практического обучения*, објављен на сајту <http://www.lawclinic.ru>); Петрушић, Н.: *Технике «Мождана олуја» и «играње улога»*, Практично образовање правника, Клиника за грађанско право Правног факултета у Нишу, Ниш, 2003, стр. 28-31).

²¹ Израз је креирао John Dewey, амерички филозоф и педагог, заговорник идеје о учењу путем овладавања вештинама. Овај вид учења био је, изворно, заснован на споља видљивој активности ученика, да би се током времена појам "активност" знатно пороширила, обухватајући менталне, моторне, вербалне и др. активности, које доприносе овладавању одређеним знањима, умењима и вештинама. "Учење кроз делање" данас представља један од широко примењиваних активних метода наставе/учења у школској и универзитетској настави.

- оспособљавање и мотивисање студената за «самоучење» после окончања студија,
- подстицање одговорности студената за сопствено образовање,
- давање значаја не само ономе «шта се учи», већ и «како се учи»,
- укључивање студената у непосредни истраживачки рад и њихово оспособљавање за самостално прикупљање, селектовање и обраду података, уз коришћење савремене информатичке технологије,²²
- развијање комуникативности, правне и моралне одговорности, способности за тимски рад и изградњу конструктивних стратегија за поступање у различитим животним ситуацијама,
- увођење нових облика учења, као што је, нпр., «учење на даљину» (Distance Learning), «Учење уз помоћ компјутера» (Computer-Aided Learning, CAL),
- креирање и примена нових образовних материјала, који омогућавају учење прилагођено потребама студената,
- израда адекватног програма евалуације рада наставника и сарадника,
- уобличавање нових индикатора за мерење и вредновање постигнућа студената,
- вредновање неформалног и информалног образовања,
- обука, усавршавање и мотивисање наставника за примену интерактивних облика рада са студентима,
- веће укључивање у европске програме намењене развоју високошколског образовања («Tempus», «Socrates II», «Leonardo da Vinci II», «Youth», «Equal»),
- стварање материјалне базе за квалитетан научни и наставни рад.

²² Један од метода рада којим се ови циљеви са успехом остварују јесте рад студената на пројектима. О предностима које он пружа, детаљно: Петрушић, Н.: *Рад студената на пројектима – облик наставе на основним студијама*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Vol. XV-XVI, Ниш, 2001. стр. 275-280).

Проф. др Мила Јовановић

**СТАРАТЕЉСТВО У АНТИЧКОМ РИМУ
УЗ ПОСЕБАН ОСВРТ НА *CURA
NASCITURI (VENTRIS)* - ПРИЛОГ
ИСТОРИЈИ ВАНПАРНИЧНЕ СТВАРИ
UDK 347.64:347.158(37)**

Рецензент: Проф. др Гордана Станковић

Апстракт

Предмет овога рада, уз претходни кратки осврт на нека питања римског процесног права, представља старатељство у античком Риму, при чему се посебна пажња посвећује старатељству над зачетим а нерођеним дететом, *cura nascituri* или *cura ventris* (*cura bonorum ventris potissime*). Најпре се, уз уочавање одређених разлика између савременог и римског процесног права (парничног и ванпарничног), истичу теškoће при дефинисању римског ванпарничног поступка и ванпарничне ствари уопште. Затим се, уз констатацију да не постоје изразите разлике у појму пословне способности, истичу разлике између модерног и римског права у погледу узрока неспособности, категорија погођених лица и установа које допуњавају недостатке пословне способности. Даље се уочавају разлике између туторства (*tutela*) и старатељства (*cura*) у античком Риму, уз покушај дефинисања ондашњег старатељства, које је теško извести на прецизан, концизан и генерални начин истовремено. Уз навођење појединих типова старатељства, више пажње се посвећује процесноправном аспекту овог питања, односно ванпарничном. У том смислу се разматрају следећа питања: постављање старатеља од стране државног органа, уз евентуално испитивање подобности његове личности за ту јавну дужност (*inquisitio*); ослобађање од дужности стара-

теља из оправданих, извињавајућих разлога (нпр. одређени број властите деце, већ постојећа функција заштитништва, вршење друге јавне функције итд); давање обезбеђења од стране старатеља, уз садејство државног органа, ради гаранције савесности и успешности обављања функције; смена старатеља с функције, од стране државног органа, покретање поступка против несавесних старатеља и евентуална осуда итд. Коначно, уз уочавање малобројности и релативне конфузности података о старатељству над нерођеним дететом, у већини доступних извора, анализирају се најпре укратко неки аспекти материјалноправног положаја *nasciturus*-а; а затим се, уз указивање на постојећа општа правила, анализирају подаци процесног карактера везани за успостављање установе и поступак старања о *nasciturus*-у. На крају се презентира текст из кодификованог преторског права (*Edictum perpetuum*), релативно целовит, о поступку старања о зачетку (*partus, nasciturus, venter*) и индиректно о мајци зачетка, трудници и породиљи. За данашње поимање текст звучи помало чудно, а у односу на жењу и доста понижавајуће. Али, осим што сведочи о карактеру *cura nascituri*, овај текст пружа и прилику да се уочи значај напретка медицине (и друштва уопште) у односу на право, материјално и процесно.

Кључне речи: Римско право, ванпарнични поступак, старатељство, *cura nascituri (ventris)*, *Edictum perpetuum*.

*Проф. др Мила Јовановић*¹

СТАРАТЕЉСТВО У АНТИЧКОМ РИМУ УЗ ПОСЕБАН ОСВРТ НА *CURA NASCITURI (VENTRIS)* – ПРИЛОГ ИСТОРИЈИ ВАНПАРНИЧНЕ СТВАРИ*

Римски грађански судски поступак, развијајући се кроз више од десет векова правне историје (што је углавном познато), прошао је кроз бројне промене у погледу организационих и функционалних правила, а такође и у погледу дефинисања грађанскоправне ствари као предмета поступка.² Није једноставно, са данашњег аспекта гледано, прецизно и на генералан начин дефинисати грађанскоправну ствар у античком Риму, имајући при том у виду различите фазе развоја грађанског поступка (легисакциони, формуларни, екстраординарни), као и одређене специфичности онога доба, рецимо у погледу статусних парница, у којима суде децемвири о статусу појединих лица (нпр. да ли је у питању *libertinus* или *ingenuus*).³ Дакле, није једноставно дефинисати парничну ствар из онога доба, а још теже је дефинисати ванпарничну ствар. Додуше, ни данас није сасвим једноставно дефинисати ванпарничну ствар, односно ванпарнични поступак. Говорећи о појму и природи ванпарничног

¹ Ванредни професор Правног факултета у Нишу.

* Рад настао на основу саопштења на Научно-стручном скупу "Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије", одржаном на Правном факултету у Нишу, маја, 2003.

² Више о римском судском поступку видети у Вилемс, П.-Римско јавно право, превод Ж.Милосављевић, Београд, 1898. О основним карактеристикама поступка в. уџбеничку литературу из Римског права (Благојевић, Ајзнер-Хорват, Стојчевић, Пухан, Станојевић, Даниловић итд.).

³ *Gaius: Institutiones*, IV, 14 (превод Станојевић, О. - Гај: Институције, Београд, 1982, с. 251).

поступка (1974. год, дакле пре актуелног закона), Н. Воргић у том смислу констатује: "Оно што највише данас за њега може да се као неспорно каже, јесте да је то поступак који није парничан. Само, дакле, једна негативна и граматички изведена одредница".⁴ А током припрема Закона о ванпарничном поступку Војводине и уз коментар Закона о ванпарничном поступку Србије из 1982, В. Адам каже: "С обзиром на тешкоће у теоретском разграничењу практично је најбоље да законодавац у позитивном пропису, Закону о ванпарничном поступку, реши питање које материје треба да буду обухваћене".⁵ Наравно, законско регулисање материје, неопходно за судску праксу, ипак подразумева и претходно теоријско разграничавање.⁶ А што се античког Рима тиче, на жалост, није било посебних закона о ванпарничном поступку, а законско регулисање парничног поступка није чињено на данашњи начин (што је разумљиво). Изгледа да би за оно доба била најпримеренија негативна дефиниција. Ипак, можда би се, мада не у потпуности, и за доба Рима могла као генерална узети дефиниција коју истиче Г. Станковић: "Ванпарнични поступак чине правна правила по којима се поступа у различитим ванпарничним стварима. То је поступак који чине правила о поступању у различитим ситуацијама из области грађанског права у којима је за заснивање, промену или престанак субјективних права, за очување једне правне ситуације или за стављање у дејство грађанских субјективних права потребно, поред изјаве воље титулара права и садејство суда. Сам ванпарнични поступак није јединствен, једнообразан и хомоген метод правне заштите".⁷ Али између римског и модерног ванпарничног поступка, као и парничног (поготово пре екстраординарног), постоје велике разлике.

Најпре, грађански поступак је у античком Риму третиран као област приватног права, док данас превладава схватање да је то област јавног права.⁸ Гај, сходно трипартитној подели приватног права (*personae, res, actiones*), о грађанском судском поступку говори у четвртој књизи Институција.⁹ При том,

⁴ Воргић, Н. - Напомене о појму и природи ванпарничног поступка, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 10, Нови Сад, 1974, с. 22.

⁵ Васс, А. - Закон о ванпарничном поступку СР Србије (*de lege lata*) – Закон о ванпарничном поступку САП Војводина (*de lege ferenda*), Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 3, Нови Сад, 1983, с. 33.

⁶ У актуелном Закону о ванпарничном поступку Србије, иако се не даје потпуна дефиниција, ипак се претходно врше одређена разграничења, кроз опште одредбе, а затим регулишу поједини поступци.

⁷ Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Ниш, 1998, с. 24.

⁸ Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Ниш, 1998, с. 38.

⁹ *Gaius: Institutiones*, IV, превод Станојевић, с. 247.

ваља имати у виду чињеницу да се не подударају данашња и ондашња подела на јавно и приватно право.¹⁰ А неки институти су временом променили карактер, макар у организационом смислу. Рецимо стари тестамент је сачињаван пред скупштинама, уз активно њихово учешће (*testamentum comitis calatis*), док је касније било могућно сачинити га уз потписе одређеног броја сведока.¹¹ Уз то, у погледу статусних спорова за данашње поимање је скоро несхватљиво да се третирају у оквиру *iudicia privata*.¹² Такође, ваља подсетити, у римском праву се не разграничавају материјалноправне и процесноправне норме на данашњи начин, и то и у доба развијеног права. Кроз кодификовано преторско право, рецимо (*Edictum perpetuum* из 130. год. н. е.) у оквиру процесних правила третирају се, заправо изграђују и индиректно регулишу и неки материјалноправни институти. Познато је, уосталом, да римско право не познаје генералну тужбу, односно, како Станојевић истиче, "Римљани не сматрају да ће увек када нечије право буде повређено, овај имати право да тражи судску заштиту".¹³ У истом смислу Ајзнер и Хорват кажу: "Кому правни поредак даје акцију, тај ће имати и право, а тко нема акције, томе никакво право не користи. Зато се каже, да римско право није систем материјалног права, него је систем акција, тј систем тужби у римском значењу те речи".¹⁴ Овакав карактер права рефлектује се и на римску ванпарничну процедуру, као и на ванпарничну ствар уопште. Затим, органи парничног и ванпарничног правосуђа (*iudicio contentiosa* и *iudicio voluntaria*) су се мењали током римске историје. Рецимо конзули су најпре, са оснивањем Републике, били парнични органи, а касније их у томе замењују претори, док

¹⁰ О томе в. Даниловић, Ј. - Историјски осврт на деобу права на јавно и приватно, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5, Београд, 1982, с. 623-657. У истом броју *Анала* в. такође радове С. Врачара, В. Водинелић и Ж. Ђорђевића.

¹¹ Више о томе Д. Стојчевевић, в. - *Testamentum comitiis calatis*, Београд, а неке основне податке садржи и уџбеничка литература, највише Стојчевић, Д. - Римско приватно право, Београд, 1968.

¹² Спор се водио између браниоца слободе (*adsertor libertatis*) и онога ко је према одређеном лицу претендовао на права власништва (као према робу) или патронатска права (према ослобођенику). Занимљиво је да се, кроз чувену легенду о Виргинији, пад других децемвира приписује покушају да једна млада плебејка кроз овакав спор буде поробљена. Више о томе в. Јовановић, М. - Положај жене у најстаријем римском праву, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 1984. У уџбеничкој литератури о статусним парницама кратак осврт даје Пухан, И. - Римско право, Београд, 1969, с. 148.

¹³ Станојевић, О. - Римско право, Београд, 2000, с. 156.

¹⁴ Ајзнер – Хорват: Римско право, Загреб, 1948, с. 545.

њима остаје ванпарнично правосуђе.¹⁵ Наравно, у старом поступку претор је активан током фазе *in iure*, док фаза *apud iudicem* припада изабраном судији (јудексу за *stricti iuris*, а арбитру за *bonae fidei* спорове, док су својински спорови, као и они у вези са тестаментом и туторством у почетку били у надлежности центумвира). Касније ће *praefectus praetorio* и управник провинције такође бити правосудни органи, за парничне ствари, као и за неке ванпарничне.¹⁶

Претор, међутим, још од најстаријих времена ипак задржава у свом делокругу и неке ванпарничне радње (уз парничне), рецимо постављање старатеља (и неких татора), као и учешће у поступку *in iure cessio*, као начину стицања својине кроз привидну парницу. У вези са различитим схватањима о правној природи привидне парнице, Пухан каже: "По свом циљу била је акт деривативног стицања својине (Гај, Ин. 2, 2), а по форми била је привидна парница (*lis imaginaria*) или, што је сасвим исто, ванпарнични поступак за стицање својине."¹⁷ Поступак се, како је речно, одвијао пред претором. Дакле, један исти правосудни орган јавља се и у улози парничног и улози ванпарничног суда, што је у овом случају лако уочљиво, али не и у неким другим (поред осталог и због непотпуности података). Даље, за разлику од модерног доба, неке ванпарничне радње (ванпарничне данас), обављане су у кругу породице, без учешћа државних органа, као постављање татора рецимо (осим код *tutela dativa*). А када је реч о родитељском праву, које је могло трајати све до смрти оца, држава скоро да се уопште није мешала, сем ретких изузетака, као код сагласности на брак рецимо, по Августовим законима, где је претор могао интервенисати.¹⁸ Уз то, захваљујући данашњем високом степену развоја управе, некадашње ванпарничне судске радње данас обављају вансудски органи, управни. Коначно, генерално се може констатовати да постоје велике разлике између ондашњег и данашњег грађанског правосуђа, како парничног тако и ванпарничног, те је заиста тешко дати неку општу и прецизну дефиницију ванпарничне ствари у римском праву. Ово тим више

¹⁵ Више о томе В. Вилемс, П. - Римско јавно право, превод Ж. Милосављевић, Београд, 1898; такође в. Пухан И. - Римско право, Београд, 1969, с. 40.

¹⁶ Више о о томе в. Вилемс: Римско јавно право

¹⁷ Пухан, И. - Римско право, Београд, 1969, с. 212, н. 5.

¹⁸ По Августовом брачном законодавству постојала је обавеза на брак. Не дајући сагласност, отац је деци спречавао покоравање тој обавези, што је иначе доносило одређене користи. Зато претор интервенише, практично присиљавајући оца на сагласност. Детаљније о томе в. Јовановић, М. - Да ли Марцијан сведочи о злоупотреби права, Зборник радова правног факултета у Нишу, 1994-1995.

што су подаци о току различитих ванпарничних поступака доста оскудни и фрагментарно расути кроз бројне прописе, а изворни текстови српској (изгледа и екс-југословенској) романистици тешко доступни, што вероватно јесте један од разлога запостављања ових питања, од којих су нека само узгредно дотакнута при анализи одређених института.¹⁹ Општији закључци могли би се извести детаљнијом анализом сваке од познатих ситуација, уз компарацију са сличним ситуацијама у модерном праву. Такав приступ, међутим, захтевао би опсежно истраживање и свакако далеко већи обим рада но што је то прикладно за ову прилику. Предмет овога рада представља, уз претходне уводне напомене, анализа неких аспеката старатељства уопште, уз посебан осврт на старатељство над нерођеним дететом, *cura nascituri* или *cura ventris*, које карактеришу неке специфичности, разликујући га умногоме од данашњег старатељства, конкретно у погледу прописаног поступања. У ствари, и генерално гледано, постоји доста разлика између римског и модерног права у погледу поступка (тј. поступака) успостављања заштите у случајевима недостатака пословне способности, иако не превише у погледу самог појма пословне способности.²⁰

Познато је да у погледу пословне способности постоје далеко мање разлике између римског и савремених права но у погледу правне способности, мада постоје значајне разлике у погледу круга погођених личности и у погледу установа које надопуњавају недостатке пословне способности. Иако Римљани нису дали посебну дефиницију, суштински се генерално пословна способност може дефинисати на данашњи начин. Али бројнија су ограничења но данас, односно основна разлика постоји у погледу круга лица којима је пословна способност ограничена. Вековима су жене у Риму, за разлику од већине савремених права, биле ограничене у погледу неких правних

¹⁹ Нека питања у вези са привидном парницом дотиче Чучковић, В. - *In iure cessio hereditati*, Зборник радова Правног факултета у Загребу, бр. 1, 1969, с. 37-47; Чучковић, В. - нека питања везана за примену "*in iure cessio tutelae*", Зборник радова Правног факултета у Сарајеву, 21, 1973, с. 65-75.

²⁰ О неким аспектима ових питања, посебно у односу на старатељство у првим вековима Рима, в. Бајић, М. - Пословна неспособност и почеци старатељства у римском праву, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1, 1953, с. 21-40; Бајић, М. - Скрбништво над расипницима у старом римском праву, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 7, 1959, с. 237-254. Нека питања дотакнута су у Јовановић, М.: - Туторство над женама у античком Риму, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 25, Ниш, 1985, с. 213-227. Старатељство је укратко дотакнуто и у магистарском раду Г. Брковић.

активности, мада се временом ситуација мењала и у доба Јустинијана су биле скоро изједначене са мушкарцима. Вековима је такође у Риму читава категорија лица у породици, *alieni iuris* (с обзиром на специфичности римског статуса *familiae*) била практично искључена из правног промета. Иако су генерално могла имати пословну способност, лица *alieni iuris* нису могла самостално закључивати одређене правне послове; јер то је могао само њихов *pater familias*. Но пошто се такво стање сматрало сасвим природним, питање пословне способности се код ових лица и није постављало (сем изузетака), већ само код лица *sui iuris*, дакле оних која немају *pater familias*-а. Разлика у односу на савремено право постоји и у чињеници да недостатке пословне способности у Риму надомештају две установе, туторство и старатељство (*tutela* и *cura*), док у савременом праву постоји једна установа. Ове две установе, иако по правној природи припадају статусном праву, римски правници третирају у оквиру породичног права.²¹ Разлог томе је (с обзиром на карактер старе римске породичне организације) највероватније у чињеници да у првим вековима Рима туторство и старатељство, за релативно мали број лица *sui iuris*, обављају чланови породичне групе, *agnati*, како одређује Закон XII таблица.²² Временом се ситуација изменила, посебно у погледу старатељства, за чије заснивање је неопходна одлука државног органа, по правилу судског, али се и даље третира у правничкој литератури на крају породичног права. Између старатељства и туторства у Риму постоје одређене разлике, мада има и додирних тачака, ван оне основне (да допуњавају недостатке пословне способности), али се ове две установе не могу сасвим стриктно, и по свим карактеристикама, потпуно раздвојити. Туторство постоји над читавим категоријама лица, због њихове недораслости или због пола, над малолетницима и женама. Старатељство постоји над појединим лицима изван ове две категорије, лицима са одређеним личним недостацима, сем унеколико млађих пунолетника, који су у једном периоду као читава категорија били под старатељством. Имајући у виду ову категорију лица, Пухан констатује: "Јасно раздвајање установе туторства и старатељства није било потпуно доследно ни у римском праву".²³ Неке разлике су ипак уочљиве, у погледу узрока настанка, карактера установа и поступка успостављања.

²¹ Гај: Институције, I, 142-194. Излагање о туторству и (несачувано) о старатељству на крају I књиге, која се односи на лица (*ius quod ad personas perinet*).

²² Закон XII таблица, V, 3-7ц, превод Пухан, у Станојевић – Даниловић: Текстови из римског права, Београд, 2003, с. 29-40.

²³ Пухан, И. - Римско право, Београд, 1969, с. 180.

Осврћући се на различите узроке недостатака пословне способности, као основе двеју установа, Милосављевић истиче: "Једни су генералне, други више специјалне природе; једни дејствују непрекидно, трајно, у извесним случајевима и вечито, док је карактер других више привремен. Према природи и карактеру узрока који изазивају потребу заштите, као и према природи и обиму саме заштите, и та заштита је добила различита имена: у првом случају туторство, у другом старатељство".²⁴ У каснијем излагању, међутим, при дефинисању разлика између двеју установа, аутор чини оgradu у односу на *cura minorum*, које, како каже, има унеколико генерални карактер.²⁵ "Постојање два имена за оно што је данас један појам – каже Станојевић – може се објаснити тиме што је туторство у Риму било више у интересу наследника него самог штићеника, а старатељство у интересу самог штићеника. Али ова је разлика временом ублажена, тако да су се две институције приближиле".²⁶ Постоје и друге разлике (уз ону у погледу поступка успостављања), мада и разлике међу ауторима у погледу разликовања ових двеју установа. Рецимо старији аутори су један текст из Јустинијанових Институција тумачили у смислу да је посебна дужност татора била брига о личности пупиле (штићеника), а да се старатељ стара о штићениковој имовини. Тај текст гласи: "Али се тутор не може именовати за одређену ствар или за одређени посао јер се тутор одређује за особе, а не ни за поједине послове, ни за ствар".²⁷ Поменути став је углавном напуштен, јер, како Милосављевић истиче, "знамо да се тутор брине о имовини, као што нам, с друге стране, формални текстови показују да има случајева у којима се и старатељ брине не само о имовини већ и о личности (*alimenta, instructio*) своје пупиле".²⁸ По неким подацима судећи, код *cura nascituri* предвиђа се и брига о личности посмрчета након рођења, о његовом подизању (о чему ће касније бити речи). Заправо, наведени текст, скоро је очигледно, наглашава да се туторство заснива над одређеним категоријама личности као трајна, или бар у дужем року постојећа установа, док се старатељство може одредити за одређени посао, за једну ситуацију или за старање о имовини у одређеном временском периоду. То је једна од најизразитијих разлика, мада се, због *cura minorum* (као и

²⁴ Милосављевић, Ж. - Римско приватно право, Београд, 1899, с. 261.

²⁵ Милосављевић, Ж. - Римско приватно право, Београд, 1899, с. 281, н. 1.

²⁶ Станојевић, О.- Римско право, Београд, 2000, с. 133 и 2003, с. 168.

²⁷ *Institutiones Iustiniani*, I, 14, 4 – превод Бакогић, Ј. - Јустинијанове Институције, Београд, 1912.

²⁸ Милосављевић, Ж. - Римско приватно право, Београд, 1899, с. 287, н. 2 (Аутор се ослања на D. 27, 10, 7; D.27, 26, 5).

због случајева неких психичких недостатака), ни она, као ни неке друге, не може извести до краја.²⁹ Због *cura minorum* из времена укинутог *tutela mulierum* такође се не може као општа прихватити разлика у кругу обухваћених лица. Наиме, ван специјалних видова старатељства, како неки аутори констатују, "под старатељство долазе мушкарци *puberes* који су пролазно, али кроз дуже време, пословно неспособни".³⁰ Али временом то нису били само мушкарци *puberes*, јер је уведено *cura minorum* и за пунолетне жене *sui iuris*, после 410. год, када је изричито укинуто *tutela mulierum*.³¹ Несумњива је, међутим, и лако уочљива разлика у погледу начина постављања татора и старатеља. Татор је по правилу бивао постављан тестаментом (што је био најчешћи случај) или по закону (*tutela legitima*), а изузетно, од краја Републике, од стране државног органа (*tutela dativa*). Старатељ бива одређен законом или одлуком надлежног магистрата, који је по правилу и правосудни орган. Временом је то све чешћи случај, јер се јављају и нови видови старатељства (ван оних које је предвидео још Закон XII таблица). Одређивање старатеља тестаментом нема значаја уколико га надлежни магистрат не прихвати.³² При том, ваља подсетити, не постоји у античком Риму, као данас, посебни орган старатељства.

Старатељство би се могло (као и ванпарнични поступак уопште, римски и модерни) на негативан начин дефинисати: као установа недопуњавања недостатака пословне способности изван категорија малолетника и жена, над којима постоји таторство. Али је примереније позитивно дефинисање, мада је тешко њиме обухватити све различите случајеве постављања старатеља. Пухан даје следећу дефиницију: "Старатељство је била установа којом је био недопуњаван недостатак пословне способности код лица која би по природи ствари требало да су пословно способна, али то нису била због личних недостатака".³³ Претходно, говорећи генерално о пословној способности, односно о њеним недостацима, каже да таторство постоји над лицима која "по природи ствари нису ни могла бити пословно способна (малолетници и жене)".³⁴ Наравно, било је то "по природи ствари" по схватању Римљана, како и сам аутор на другом месту наглашава, јер пунолетне жене су могле бити по-

²⁹ Више о томе в. Милосављевић, Ж.- Римско приватно право, Београд, 1899, с. 288-289.

³⁰ Стојчевић, Д.- Римско приватно право, Београд, 1968, с. 134.

³¹ *Institutiones Iustiniani*, I, 23 pr.

³² *Institutiones Iustiniani*, I, 23, 1.

³³ Пухан, И. - Римско право, с. 180.

³⁴ Пухан, И. - Римско право, с. 149.

словно способне, што су и сами Римљани временом прихватили, све мање ограничавајући жену, да би 410. год. и изричито укинули *tutela mulierum*.³⁵ Дакле, оваквом дефиницијом се не може покрити установа туторства за читаву римску историју, као што се и претходном не може потпуно покрити установа старатељства; јер, примера ради, *nasciturus* никако није могло бити лице које би "по природи ствари" требало да има пословну способност. Уосталом, како је већ истакнуто, и сам Пухан наглашава да се разлика у дефинисању туторства и старатељства не може извести до краја.³⁶ Односно, тешко је дати обухватну и прецизну дефиницију старатељства. Прихватљива је унеколико, бар генерално, дефиниција Милосављевића: "Старатељство је јавна дужност помоћи и заштите оних лица *sui iuris* која су из личних узрока или изузетног положаја фактички неспособна да се брину о својим интересима".³⁷ При том је ипак, као и код данашњег законског регулисања ванпарничног поступка, неопходно набројати случајеве старатељства, или бар при дефинисању нагласити да је реч о лицима ван малолетника и пунолетних жена (до времена укидања туторства над њима). Односно, ипак би требало укључити у дефиницију и негативно одређење: ван оних лица која су под туторством. Иначе, римско право познаје следеће видове старатељства, од којих неки представљају врло специфичне случајеве: *cura furiosi*, над душевно болесним лицима, у више варијанти, зависно од типа болести; *cura prodigi*, над расипницима, уз неке промене током времена у погледу круга лица; *cura minorum*, над лицима млађим од двадесет пет година, као новија установа у односу на претходне две (уобличена крајем Републике и у Принципату); *cura impuberium*, за малолетнике којима из одређених разлога *pater familias* или тутор не могу пружити заштиту; *cura bonorum*, као установа заштите имовине, тј. имовинских интереса појединих лица у одређеним ситуацијама, где спада: *cura bonorum absentis*, за одсутно лице; *cura hereditatis iacentis*, за лежећу заоставштину; *cura ex Carboniano edicto*, код оспореног наслеђа малолетника; *cura bonorum cridae*, код стечаја. Већина аутора овде убраја и *cura bonorum ventris nomine* (или једноставно *cura ventris*), старатељство над нерођеним дететом, које се назива и *cura nascituri*.³⁸ Неки аутори га, међутим, издвајају као посебну врсту, јер осим заштите имовине укључује и бригу о трудници и самом зачетку до рођења, делимично и након рођења.

³⁵ О *tutela mulierum* в. поменути рад М. Јовановић: Туторство над женама у античком Риму.

³⁶ Пухан, И. - Римско право, с. 180.

³⁷ Милосављевић: Римско приватно право, с. 289.

³⁸ Опширније о врстама старатељства в. Милосављевић: Римско приватно право, с.286-301, а о туторству Милосављевић: Римско приватно право с.260-286.

Старатељи су, како је већ речено, бивала лица унапред одређена законом, или су одређивана од стране надлежног магистрата. У Јустинијановим Институцијама се каже: "Старатеље именују они исти магистрати који именују и тудоре. Старатељ се не именује у тестаменту, али ако је већ именован, потврдиће се одлуком претора или председника (провинције)".³⁹ Иначе, када је реч о органима који именују тудоре, по *lex Atilia* (негде с почетка 3. века старе ере) и по *lex Iulia et Titia* (из доба Августа), тудора у Риму именује претор, а у провинцији управник провинције. По аналогији, они одређују и старатеље. Даље се у Институцијама каже: "Људи (*furiosi*) и расипници (*prodigi*), па макар и да им је више од двадесетпет година, потпадају под старатељство својих агната, и то на темељу Закона XII таблица. Старатеље именује у Риму поглавар града (*praefectus urbis*) или претор, а у провинцијама председници (управници), након обављених званичних извиђања".⁴⁰ У доба Јустинијана уместо агната когнати су били старатељи. Податак да се старатељ поставља након извиђања (*ex inquisitione*) указује на врло одговорно приступање избору одговарајућег лица, чији углед гарантује да ће дужност обављати савесно. Уколико је било више старатеља (као и тудора), ако се међусобно не договоре, претор је одређивао оног ко ће управљати имовином штићеника.⁴¹ Иначе, између римског поступка одређивања старатеља и савремених ванпарничних поступака везаних за недостатке пословне способности, уз неке додирне тачке, постоје велике разлике; и то не само у смислу непостојања посебног органа старатељства у Риму и непостојања института продужетка родитељског права, које у Риму траје по правилу све до смрти родитеља или до његове *capitis deminutio* (осим случајева еманципације). Начини обезбеђења имовине штићеника, у различитим ситуацијама, били су другачији од данашњих. Рецимо, и онда се као и данас предвиђала посебна заштита непокретности лица неспособног се стара о себи, али на другачије начине; јер није било земљишних књига и обавезе ванпарничног органа "да извести орган који води земљишну или другу јавну књигу о евиденцији непокретности ради забележбе поступка".⁴² Потпуна компарација ондашњег и данашњег ванпарничног поступка у том смислу, међутим, као и у погледу неких других аспеката, захтевала би више простора но што се овде може посветити. Биће дотакнута само нека питања везана за старатељску дужност.

³⁹ *Institutiones Iustiniani*, I, 23, 1, превод Бакотић

⁴⁰ *Institutiones Iustiniani*, I, 23, 3, превод Бакотић.

⁴¹ *Institutiones Iustiniani*, I, 24, 1, превод Бакотић

⁴² Закон о ванпарничном поступку Србије, 2. део (посебни поступци), члан 34, став 1.

Ради заштите имовинских интереса штићеника, заправо ради осигурања у односу на старатеља, биле су предвиђене посебне гаранције. У том смислу у Институцијама стоји: "Претор треба да се побрине да тутори и старатељи положе јемство у сврху да се не распе или умањи имовина штићеника и штићеница и оних који су под старатељством. То пак не треба да буде увек, јер тутори који су тестаментом именовани не принуђују се на јемство пошто им је сам оставилац потврдио марљивост и поверење. Такође се не терете јемчењем они тутори и старатељи који су именовани након ислеђивања, јер су они пробрани баш због њихове способности".⁴³ Даље се у Јустинијановим Институцијама додаје: "Ваља знати да су тутори и старатељи одговорни за управу добара према штићеницима, одраслима и осталим".⁴⁴ А према неким царским конституцијама било је одређено да "ако тутори или старатељи не би дали јемчевину, да их на то треба присилити узимањем залога (*pignoris captis coerceantur*)".⁴⁵ О заштити штићеника и Гај у Институцијама (објављеним негде око 160. год. н. е.) каже: "Да не би имовину штићеника под туторством и оних који су под старатељством тутори или старатељи потрошили или умањили стара се претор тако да му у то име тутори и старатељи дају обезбеђење (*'satisden', satisdatio*). Али то није увек случај, јер тутор одређен тестаментом није обавезан на обезбеђење, будући да је његово поштење и савесност проценио сам тестатор, а и старатељи којима старатељство није одређено законом, него одлуком конзула, претора или управника провинције, у већини случајева нису обавезни на давање обезбеђења, јер се подразумева да су изабрани као довољно честите особе".⁴⁶ Дужност старатеља, као и турсора, подразумевала је, уз савесност и способност, и врло озбиљно ангажовање, и била је, судећи по подацима о разлозима ослобађања, доста оптерећујућа. Код навођења појединих разлога, то јест извињавајућих околности за ослобађање од ове дужности (*excusatio*) наглашава се њен значај, рецимо на овај начин: "Ако, наиме, неко има у Риму троје живе деце, у Италији четворо или у провинцијама петоро, може да се не прихвати туторства или старатељства, и то по примеру осталих јавних дужности, јер се туторство и старатељство сматрају јавним дужностима".⁴⁷ Ти разлози су релативно бројни. Уз одређени број деце то су: управа државним добрима, одсуство због обављања државних послова, обављање почасних функција, већ постојеће туторство

⁴³ *Institutiones Iustiniani*, I, 24, 1, превод Бакотић.

⁴⁴ *Institutiones Iustiniani*, I, 24, 2, превод Бакотић.

⁴⁵ *Institutiones Iustiniani*, I, 24, 3, превод Бакотић.

⁴⁶ *Gaius: Institutiones*, I, 199, превод Станојевић.

⁴⁷ *Institutiones Iustiniani*, I, 25, пр, превод Бакотић.

или старатељство, велико сиромаштво, од времена Антонина Побожног и неписменост итд.⁴⁸ Те разлоге процењује и одлуку о ослобађању доноси исти орган који поставља старатеље (претор и управник провинције најчешће).

Старатељство престаје *ipsa re* ако је одређено за један посао, када је тај посао завршен. Престаје након повратка одсутног лица, затим по оздрављењу болесног, што значи онда када престану разлози за старање. *Cura minores* престаје када штићеници напуне 25 година. Старатељство такође престаје смрћу штићеника или старатеља, као и њиховом *capitis deminutio*, а такође и ако старатељ буде ослобођен дужности од стране магистрата, односно ако се уваже извињавајући разлози настали након заснивања старатељства. Могло је престати и по посебној одлуци надлежног органа, уколико се старатељ огрешио о своју дужност. У Јустинијановим Институцијама се у том смислу каже: "Право искључивања сумњивих татора (и старатеља) припада у Риму претору, а у провинцијама њиховим председницима (управитељима) и проконзулском намеснику".⁴⁹ При том се наглашава да ће старатељ (и татор) који је преварно поступао бити, уз престанак функције, још и озлоглашен. У Јустинијановим Институцијама се наглашава да сваки старатељ и татор може бити тужен ако је сумњив, дакле нема изузетих; а наглашава се да је сумњив онај који непоштено обавља функцију, иако је солвентан. Ипак, уколико је старатељ или татор био патрон (над ослобођеником), иако се допушта да буде тужен и искључен из дужности, наглашава се "да у таквом случају треба да се патронов углед штеди".⁵⁰ Поступак је могао покренути свако, јер тужба је била, како се каже, "скоро јавна", а по рескрипту Севера и Антонина могле су је подићи и жене, сроднице штићеника, као и жена која није била сродница ако код ње "претор може да уочи право милосрђе и тугу, коју није побудила женска плахост, него срце које не може да поднесе неправду над штићеницима".⁵¹ Дакле, и у овом случају је претор орган који процењује да ли има места тужби.

Међу старатељствима са одређеним специфичностима посебно се издваја *cura nascituri*, старатељство над neroђеним дететом, *nasciturus*-ом, а за које се очекује да ће се живо родити у одређеном року. У римским правним текстовима углавном се среће израз *cura ventris*, у смислу старања над зачетком, дететом које је још увек у мајчиној утроби (од речи *venter*, чије основно значење је стомак, утроба, али значи и зачетак у мајчиној утроби). У ствари,

⁴⁸ *Institutiones Iustiniani*, I, 25, 1-20.

⁴⁹ *Institutiones Iustiniani*, I, 26, 1.

⁵⁰ *Institutiones Iustiniani*, I, 26, 2.

⁵¹ *Institutiones Iustiniani*, I, 26, 3.

често се помиње као *cura bonorum ventris nomine*, те се код неких романиста, како је већ речено, ово старатељство третира у оквиру излагања о широј групи посебних старатељстава, под једним насловом: *cura bonorum* (где још спадају: *cura bonorum absentis*, *cura hereditatis iacentis*, *cura ex Carboniano edicto* и *cura bonorum cridae*).⁵² Рекло би се, међутим, да је адекватније издвојити ову врсту старатељстава, јер осим бриге о имовини коју ће нерођено дете наследити (*cura bonorum*), овде је реч и о бризи над самим зачетком (*cura nascituri*, *cura ventris*), уз посебно прописано поступање, врло специфично у односу на данашњи третман адекватних ситуација. Иначе о насцитурусу се, као и данас, и у Риму водила брига, још од најстаријих времена, са материјалноправног и процесноправног аспекта. Са аспекта ванпарничног поступка у Риму је било више одредби о насцитурусу но у српском актуелном (као и претходном) Закону о ванпарничном поступку. То је разумљиво, како због вишестраног савременог законског регулисања статуса нерођеног детета уопште, тако и због одређених специфичности времена Рима, у погледу права, морала, живота однашњег и, у крајњој линији, степена развоја медицине. Српски Закон о ванпарничном поступку, у оквиру одредаба о расправљању заоставштине, у претходне радње убраја и ову: "У смртвоници ће се посебно нагласити да ли се очекује рођење детета умрлог, и да ли његова деца и брачни друг имају стараоца".⁵³ А у оквиру одредби о поступању оставинског суда након пријема смртвонице, Закон каже: "Ако се очекује рођење детета које би било позвано на наслеђе, оставински суд ће о томе обавестити орган старатељства. Ако орган старатељства другачије не одреди, о правима још нерођеног детета стараће се један од његових родитеља".⁵⁴ Што се античког Рима тиче, одредбе о насцитурусу расуте су кроз више прописа током вишевековне правне историје, уз преплитање материјалноправних и процесних правила. С обзиром на чињеницу да је реч о институту припадајућем већем броју правних грана (статусно, породично, наследно), са једне стране, као и на чињеницу преплитања материјалноправних и процесних правила у изворима, није једноставно осветлити само ванпарнични аспект старатељства над

⁵² О томе в. Милосављевић, Ж. - Римско приватно право, с. 299-300.

⁵³ Закон о ванпарничном поступку Србије, члан 95, став 3. ("Сл. гласник СРС", бр. 25/82, 48/88 и "Сл. гласник РС", бр. 46/95)

⁵⁴ Закон о ванпарничном поступку Србије, члан 112, став 1-2. У закону се вероватно подразумева посмрче у односу и на другог сродника, а не само на оца, јер би иначе текст деловао недовољно јасно. Наиме, каже се да ће се о зачетом а нерођеном детету старати "један од родитеља", а уколико је у питању посмрче оставиоца, остаје само мајка, као трудница и будућа породиља да буде старалац.

нерођеним дететом. У српској и екс-југословенској романистици, иначе, ова врста старатељства је скоро потпуно запостављена, посебно са процесно-правног аспекта.⁵⁵

Ваља истаћи, пре свега ради наглашавања значаја овог питања, да се још у Закону XII таблица, дакле средином 5. века старе ере, третира *nasciturus*, мада из сачуваног реконструисаног текста није сасвим јасно који конкретни циљ је имала одредба о овом питању. Реконструисана је на основу дела Аула Гелија, историчара из 2. века н. е., чије компилаторско дело *Noctes Atticae* садржи одломке из несачуваних дела, износећи неке интересантне и драгоцене податке о праву и животу из старих времена Рима. Преводи сачуваног текста се разликују, што изазива и разлике у смислу идеје из доба Закона XII таблица. Чини се да је најадекватнији превод који презентира Маленица: "Ако се дозна да је жена родила у једанаестом месецу после мужевљеве смрти, завршен је посао, будући да је зачела након мужевљеве смрти, јер су децемвири записали да се човек рађа (најкасније) у десетом месецу, а не у једанаестом".⁵⁶ Израз "завршен је посао" аутор тумачи у смислу да је ситуација јасна и да нема потребе о њој расправљати. У оквиру Јустинијанових *Digesta* такође се истиче да посмрче треба да буде рођено најкасније десет месеци после смрти презумптивног оца.⁵⁷ Не треба да чуди третирање овог питања још по Закону XII таблица и не треба сумњати у аутентичност податка, иако је сасвим извесно да је одредба гласила нешто другачије но што се из Гелијевог текста сазнаје. Наиме, за разлику од тзв. *Leges regiae*, из доба настајања римске државе, у којима несумњиво има доста неаутентичних одредби, посебно у погледу статуса жене, скоро све одредбе Закона XII таблица могу се сматрати аутентичним, иако неке реконструкције изазивају одређене дилеме.⁵⁸ Детаљнија анализа наведеног текста непотребна је за ову прилику.⁵⁹

⁵⁵ У уџбеничкој литератури се *nasciturus* углавном само најкраће дотиче у оквиру наследног права а *cura nascituri (ventris)* се у неким уџбеницима уопште не помиње. При помињању се овој установи углавном посвећује по једна реченица, изузимајући Милосављевића (Римско приватно право, с. 299) који у оквиру *cura bonorum* овом питању посвећује осам редова.

⁵⁶ Закон XII, IV, 4, превод Маленица, А. - Извори римског права, Београд, 1993, с. 69.

⁵⁷ D. 35, 2, 9, 1.

⁵⁸ О неаутентичности неких одредби из *Leges regiae* в. Јовановић, М. - Коментар старог *ius civile*, књига I, *Leges regiae*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2002.

⁵⁹ У припреми је II књига Коментара М. Јовановић, посвећена Закону XII таблица, у којој се детаљно анализира и ово питање.

Ваља само истаћи да је потреба за прописивањем рока у којем се рађа насци- турус, иако је по природи ствари био познат, уследила као последица број- них промена у породичној организацији и имовинским односима из доба Закона XII таблица. Наиме, кроз Закон се фаворизује распад широких поро- дичних заједница (*consortium*-а) и еманципација *familiae*, пре свега у погледу својинских односа, што, поред осталог, потврђује озакоњење права сачиња- вања тестамена. С обзиром на чињеницу да постоји и брак без мануса, који се лако раскидао и следећи, такође без мануса, лако закључивао, кроз наве- дену одредбу је требало искључити *turbatio sanguinis*, јер тестатору је било важно да га наследи рођено дете, а такође је било битно и да насцитурус не буде лишен средстава за живот.⁶⁰ Кратко речено: Закон истиче ко није насци- турус у односу на одређеног оставиоца. У оном времену, иначе, реч је могла бити само о случајној ситуацији и евентуалној заблуди у погледу оца зачет- ка, а никако о могућности подметања деце, што је појава карактеристична за много каснија времена, за класично доба Рима.⁶¹ Кроз поменуту одредбу се свакако изражавала и брига за посмрче, која је представљала дужност чла- нова породице, агната, или оних који су тестаментом именовани као заштит- ници неспособних лица (иако то у Закону не стоји изричито). Али није било потребе да се детаљније регулише поступак успостављања и обављања ста- рања, јер су та питања била регулисана породичним обичајима, у које држава, у оно доба, скоро да и није залазила.

⁶⁰ О неким тенденцијама Закона XII таблица у области породичних и имовинских односа, које се рефлектују и на статус жене, в. радове: Јовановић, М. - Енигма у погледу избегавања мануса по Закону XII таблица, рад саопштен на 52. конгресу исто- ричара античких права (S.I.H.D.A), у Мадриду, 1998; Јовановић, М. - *Tutela mulierum* по закону XII таблица, рад саопштен на Конгресу романиста Централне и Источне Европе и Азије, у Новом Саду, 2002. Нека питања дотакнута и у Јовановић, М.- Рим- ско право и српска породица (из XIX века), рад саопштен на Конгресу романиста Источне и Централне Европе и Италије у Риму, 1998.

⁶¹ О старом високом моралу, добрим обичајима и дубоким веровањима сведоче број- не легенде, о којима су подаци доступни из митолошких речника и енциклопедија, а неке легенде коментарисане су у поменутом магистарском раду М.Јовановић: Поло- жај жене у најстаријем римском праву. О временима декаденције (с краја Републике и у Принципату) сведоче бројни писци различитих жанрова (аналиста Тацит, песник Јувенал, биограф Светоније и други), а неки подаци изнети су у Јовановић, М.- Августово брачно законодавство (кадукарни закони) докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994.

Кроз даљи развој римског права, посебно у оквиру наслеђивања, редовно се водило рачуна о насцитурису, с тим што су правила бивала све бројнија, односно регулисање све детаљније. Временом се, због све бројнијих полних веза између припадника различитих друштвених слојева (по етничком пореклу или социјалном положају) као и између *ingenua* и *libertina*, па чак и између грађана и робиња, све чешће, као претходно, постављало питање статуса зачетог детета (рецимо у случају зачећа од Римљанина и Латинке, перегринке или либертине). Уколико би се утврдило да будуће дете прати статус оца грађанина (припадника слоју *cives Romani*), бринуло се о његовом положају у наследном праву, тестаменталном и интестатском, у оквиру *ius civile* као и у оквиру *ius honorarium*. О томе сведоче бројни подаци из дела римских правника, кроз која се коментарише цивилно и преторско право; а одговарајући фрагменти из тих дела укључени су и у Јустинијанова *Digesta*. Неке податке, додуше оскудније, правници износе и кроз дела другачијег карактера, ван обимних коментара, мада их је врло мало о самом старатељству над Neroђеним дететом. Гај рецимо, излажући у Институцијама о тестаменту и наглашавајући да лица из реда *sui* треба да буду или именована или искључена (*exhereditatio*), додаје: "Посмрчад (*postumi*) треба да буду или (изричито) одређена за наследнике или искључена из наслеђа. У овом је погледу положај свих исти, те било да је изостављен син посмрче или други који потомак женског или мушког пола, тестамент ипак важи, али накнадним рођењем мушког или женског посмрчета тестамент се раскида и постаје у целини неважећи. Ако, дакле, нека жена, од које се очекује мушко или женско посмрче, побаци, нема никакве препреке да се именовани наследници прихвате наслеђа. Али, женске се особе обично искључују из наслеђа или поименице (изричито) или општом формулом, с тим да би ипак требало, ако се искључују општом формулом, да им се нешто легира како би се видело да нису изостављене из заборавности. Особе мушког пола не треба на други начин искључити осим изричито, а то је на овај начин: 'Било који син који ми се буде родио нека буде искључен из наслеђа'" ⁶².

Говорећи даље о принципу репрезентације у наслеђивању, Гај каже: "Положај посмрчади имају и они који ступају на место наследника из категорије 'својих наследника' (*sui heredes*)". Објашњавајући даље како унуци репрезентују сина, те и њих треба именовати или искључити, додаје, практично понављајући оно што је раније речено: "То је предвидео Јунијев и Велејев закон," ⁶³ у коме је одређен и

⁶² *Gaius: Institutiones*, II, 130-132, превод Станојевић.

⁶³ Станојевић претпоставља да је реч о *lex Iunia Velleia* донетом 28 године нове ере.

начин искључивања из наслеђа, тако да се мушка посмрчад искључују поименице, а женска или поименице или општом формулом, с тим што искљученима општом формулом треба оставити нешто у легат".⁶⁴ А говорећи о легатима, Гај каже: "Туђем посмрчету не може се оставити пуноважан легат. Као туђе посмрче сматра се и оно које, када се роди, не улази у круг 'својих наследника' (*sui heredes*). Према томе, туђе је посмрче и унуче које је зачето од еманципованог сина. Исто тако и оно које је у утроби жене која се не убраја у супруге по цивилном праву, сматра се да је туђе посмрче (у односу на) *pater familias*-а".⁶⁵ Излажући о интестатском наслеђивању, Гај, практично понављајући оно што је индиректно рекао, наглашава: "Сматрају се за *sui heredes* и посмрчад која би, да су рођена за живота претка, била под његовом влашћу".⁶⁶ У Јустинијановим Институцијама се углавном понавља Гајев текст о разбаштињењу посмрчади, али се затим наводи да је Јустинијановом конституцијом укинута разлика између полова у погледу начина разбаштињења.⁶⁷ Понавља се такође Гајев текст у смислу да туђа посмрчад не могу добити легат,⁶⁸ такође и правило да посмрчад интестатски наслеђују. Улпијан у Регулама, у оквиру излагања о томе ко може бити именован за наследника, каже: "И посмрчад, то јест она деца која су у утроби (у часу смрти оставиоца), ако су у таквом правном положају да би, кад буду рођена, потпала под нашу власт – улазе у *sui heredes*".⁶⁹ А касније додаје: "Још нерођену децу (*qui in utero sunt*), уколико би, ако се роде, били наследници (из скупине *sui heredes*), можемо поставити за наследнике, и то ако се роде након наше смрти, према цивилном праву, а ако се роде за нашег живота, по основи Јунијева закона".⁷⁰ О разбаштињењу посмрчади Улпијан износи иста правила као и Гај у Институцијама.⁷¹ Говорећи о старом интестатском наслеђивању, Улпијан каже: "Докле год постоји могућност (нада) да најближи сродник (*suus heres*) може постати наследник, све дотле нема места за агнате, као на пример ако је супруга умрлога носећа (трудница) или је син у непријатељском заробљеништву".⁷² Паул у Сентенцијама, у излагању о постављању наследника, износи скоро исте податке као и Гај и Улпијан:

⁶⁴ *Gaius: Institutiones*, II, 133-134, превод Станојевић.

⁶⁵ *Gaius: Institutiones*, II, 240-242, превод Станојевић.

⁶⁶ *Gaius: Institutiones*, III, 4.

⁶⁷ *Institutiones Iustiniani*, II, 13, 1-2 i 5.

⁶⁸ *Institutiones Iustiniani*, II, 20, 26.

⁶⁹ *Ulpianus Regulae*, XXII, 15, превод Ромац, А.- Улпијан: Књига регула, Загреб, 1987, с. 65.

⁷⁰ *Ulpianus Regulae*, XXII, 19, превод Ромац.

⁷¹ *Ulpianus Regulae*, XXII, 20-22, превод Ромац.

⁷² *Ulpianus Regulae*, XXVI, 3, превод Ромац.

"Постављање посмрчади врши се на овај начин: 'ако се након моје смрти роди посмрчад, нека буду наследници'; уколико се они роде за живота оставитеља (својим рођењем) укидају опоруку. Унука – посмрче, који уместо оца може наследити деду, треба дед или да постави за наследника или га поименично изнаследи, да не би, појављујући се као агнат, укинуо опоруку".⁷³ А у излагању о интестатском наслеђивању каже: "Дете рођено након смрти свога оца, онај ко се вратио из непријатељског заробљеништва, појединац који је након прве или друге еманципације био отпуштен, те онај за кога је доказано да је био у (извињавајућој) заблуди, иако нису били под очинском влашћу, ипак постају очеви (најближи) наследници".⁷⁴ При излагању о преторовом давању *bonorum possessio* ови правници не помињу *nasciturus*-а, вероватно зато што је реч о посебном поступку који подразумева и успостављање *cura ventris*, а са материјалноправног аспекта ситуација се не мења, бар не значајније.

У поменутих текстовима нема података о *cura ventris*. Што се Гајевих Институција тиче, текст о старатељству уопште, сем једног реда, није сачуван. Тај ред гласи: "Из истих разлога и у провинцијама управници обично додељују старатеље".⁷⁵ Касније, при излагању о робовима и о злоупотреби права, помиње *cura prodigii* по Закону XII таблица, сматрајући да је било уведено из истих разлога као и забрана злостављања робова.⁷⁶ Улпијан у Регулама под посебним насловом говори о старатељима, али не помиње *cura nascituri (ventris)*.⁷⁷ Релативно мало простора је овом питању посвећено и у оквиру Дигеста (и то на више различитих места, код различитих института). Додуше, туторству и старатељству, као посебним установама уопште, посвећена је читава XXVI књига Дигеста. А већ у I књизи Дигеста се истиче заштита зачетог а нерођеног детета. Превод овог текста на српски (фрагмента из Пауловог дела) се унеколико разликује међу романистима, мада је смисао исти. Маленица преводи овако: "Онај који је у утроби мајке једнако се штити као да је био међу људским бићима, кад год се поставља питање о користи самог зачетка, мада другима не користи ни на који начин пре него што се роди".⁷⁸ Ромчев превод гласи: "За зачето дете узима се као да је већ рођено

⁷³ *Paulus: Sententiae*, III, 46, 9, превод Ромац, А. - Пауло: Сентенције, Загреб, 1989.

⁷⁴ *Paulus: Sententiae*, III, 8, 7, превод Ромац.

⁷⁵ *Gaius: Institutiones*, I, 198 (претходно недостаје 25 редова), превод Станојевић.

⁷⁶ *Gaius: Institutiones*, I, 53, превод Станојевић.

⁷⁷ *Ulpianus Regulae*, XII, превод Ромац.

⁷⁸ *D.I.*, 5, 7, превод Маленица, А. - Јустинијанова Дигеста, Београд, 1997, с. 117.

уколико се ради о користима везаним за његово рођење, јер другоме оно не може никако користити пре него што се роди".⁷⁹ У XXVI књизи Дигеста, међутим, изнета су општа правила везана за туторство и старатељство.⁸⁰ Али нису садржана сва посебна правила везана за *cura nascituri (ventris)*. Наравно, општа правила о успостављању старатељства, вршењу функције, ослобађању од те јавне дужности, давању гаранције, одговорности, престанку функције старатеља и смењивању (о чему је раније било речи) примењују се и у погледу *cura nascituri (ventris)*. Али у погледу овог старатељства постоје и одређене специфичности, те се управо у XXVI књизи (под седмим насловом) наглашава како постоји велика разлика између старатељства над зачетком ("*bonorum ventrisque curatorem*") и старатељства над ментално оболелима и расипницима ("*curatorem furiosi et prodigi*").⁸¹ Међутим, не разматра се детаљније карактер ове установе. Више података садржано је у фрагментима из Улпијанових дела, унетим у XXVII и XXXVII књигу Дигеста. У фрагменту у којем третира функцију проконзула, у вези са питањем старатељства, Улпијан истиче како, уколико није извршено посебно испитивање личности старатеља (*inquisitio*), проконзул треба да захтева давање гаранције ("*rem salvam fore viri boni arbitrato satisdare proconsul iubet*").⁸² Највише простора у оквиру Дигеста, према фрагментима из Улпијановог коментара едикта (преторског права), посвећено је овом питању под посебним насловом: *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*.⁸³ И овде, међутим, има преплитања материјалноправних и процесних правила. Наглашава се, наиме, да се и насцитурусу даје *bonorum possessio contra tabulas*, затим да се државина добара даје само ако није извршено разбаштињење посмрчета, а затим следи излагање о разбаштињењу. Даље се излаже укратко о положају жене – труднице, правима заинтересованих лица, одређивању старатеља и његовој одговорности. Међутим, сам поступак успостављања бриге над зачетком не описује се детаљно, бар не као целина. На срећу, сачувани су одговарајући фрагменти из преторовог едикта, на које се и Улпијан ослања при излагању, заправо које коментарише, уз још неке.

⁷⁹ D.1, 5, 7, превод Ромац, А. - Извори римског права, Загреб, 1973, с. 141

⁸⁰ У D. 26. књизи, у оквиру осам наслова, говори се о следећем: туторство уопште; тестаментарно туторство; потврђивање татора и старатеља; законско туторство; *tutela et cura dativa*; ко може бити татор и старатељ; управљање имовином штићеника; *auctoritas* и сагласност татора и старатеља.

⁸¹ D. 26, 7, 48.

⁸² D. 27, 10, 8.

⁸³ D. 37, 9.

Старање о зачетку изложено је у другом делу *Edictum perpetuum*-а (према Ленеловој реконструкцији, у преводу Ромца), под насловом: О редовним суђењима (*De iudiciis ordinaria*).⁸⁴ Текст је садржан под XXI насловом, који гласи: О деци и зачетку (*De liberis et de ventre*). Садржан је у параграфу 118, као други поднаслов: О прегледу утробе и чувању зачетка (*De inscipiendo ventre custodiendoque partu*). Претходни поднаслов, под параграфом 117, гласи: О признавању деце. А после текста о зачетку, под параграфом 119, поднаслов гласи: Ако се тврди да је жени, с обзиром на зачетак, дозвољена *bonorum possessio*, па је *bonorum possessio* пренета на другога. А последњи поднаслов, под XXI насловом, параграф 120, гласи: Ако се тврди да је жена, с обзиром на зачетак, у сврху шиканирања (преварно) добила *bonorum possessio*.

Текст о прегледу утробе (мајке) и чувању зачетка гласи: "Ако жена по смрти мужа изјави да је носећа, треба се побринути да то буде двапут у току месеца јављено онима који за то имају (правни) интерес или њиховим заступницима, да би, ако то желе, послали (особе) које ће извршити преглед утробе. Треба послати слободне жене, њих највише пет на броју, и оне све заједнички треба да обаве преглед, али ниједна од њих не сме за време прегледа, против воље (носеће) жене, да јој утробу дотиче. Жена треба да се породи у кући часне (веома поштоване) жене коју ћу ја одредити. Тридесет дана пре рока у којем мисли да ће се породити, жена треба то да јави онима који имају интерес или њиховим заступницима, да пошаљу, ако то желе, особе које ће чувати зачетак. У затвореној просторији у којој жена треба да роди нека не буде више него само један улаз: а ако има више, треба да се с обе стране даскама затворе, а улаз у ову просторију треба да чувају три слободна (човека) и три слободне (жене), са по два пратиоца. Сваки пут када та жена буде улазила у ту просторију или негде другде, као у купаоницу, чувари, ако желе, нека то најпре погледају, и оне који буду улазили претраже. Чувари који су постављени пред улаз у просторију, могу, ако желе, све који у ту просторију или кућу улазе, претражити. Жена која почиње да рађа треба о томе да обавести заинтересоване или њихове заступнике да пошаљу особе у чијем ће се присуству порађати. Треба послати слободне жене, њих највише до пет на броју, тако да поред двеју примаља у тој просторији не буде више од десет слободних жена, а ропкиња више од шест; све жене које ће бити у тој просторији треба прегледати, да не би нека од њих била носећа. Ту нека буду три свеће, не мање од тога. Дете које се роди треба да буде показано особама које имају

⁸⁴ Ромас, А. - Извори римског права, Загреб, 1973, с. 54-57.

интерес или њиховим заступницима, ако желе да га виде. Дете нека се одгаја код оног код којег то родитељ одреди. Ако родитељ није ништа одредио, или ако онај кога је родитељ одредио да одгаја дете не прихвати ту дужност, ја ћу, након испитивања случаја, одредити код кога ће се одгајати. Особа која одгаја новорођенче дужна је, док дете не наврши три месеца, дозволити ономе ко жели да га види, да то учини двапут месечно, а од тог доба док не наврши шест месеци, једном месечно; од шест месеци до године дана сваког другог месеца, а од године дана старости док не почне говорити, једном у шест месеци, ономе ко то жели, треба да покаже. Ако не буде дозвољен преглед утробе, чување зачетка, или присуствовање порођају или нешто предузето да се не учини оно што је напред наведено, у корист детета које се роди нећу дозволити, након испитивања случаја, *bonorum possessio*. Ако није било допуштено рођено дете погледати, како је напред одређено, тужбе које сам обећао да ћу дозволити онима којима би по мом едикту била дата *bonorum possessio*, ако то будем сматрао оправданим, нећу дозволити".⁸⁵

Слична правила била су предвиђена и за случај трудне разведене жене. Мада овде није реч о посмрчету, већ будућем детету које има живог оца, разводом је била прекинута веза са оцем, те је било потребно обезбедити бригу о зачетку. И за овакве случајеве се, по свему судећи, успостављало *cura ventris*. Можда се, поред осталог, и зато ово старатељство није називало *cura postumi*, за посмрче, већ *cura ventris*, као брига о зачетку у мајчиној утроби, мада је разлог могао бити и у томе што се брига водила не само о зачетку умрлог оца већ и о зачетом унуку умрлог деде. Преторовим едиктом су, као и за зачетак удовице, била прописана посебна правила за зачетак разведене жене. О томе се у Пауловим Сентенцијама каже: "Кад жена након развода сазна да је носећа, она то треба у року од тридесет дана да пријави (бившем) супругу или његовом оцу да пошаљу чуваре који ће извршити гинеколошки преглед и водити бригу о интересима зачетка; кад то пропусти да учине, дужни су да признају дете које жена породила. Ако жена не пријави да је носећа или не буде хтела да прихвати чуваре (кураторе) зачетка који су били послани, отац или дед нису дужни издржавати (рођено) дете. Иначе (оваква) небрига мајке не иде на штету рођеног (детета) у смислу да не постане најближи наследник (*suus heres*) свога оца. Уколико жена пориче да би била носећа с тим човеком, (бившем) мужу је дозвољено да пошаље чуваре да изврше гинеколошки преглед и да воде бригу о зачетку. Гинеколошки преглед обавља пет примаља, па, оно што већи број њих каже, узима се да је

⁸⁵ Romas, A. - Извори римског права, Загреб, 1973, с. 54-57.

истинито. Ако примаља донесе туђе дете, да би га могла подметнути, одлучено је да је треба казнити смртном казном. Сматра се да убија не само онај ко новорођено дете угуши (задави) него и онај ко га одбаци или му ускрати храну, као и онај ко га изложи на јавном месту на милост других, које (милости) сам нема".⁸⁶

Овако детаљно прописани поступак у вези са зачетком и трудницом, пре свега онај у вези са удовицом, данас звучи помало чудно. Али врло значајни разлози су наметали такво поступање. Уз евентуално избегавање мешања крви (*tubatio sanguinis*), које у овом случају није акцентовано, основни разлози су били имовинске природе, и то вишеструко, односно са аспекта више лица. Претходно, ваља подсетити да је основни извор прихода, односно егзистенције уопште, и у доба развијене робовласничке римске државе, било наслеђивање. Зато је изузетно битна појава зачетка. Најпре, са аспекта самог будућег детета, било је важно обезбедити му егзистенцију, односно обезбедити му наследни део очеве заоставштине, када је посмрче у питању; такође и део наслеђа очеве имовине у случају развода родитеља, као и издржавање. Са друге стране, присутни су интереси наследника преминулог оца, или евентуалних наследника живог али од мајке разведеног оца. Коначно, ту су и интереси саме мајке детета, пре свега за имовинско обезбеђење будућег детета, а у неким случајевима и за властито; јер, подижући дете, и сама је могла користити средства њему намењена. А од времена Августа, тј. његовог брачног законодавства, *ius liberorum* (право преко деце) доносило је значајне предности родитељима.⁸⁷ У том смислу дете је могло користити и разведеном оцу. Да би дете, међутим, стекло право на наслеђе оца, умрлог или разведеног (или на наслеђе деде), требало је да јавност буде упозната са његовим постојањем. Уз то што се водило рачуна о року у којем ће бити рођено, како би било извесно да је отац онај на кога указује мајка детета, овај поступак је намењен пре свега сазнавању да дете уопште постоји, и то као дете жене која је најавила трудноћу. Изгледа да је у оно доба, када су скоро све старе моралне и религијске норме биле згажене, подметање деце било врло раширена пракса, што вероватно и није било посебно тешко изводљиво, с обзиром на велики број робиња чија су деца могла бити узета и подметнута.⁸⁸

⁸⁶ *Paulus: Sententiae, II*, 24 (О признавању деце) превод Ромац, А. - Пауло: Сентенције, Загреб, 1989, с. 107.

⁸⁷ Више о томе в. у поменутој дисертацији Јовановић, М. - Августово брачно законодавство (кадукарни закони), Правни факултет у Београду, 1994.

⁸⁸ О појави подметања деце сведоче неки римски писци, као песник Јувенал рецимо, на чије дело се позива Ромац при коментару оваквих појава (Ромац, А. - Извори

Поступак, дакле, није био прописан само у смислу да се, колико је то могуће, обезбеди сазнање да жена носи и рађа дете покојника (или разведеног супруга). Превасходно је, по свему судећи, требало утврдити да ли је уопште трудна и да ли ће уопште родити дете, те се зато пази на сваког ко улази у кућу (да не би унео дете) и проверава да ли није ушла нека трудница (чије дете би могло бити подметнуто). Уз природну жељу да се има потомство, разлози за подметање деце, и за овакву контролу, изгледа да су били далеко значајнији Римљанима, те им се посвећује оволико писаних правила.

У суштини, један од основних разлога строгог и детаљно прописаног утврђивања постојања зачетка и његовог рођења била је колизија интереса између наследника покојног оца будућег детета и детета самог, јер са дететовом појавом су могли изгубити део или чак целину наслеђа. У том погледу, осим што се штите имовински интереси детета, ваљало је заштити и његову личност (односно живот). У времену безверја и пољуљаних моралних начела, какво је било крајем Републике и почетком Принципата (и даље), важно је било побринути се и о безбедности детета, о томе да буде неометано живо рођено и збринуто по рођењу. Била је то, дакле, брига у правом смислу и о животу зачетка, о његовој личности и опстанку, а не само о имовини коју би требало да наследи. Уколико је у питању дете разведене жене, колизије је могло бити и између наследника и оца детета, јер по *ius liberorum*-у су му деца доносила значајне принадлежности, а превага когнатског над агнатским сродством остављала му је везу и са дететом од разведене жене, уколико је зачето у браку. Коначно, могло је бити колизије интереса између наследника умрлог оца и мајке детета, јер, осим што ће преко детета уживати одређена добра, било јој је значајно и због *ius liberorum*, (права преко деце), које ће јој донети одређене привилегије. Колизија интереса различитих лица била је присутна и пре Августовог брачног законодавства, као и потреба да зачето дете, као посмрче, не буде лишено средстава за живот; и да умрли отац не буде лишен наследника, за кога није знао. Али са Августовим законима потреба за бригом над зачетим дететом бива још изразитија, те је сасвим вероватно да су прописи у том смислу надограђени од стране претора након доношења *lex Iulia et Papia*. У овом случају су ванпарнична правила, која прописује и о чијем поштовању води рачуна најчешће претор, а који је

римског права, с. 55, н. 189 и с. 56, н. 192). О оваквим као и неким другим сличним појавама, сачињене су скандалозне хронике, у које се ипак нису уклапали сви Римљани. О неким скандалозним понашањима в. дело Балдона: Римске жене, Лондон-Сиднеј.

истовремено и правосудни орган, од изузетног значаја за материјалноправни положај одерђених лица. Из данашње перспективе гледано, наведени поступак на први поглед може изазвати чуђење, можда чак и мало смеха, али и одређену нелагодност, бар код женског рода. Са друге стране, међутим, осим што, генерално гледано, представља сликовито сведочанство о античком римском животу и праву, сведочи и о огромним разликама у ванпарничној процедури, ондашњој и данашњој. Коначно, сведочи и о ондашњем акушерству и медицини уопште, односно подстиче на схватање значаја напретка медицине и за право, генерално, као и у погледу ванпарничне процедуре.

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

Custody in Ancient Rome with a Special Overview of *cura nascituri (ventris)* – A Contribution to the History of Extrajudicial Matters

Summary

The topic of this paper, following a brief overview of some issues in Roman procedural law, is custody in ancient Rome, with special emphasis on the custody of the conceived and yet unborn child, cura nascituri or cura ventris (cura bonorum ventris nomine). After specifying some differences between the contemporary and Roman procedural law (regarding both in-court and out-of-court proceedings), the author draws attention to the difficulties in defining Roman out-of-court proceedings and extra-judicial matters in general. Then, subsequent to the statement that there are no pronounced differences in the concept of professional capacity, the author points out to the distinctions between modern and Roman law in terms of the causes of incapacity, the categories of affected individuals, and institutions which make up for the lack of professional capacity. Further distinction has been made between tutorship (tutela) and custody (cura) in ancient Rome, followed by an attempt to define the custody of those times, which is difficult to accomplish in a precise and concise way.

Beside enlisting some types of custody, the author draws attention to the procedural aspect of these matters, extra-judicial in particular, discussing the following issues: the appointment of the guardian by state agencies, including a possible inquiry to prove eligibility and fitness for such a task (inquisitio); the exemption from guardian duties for justifiable reasons (e.g. the number of one's natural children, the already-existing custody, taking up a public office or position, etc.); providing guarantees by the guardian, in co-operation with the state agency, as a safeguard for conscientious and efficient performance the tasks entrusted; the discharge of the guardian by the state agency; initiating proceedings against unconscientious guardians and their possible denunciation, etc. Finally, with due notice to the fact that the data on custody of the unborn child are meager and to some extent confusing in most of the sources available, the

author has analyzed some aspects of the position of nasciturus in substantive law. Underlining some general rules, the author has analyzed the administrative procedure data related to the establishment of the institution and the custodian procedure of the nasciturus. Last, but not least, a relatively well-preserved text (Edictum perpetuum) from the codified praetorial law is provided, describing the custody procedure of the embryo (partus, nasciturus, venter), and indirectly referring to the mother of the embryo, the pregnant woman and the woman who has delivered. To the modern sensibility, the text may seem slightly odd, and rather humiliating for the woman. However, apart from being a testimony of the character of cura nascituri, this text provides an opportunity to discern the importance of medical developments and overall social progress in relation to both substantive and procedural law.

Key words: Roman law, extra-judicial proceedings, custody, *cura nascituri (ventris)*, *Edictum perpetuum*.

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, Мирољуб, БИБЛИОГРАФИЈА БОРБА 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.

¹ Библиографске јединице су поређане хронолошки, а у оквиру сваке године дат је азбучни редослед аутора или наслова публикација где нема аутора.

11. Митровић, Љубиша, ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ И АКТЕРИ, Ниш, 1999, 340 стр.
12. Стојановић, Драган, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОСЛАНИКА – на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, Ниш, 1999, 346 стр.
13. Лазић, Мирослав, ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ, Ниш, 2000, 214 стр.
14. Ђирић, 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.
17. ПРАКТИЧНО ОБРАЗОВАЊЕ ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр.
уредник Мирослав Лазић
18. Миладиновић, Зоран - ПРАКТИКУМ ЗА ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ И АУТОРСКО ПРАВО, Ниш, 2003, стр. 650

УЏБЕНИЦИ

19. Живковић, Мирко, ФРАНЦУСКИ ЈЕЗИК ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВА, Ниш, 1993, 249 стр.
20. Ковачевић Куштримовић, Радмила, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, 3. изд., Ниш, 1997, 306 стр.
21. Ђорђевић, Владислав, НАСЛЕДНО ПРАВО, Ниш, 1997, 420 стр.
22. Николић, Драган, ФРАГМЕНТИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, 1997. – 321, LXV стр.
23. Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, 4. изд., Ниш, 1998, 690 стр.
24. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 2. изд., Ниш, 1998, 479 стр.
25. Анђелковић, Милева, ПОРЕСКО ПРАВО, Ниш, 1999, 333 стр.
26. Димитријевић Момчило, Симић, Миролуб, УВОД У ПРАВО, Ниш, 1999, 394 стр.

27. Ђорђевић, Мирослав, Стојичић, Слободанка, НАЦИОНАЛНА ИСТОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА, 1999, 247 стр.
28. Митровић, Љубиша, ОПШТА СОЦИОЛОГИЈА – предмет, метод и теорије, Ниш, 1999, 296 стр.
29. Стојановић, Драган, УСТАВНО ПРАВО, књига 1, Ниш, 1999, 270 стр.
30. Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, 2000, VI, 576 стр.
31. Јовановић, Љубиша, Ђурђић, Војислав, Јовашевић, Драган, КРИВИЧНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, 2000, 587 стр.
32. Миленовић, Дара, ПОСЛОВНО ПРАВО, Ниш, 2001, 606 стр.
33. Константиновић Вилић, Слободанка, Ристановић, Весна, КРИМИНОЛОГИЈА, Ниш, 2003, 420 стр.

ЗБОРНИЦИ

34. 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.
35. 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
36. УДРУЖЕНИ РАД И ДРУШТВЕНА СВОЛИНА, 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
37. 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
38. ДВЕСТОТА ГОДИШЊИЦА ФРАНЦУСКЕ РЕВОЛУЦИЈЕ (1789-1989), сепарат из Зборника, бр. 29-1989, Ниш, 1989, 84. стр. уредник: Душан Р. Паравина

39. 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
40. РАД И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИХАИЛА МИТИЋА, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 89 стр. уредник: Гордана Станковић
41. 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
42. 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
43. 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
44. 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
45. 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
46. 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
47. 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

48. ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног фебруара 1996. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, 44. стр. уредник: Мирољуб Симић
49. БОРИСЛАВ Т. БЛАГОЈЕВИЋ (1911-1986), Објављено у оквиру општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1997, 198. стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
50. 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
51. 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
52. 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
53. 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
54. 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
55. 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
56. 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, Зоран Радивојевић

57. 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
58. 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, Невена Петрушић
59. 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
60. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 1, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2002, Ниш, 273 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
61. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 2, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2003, Ниш, 482 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
62. ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ, 2003, Ниш, 260 стр. уредник: Гордана Станковић

СЕРИЈСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

63. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 1/1962.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
64. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 2/1963.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
65. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 3/1964.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
66. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 4/1965.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
67. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 5/1966.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
68. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 6/1967.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

69. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 7/1968.
уредник: Миодраг Матејић
70. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 8/1969.
уредник: Миодраг Матејић
71. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 9/1970.
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
72. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 10/1971.
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
73. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 11/1972.
уредник: Врлета Круљ
74. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 12/1973.
уредник: Славко Марковић
75. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 13/1974.
уредник: Душан Р. Паравина
76. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА ванредан број посвећен
новим уставима 14/1974.
уредник: Славко Марковић
77. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број:
ТРИДЕСЕТ ГОДИНА ПРАВОСУЂА У СОЦИЈАЛСИТИЧКОЈ
ЈУГОСЛАВИЈИ 15/1975.
уредник: Душан Р. Паравина
78. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 16/1976.
уредници: Славољуб Поповић и Момчило Димитријевић
79. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 17/1977.
уредник: Љубиша Јовановић
80. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 18/1978.
уредник: Слободан Миленковић
81. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 19/1979.
уредник: Михаило Митић
82. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 20/1980.
уредник: Михаило Митић

83. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 21/1981.
садржи библиографију радова поводом двадесетогодишњице рада
уредник: Чедомир Стевановић
84. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 22/1982.
уредник: Чедомир Стевановић
85. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 23/1983.
уредник: Димитрије Кулић
86. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 24/1984.
уредник: Мирослав Миљковић
87. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 25/1985.
уредник: Мирослав Миљковић
88. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 26/1986.
уредник: Мирослав Миљковић
89. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 27/1987.
уредник: Славко Марковић
90. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, редовни и тематски број:
УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СР СРБИЈИ 28/1988.
уредник: Славко Марковић
91. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 29/1989.
уредник: Слободанка Стојичић
92. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 30/1990.
уредник: Слободанка Стојичић
93. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 31/1991.
уредник: Гордана Станковић
94. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 32-33/1992/93.
уредници: Гордана Станковић и Радмила Ковачевић Куштримовић
95. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 34-35/1994/95.
уредник: Драган Станимировић
96. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 36-37/1996/97.
уредник: Војислав Ђурђић

97. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 38-39/1998/99.
уредник: Милорад Рочкомановић
98. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 40-41/2000/01.
уредник: Дара Миленовић
99. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 42/2002.
уредник: Миролjub Симић
100. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 43/2003.
уредник: Мирса Мијачић

МУЛТИМЕДИЈА

101. 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



**Редакција "Зборника радова Правног факултета у Нишу"
моли своје сараднике да рукописе достављају придржавајући
се следећих упутстава:**

1. Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програмског пакета *Word for Windows*.
2. Рукопис рада предати у електронском облику (дискета, цд), заједно са два одштампана примерка. Обим рада не би требало да буде већи од *једног ауторског табака*.
3. Уз рад намењен рубрици изворни чланци и прегледни чланци истовремено предати *апстракт* (скраћени резиме) од 10 редова, *резиме* од највише 10 редова и кључне речи, највише седам израза, укључујући и свезе.
4. *Напомене (фусноте)* штампати испод самог текста на припадајућој страници и нумерисати их арапским бројевима, почев од броја 1, јединствено за цео рад.
5. Размак између редова треба подесити на "*single*".
6. Користити *фонт* Times New Roman (уникодни распоред тастатуре: српска ћирилица и српска латиница, алтернативно словеначка тастатура).
7. Величину слова подесити на "12".
8. Приликом *цитирања*, релевантне податке о аутору и делу навести према следећем редоследу:
 - за уџбенике и монографска дела – име и презиме аутора, назив дела, место издања, година издања, број цитиране странице;
 - за енциклопедије – име и презиме аутора, назив одреднице, место издања, година издања, име редактора, број цитиране странице;
 - за радове објављене у часописима – име и презиме аутора, назив чланка, назив часописа, број часописа и година објављивања часописа, број цитиране странице;
 - за цитиране прописе објављене у службеним гласилима – број цитираног члана закона односно другог правног акта, назив службеног гласила, број и година објављивања службеног гласила;
 - за цитиране судске одлуке – врста одлуке, ознака суда, број одлуке,

датум доношења одлуке, назив публикације и број странице у публикацији у којој је одлука објављена, односно назнака да је одлука коришћена из архиве суда.

9. Једно дело истог аутора, цитирано у напоменама које нису једна иза друге, означити први пут потпуним подацима, а сваки следећи пут уз коришћење скраћенице *op. cit.*

10. Једно дело истог аутора, цитирано у напоменама које непосредно следе једна за другом, после првог навођења потпуних података, означити уз коришћење скраћенице *ibid.*

11. На једном од одштампаних примерака рукописа рада означити текст који треба да буде штампан латинициом и курзивом и то на следећи начин:

- текст који треба да буде штампан латиницом подвући црвеном оловком,
- текст који треба да буде штампан курзивом подвући плавом оловком,
- текст који треба штампати латинициом и курзивом подвући црвеном и плавом оловком.

