

**Универзитет у Нишу
Правни факултет**

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

Л

Ниш, 2008

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Невена Петрушић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. Др Радмила Ковачевић-Куштримовић

Чланови редакционог одбора из земље

Проф. др Милан Петровић

Проф. др Предраг Димитријевић

Проф. др Миомира Костић

Проф. др Драган Николић

Проф. др Љубица Николић

Мр Мира Симовић

Чланови редакционог одбора из иностранства

Проф. др Владимир Андреицев, декан Правног факултета Универзитета Тарас Шевченко, Кијев, Украјина

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салибург, Аустрија

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан први Скопље, Македонија

Проф. др Анатолиј Капустин, професор Универзитета Дружба народов, Москва, Русија

Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД

Академик Игор Г. Побирченко, председник Међународног суда трговинске арбитраже при Привредној и индустријској комори Украјине

Проф. др Александер Воденичаров, декан Факултета права и историје Неофит Рилски, Благоевград, Бугарска

Секретар Редакционог одбора: др Дејан Јанићијевић

Преводи: Гордана Игњатовић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: „Свен“

Тираж: 150

САДРЖАЈ

Проф. др Александар Чирич ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ГРАНИЦЫ ГОСУДАРСТВА И МЕРЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО ОГРАНИЧЕНИЯ ВНЕШНЕТОРГОВОГО ОБОРОТА 1 <i>ЕКОНОМСКЕ ГРАНИЦЕ ДРЖАВЕ И МЕРЕ ДРЖАВНОГ ОГРАНИЧЕЊА СПОЉНОТРГОВИНСКОГ ПРОМЕТА</i>	
Проф. др Наташа Стојановић УГОВОР О УСТУПАЊУ И РАСПОДЕЛИ ИМОВИНЕ ЗА ЖИВОТА 25 <i>CONTRACT ON ASSIGNMENT AND DISTRIBUTION OF PROPERTY INTER VIVOS</i>	
Проф. др Милева Анђелковић ФИСКАЛНА ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ..... 41 <i>FISCAL DECENTRALIZATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA</i>	
Др Миомира Костић КРИМИНОЛОШКА ОБЕЛЕЖЈА НАСИЉА У СПОРТУ 53 <i>CRIMINOLOGICAL CHARACTERISTICS ON SPORT VIOLENCE</i>	
Др Видоје Спасић БАНЕРИ И БЛОГОВИ КАО СРЕДСТВА ОГЛАШАВАЊА НА ИНТЕРНЕТУ 73 <i>BANNERS AND BLOGS AS MEANS OF ANNOUNCEMENT ON THE INTERNET</i>	
Др Дејан Јанићијевић ПРИМЕНА ОДРЕДАБА О УСЛОВИМА ЗА ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА..... 91 <i>THE APPLICATION OF PROVISIONS PERTAINING TO CONDITIONS FOR RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS</i>	
Др Марко Трајковић ТЕОРИЈСКОПРАВНИ И ЕТИЧКИ ПРИСТУП КАЗНИ 115 <i>THEORETICAL, LEGAL AND ETHICAL APPROACH TO THE PUNISHMENT</i>	
Dragan Zlatović, dipl.iur. УВЈЕТИ ЗАШТИТЕ У СУВРЕМΕНОМ ХРВАТСКОМ ЖИГОВНОМ ПРАВУ 135 <i>THE TERMS OF PROTECTION IN CONTEMPORARY CROATIAN TRADEMARK LAW</i>	

Mr Дејан Вучетић ТИПИЧНИ СЛУЧАЈЕВИ МАНЉИВОСТИ ФОРМЕ УПРАВНИХ АКТА У СРПСКОЈ УПРАВНО-ПРОЦЕСНОЈ ПРАКСИ.....	175
<i>TYPICAL CASES OF ADMINISTRATIVE ACT'S LEGAL FORM FAULTS IN SERBIAN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS PRACTICE</i>	
Александар Ђорђевић ДОКАЗНО СРЕДСТВО "СВОД" У СУДСКОМ ПОСТУПКУ КОД СЛОВЕНА..	197
<i>"SVOD" – A LEGAL PROCEDURE AND AN EVIDENTIARY INSTRUMENT IN SLAVIC LAW</i>	
Сања Марјановић МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ВАНУГОВОРНЕ ОБЛИГАЦИЈЕ У КОМУНИТАРНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ.....	209
<i>LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS IN COMMUNITY PRIVATE INTERNATIONAL LAW</i>	
Проф. др Невена Петрушић Др Маријана Пајванчић „ПРАВНИ ОКВИР РАВНОПРАВНОСТИ ПОЛОВА”..	241
Библиографија	247

**ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ГРАНИЦЫ ГОСУДАРСТВА И МЕРЫ
ГОСУДАРСТВЕННОГО ОГРАНИЧЕНИЯ
ВНЕШНЕТОРГОВОГО ОБОРОТА¹**

Анстракт: Предмет овога рада је посвећен економском суверенитету државе као субјекту међународног трговинског права и мери њеног учешћа у спољнотрговинском промету. Садржина прилога, поред увода, обухвата део о економским границама државе у оквиру кога се кроз посебне целине анализирају царинске уније и слободне царинске зоне. Одређена пажња је поклоњена мерама државне регулативе и контроле спољнотрговинског промета. Обрађена су питања о карактеристикама, мерама и методама државних трговинских ограничења, чија се класификација одређује према националним и међународним критеријумима. Засебан одељак посвећен је утицају административних аката, као што су дозволе и сагласности државе, на пуноважност закључених међународних пословних уговора. Тема излагања је исцрпљена кроз истраживања о контроли примене нетарифних државних мера у спољнотрговинској области.

Кључне речи: Држава; Царинске уније; Слободне царинске зоне; Контрола спољнотрговинског промета; Контигенти; Квоте; Административне дозволе.

¹Доклад реализован у оквиру Пројекта Но-149043 Д, Министарства науке и заштите окупљајуће средине Републике Србије.

1. Введение

Субъекты международного торгового права (МТП) по общим характеристикам бывают специфическими, разнообразными и многочисленными. В основном их можно разделить на несколько видов.

Среди субъектов, которые устанавливают общие рамки, простор, юридические (нормативно-правовые) и другие предпосылки для непосредственного осуществления деятельности и торговых операций участников конкретных деловых отношений, ведущую роль имеют:

- а) государства и**
- б) международные организации.**

Их деятельность направлена на создание предварительных условий для конкретного участия на международном рынке **деловых субъектов** другой группы, среди которых самое важное место занимают:

- а) торговые общества и**
- б) другие деловые участники.**

В группу торговых обществ входят **различные виды** организационных форм субъектов хозяйствования со статусом юридических лиц, в виде **предприятий, компаний, транснациональных корпораций, оффшоров**. Все они, отличаются разнообразием осуществляемой деятельности.

Среди **других участников** конкретных международных деловых отношений можно выделить **юридические и физические лица**, объединения различного типа такие как, частные предприниматели, торговцы, объединения с общей экономической целью, бизнес - трасты. В эту группу **можно** включить и некоторые юридические лица, которые кроме реализации своей функции по созданию общих рамочных условий для осуществления международных торговых отношений являются еще и участниками конкретных сделок имущественного характера (лат. *jurae gestionis*). В этом смысле данные субъекты могут вступать либо во взаимные отношения или заключать контракты с обществами и другими участниками делового международного торгового права.

Экономические границы внутри, которых применяются единые хозяйственные нормы, и действует единый рынок в рамках таможенных границ, представляет собой экономическую территорию одной страны.

Существует **различие** между понятием **экономической** и **таможенной территории государства**. В правовой литературе под понятием таможенной территории подразумевается пространство, на котором действует единое таможенное законодательство. Это обозначает, что такая территория может совпадать с государственной и экономической территорией, но может быть либо более широкой, либо более узкой².

Экономическая граница должна выполнять три функции:

- а) осуществлять защиту хозяйственной системы государства;
- б) обеспечивать экономическую самостоятельность;
- в) гарантировать торговый обмен одного государства с другими.

Таможенные или экономические границы иногда **не совпадают** с политическим границам государства. Таможенные границы могут находиться внутри территории государства, либо вне ее - на территории другой страны. Мы в продолжении текста рассмотрим проблематику свободных таможенных союзов, свободных таможенных зон и свободных таможенных порт как видов ограничения торговой власти государства. Особое внимание выделим и вопросу государственных административных мер ограничения внешнеторгового оборота.

Имея в виду, что каждое государство, как субъект международного торгового права осуществляет важную роль во внешне-торговой деятельности, вопрос **меры административного государственного ограничения внешнеторгового оборота**, является предметом нашего исследования и обсуждения. В основном их разделяем на экономические (тарифные) и административные (нетарифные) меры, о различии которых будем говорить в отдельной части этой статьи.

² G. Schwarzenberger, op. cit, стр. 29; Y. Loussouarn et J. D. Bredin: Droit du commerce international, Paris, 1969, стр. 25-26. Об этом см. Джурович Р. Указ. соч.

2. Экономические границы государства

2.1. Таможенные союзы (англ. Customs Union)

В таможенных союзах (униях) договаривающиеся стороны отказываются от своей внешней торгово-политической индивидуальности в пользу ново созданного сообщества³.

Существуют два вида таможенных союзов:

а) Союзы без полной таможенной ассимиляции государств-членов отличает совместный таможенный тариф по отношению к третьим странам – не членам. Члены союза во взаимных отношениях устанавливают определенные таможенные барьеры, которые значительно ниже по отношению к третьим странам и

б) Союзы с полной таможенной ассимиляцией, у которых теряются все виды таможенных границ между государствами - членами и создается единая таможенная территория. Таможенный союз обычно характеризует совместный таможенный парламент, который принимает и меняет тариф таможенной унии и одобряет договоры, заключенные от ее имени. Таможенный союз представляет собой определенное ограничение экономического суверенитета государств-членов. Внешнеторговое и политическое отличие индивидуальности отдельных государств-членов таможенного союза теряется, а союз выступает в отношениях с зарубежными странами как **самостоятельный субъект**, если речь идет о таможене.

2.2. Свободные таможенные зоны

Свободные таможенные зоны (англ. *Free zone*; франц.: *Zone franche*) представляют собой часть государственной территории, которая изъята из ее таможенного пространства. На этой территории товар и продукты иностранного происхождения не облагаются таможенными пошлинами либо применяются отдельные меры наблюдения и обеспечиваются льготы в ходе таможенной процедуры.

Свободные зоны могут быть примером несовпадения государственных и экономических границ с таможенными границами одного государства.

³ М. Тодоровић, Трговинска политика, III, Београд, 1923, стр. 259. На основании: Деурович Р. Указ. соч.

Существование свободных зон исключает компетенцию государства и в части валютной политики.

Свободная таможенная зона находится под управлением органов страны ее местонахождения, которые уполномочены предпринимать все меры с целью защиты публичного интереса, обеспечения выполнения санитарных норм и общей безопасности на территории зоны.

Большинство государств в мире имеет отдельные законы о свободных таможенных зонах, свободных портах или свободных таможенных складских помещениях. Некоторые государства регулируют этот вопрос таможенными законами. В этой отрасли, в универсальном плане, принят текст международной **Конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур - Киотская конвенция**, вступившая в силу 19 марта 1979 г.

Национальные законодательные акты о таможене, налогах, пошлинах и валютных операциях, как правило, не распространяют свое действие на территорию зоны либо в отношении их применения предусматриваются ограничения и исключения. В физическом смысле зоны представляют собой отдельную, огражденную и четко обозначенную часть территории государства. Некоторые государства своим законодательством ограничивают совокупную максимальную поверхность части своей территории, например 30%, которая может пользоваться статусом свободной таможенной зоны. Деятельность зон направлена на развитие международного оборота товаров, денег и услуг. Они позволяют освобождать товар от таможенных пошлин, пока он находится на их территории. Таможенные зоны создаются в морских, воздушных и речных портах международного движения, а также на международных магистральных дорогах, в рамках товарно-транспортных центров и т. п.

В зоне действует режим отдельных мер таможенного надзора с возможностью осуществления определенной хозяйственной деятельности: разгрузка, погрузка, складирование, обработка, переработка, упаковка, маркировка и др.

В зависимости от вида внешнеторговой деятельности и характера экономических свобод таможенные зоны в самом широком аспекте подразделяются на **торговые** и **промышленные** зоны. Их также можно разделить на ряд других видов: производственные зоны, в

которых производится товар, предназначенный на экспорт; свободные таможенные территории, предусматривающие освобождение товара от таможенных пошлин при импорте и экспорте; зоны свободной торговли, отличающиеся устранением каких-либо видов торговых ограничений; зоны осуществления работ совместного предпринимательства; технологические зоны; свободные открытые зоны с возможностью высокого уровня доступа к ним резидентов других стран и др.

В торговых зонах осуществляются **манипуляции с товаром** с целью его подготовки к рынку: хранение, измерение, маркировка, упаковка, сборка, разборка подготовленных образцов или товаров к отправке и др.

В промышленных зонах осуществляется **переработка товара**.

В национальном законодательстве государств ставят **условия для создания и работы** свободных таможенных зон, их виды и характер операций, которым товар может подвергаться. При контроле входа товара в свободную зону таможенные власти, обыкновенно, проверяют только те данные, которые считаются абсолютно необходимыми согласно закону, за что отвечает надлежащий государственный таможенный орган. Свободное размещение подразумевает не только его освобождение от импортных таможенных пошлин, но и освобождение от внутренних государственных пошлин и налогов. Статус зоны позволяет и свободный импорт оборудования для внутренних потребностей зоны с целью обеспечения транспортировки, хранения, переработки товара и т. п. Зоны, как правило, имеют **общества хозяйствования**, принимающие **общие условия работы**, а также имеющие прайс-лист услуг. Конкретные права и обязанности между зоной и клиентом устанавливаются в отдельной сделке.

За аренду складских помещений обычно предусматривается денежное возмещение, исчисляемое исходя из занимаемого метража и количества дней аренды. **Зона**, как правило, **обязуется**: передать пользователю открытое или закрытое складское помещение внутри своей территории; обеспечить охрану арендованной площадки; предоставить, по возможности, другие услуги по требованию арендатора склада; выступить в роли уполномоченного лица клиента с целью реализации конкретных операций; оказать услуги по подготовке и

обработке таможенной декларации и другой документации, сопровождающей товар. **Клиент обязан:** уплатить предусмотренное договором возмещение за площадку и стоимость предоставленных ему складских услуг; использовать складское помещение в оговоренных целях; передать обществу хозяйствования зоной копии транспортных документов, торговые счета и/или другие документы, подтверждающие вид, количество, качество, происхождение, способ упаковки, а также собственность на товар; заранее уведомить общество зоны о дате прибытия товара в зону и о дате предполагаемого вывоза его части или всего количества с территории зоны; организовывать доставку товара в зону и отправку с ее территории и т. д.

При вхождении и при выходе товара обязательно составляется **приемный и отгрузочный протокол**, который подписывают уполномоченные лица обеих сторон. Чаще всего клиент может вывести товар только после оплаты всех долгов, возникших в связи с предоставленными услугами или в связи с размещением товара в зоне. В противном случае зона имеет право задержать товар до полной оплаты долгов клиента. Для осуществления деятельности в зоне предусмотрено рабочее время зоны.

Национальное законодательство предусматривает уплату импортных пошлин, которые применяются к товару, в случае если он выходит из зоны на таможенную территорию государства местонахождения самой зоны. В случае принятия компетентными органами решения о **ликвидации** зоны необходимо обеспечить достаточно времени заинтересованным лицам с целью защиты их собственного имущества и товара в зоне.

Многие государства принимают **закон о свободных таможенных зонах**, в котором устанавливают порядок и условия создания и ликвидации свободных таможенных зон и осуществления деятельности в них. Пользователями зоны являются как национальные, так и иностранные юридические или физические лица. Учредители зоны создают **общество управления зоной**. Общество утверждает способ использования зоны, осуществление ее деятельности и регулирует внутренний порядок в зоне. Общество и пользователь на договорном основании регулируют взаимные права и обязанности. Товар, который из зоны идет в торговый оборот на национальном и международном рынке, подвергается обязательству

оплаты таможенных и других импортных пошлин. Таможенный орган, который мониторит работу в зоне, удостоверяет факт производства товара в зоне. В случае прекращения работы зоны все потребители ее услуг сохраняют право собственности на товары, права и денежные средства и имеют право продолжить работу согласно нормам, применяющимся к осуществлению хозяйственной деятельности вне территории зоны.

Национальным законодательством, регулирующим эту материю, предусматривается возможность установления делового сотрудничества между национальными хозяйственными организациями и иностранными фирмами в зонах, например, в сфере: оказания услуг в процессе переработки товара иностранного происхождения (индустриальная переработка, ручная переработка, упаковка, ремонт), других торговых манипуляций с товаром и т. д.; участия в строительстве складов и других объектов, в их финансировании, а также использовании средств, необходимых для осуществления работы иностранной фирмы в зоне. Такое деловое сотрудничество регулируется договором между национальным и иностранным лицом, обыкновенно в письменном виде.

Все, что сказано относительно свободных таможенных зон, касается и свободных портов. **Свободные таможенные порты** являются частью территориальных вод одного государства, которые определены таким простором и могут быть, на основании международного договора, выделены другому государству. Простор порта находится вне режима таможенной территории государства своего местонахождения и вне его таможенных границ, с выделенными ему свободными складскими помещениями. Таким образом, государства, не имеющие выхода к берегу моря, получают возможность в экономическом и торговом смысле обеспечить выход к речным и морским портам.

3. Меры административного государственного ограничения внешнеторгового оборота

Государство, выступая в роли **jurae imperii**, во всех странах мира регулирует внешнюю торговлю. Государственное регулирование внешней торговли (**Foreign trade regulation**) представляет собой

систему нормативных актов государства, которыми устанавливаются общие рамки, юридические и другие предпосылки осуществления торговой деятельности субъектов в соответствии с задачами экономической политики государства и достижения определенных целей на международном рынке обмена товарами, услугами и деньгами.

Каждое государство заинтересовано в осуществлении внешне-торговой деятельности своими торгующими субъектами и контроле над этой деятельностью. В области внешнеторгового оборота **влияние государственных органов** реализуется через систему мероприятий и методов, которые можно разделить **на две основные группы:**

- а) **экономические (тарифные);**
- б) **административные (нетарифные).**

Между методом экономического характера и мерами административного влияния существуют принципиальные различия. При использовании **экономических средств**, окончательное право выбора между импортным товаром и товаром национального происхождения в процессе покупки имеет потребитель, руководствующийся ценой, качеством, условиями поставки товара и т. п.

Экономические меры влияния направлены на изменение ставок таможенного тарифа и таможенных пошлин, а также потом различных видов налогов, импортных депозитов, которые ведут к удорожанию импортного товара, понижая его конкурентоспособность на внутреннем рынке по сравнению с национальной продукцией одинакового вида, качества и количества и т. п.

Когда используются **административные меры влияния**, нарушается рыночный механизм, снижается ассортимент товара на национальном рынке, а возможность доступа потребителя к ресурсам фактически насильно ограничивается только товаром и продуктами национального происхождения.

Административные (нетарифные) ограничения подразделяются на **две категории:**

- а) меры по количественным ограничениям;
- б) меры технического характера.

Это означает, что административное (нетарифное) регулирование внешнеторговых отношений реализуется через применение

организационно-правовых мер, проявляющихся в виде ограничений, запретов и контроля над импортом и экспортом определенного вида товара, т. е. продукта. Примеры административного регулирования международных торговых отношений в области импорта и экспорта являются в форме: количественных ограничений (контингенты, квоты); системы согласий и разрешений (лицензирование); экономических санкций (эмбарго) импорта - экспорта и бойкота иностранного товара⁴; специфических технических требований относительно товара либо его упаковки; бюрократического усложнения процедуры растормаживания товара, санитарных ограничений и т. п.⁵

3.1. Характеристики, формы и методы торговых государственных ограничений

Торговые ограничения, в основном, касаются контроля импорта и экспорта товара. Их введение в торговое законодательство и в практику, имеет различные причины, мотивацию и цели, которым определенные государства стремят.

Кроме национальных мер влияния в современных отношениях можно говорить не только о тенденциях унифицированного

⁴ Крайней формой государственного ограничения внешней торговли являются экономические санкции, включающие торговое эмбарго – запрещение государством импорта из какой-либо страны, либо бойкот - запрещение экспорта в какую-либо страну товаров и услуг, с запрещением денежного оборота. Страна вводит эмбарго на торговлю с другой страной, как правило, по политическим мотивам. Экономические санкции по отношению к какой-либо стране могут также носить коллективный характер, например, когда они вводятся по решению ООН. Типичный пример этого — случай с Союзной Республикой Югославией, против которой по политическим причинам принята Резолюция ООН Но-757 о применении экономических санкций, которые официально продолжались более 5 лет и почти разрушили экономический порядок страны.

⁵ В рамках ВТО и ГАТТ предусматривается около 600 видов нетарифных ограничений, объединенных в 5 групп: количественные ограничения и т. п.; нетарифные сборы, налоги, финансовые меры; субсидии экспортерам и импортозамещающим производствам; ограничительная практика правительственных органов; технические барьеры в торговле. К нетарифным мерам причисляют также таможенные формальности, ведущие к задержкам таможенного оформления и дающие основания считать, что они выходят за пределы нормальной и общепринятой таможенной практики.

регулирования этой отрасли, но и о введении специфических торговых ограничений на международном уровне. Современные тенденции в этой отрасли характеризуются осознанием того, что **юридический и фактический национализм** в применении мер торговых ограничений является противоположным интересу торгового и экономического развития каждой страны.

Национальная экономическая стратегия в перераспределении товаров и услуг одной страны с остатком мира должна учитывать весьма **негативное коллективное отношение международных торговых форумов** к мерам односторонних государственных торговых рестрикций и ограничений. Считается, что количественные ограничения являются самым методом, созданным с целью ограничения торговли. Одно из их последствий проявляется как дискриминация и ограничение развития частного предпринимательства⁶.

3.2. Традиционные виды административно – торговых ограничений

Исторически смотря, административно-торговые ограничения чаще всего использовались в виде⁷:

а) режима товарных и валютных контингентов, т. е. квотой⁸;

⁶ Об этом см.: П. Шулејић, Спољнотрговинско пословање, "Правни живот", бр. 5-6/1992, стр. 673. С. Wilcox, *A Chapter for World Trade*, New York, 1949, p. 81-82. О томе и: J. Viner, *International Economics*, Glencoc, III, "Free press", 1951, p. 169-172; Видети: Barcel, *GATT-Law and Legal Problems*, Bydapest, 1995. p. 125-150. Об этом ближе см.: Г. Трнавци: Квантитативна трговинска ограничења у нормативним оквирима Светске трговинске организације, "Правни живот", бр. 11/1998. стр. 705. Пока в фазе попытки создания *International Trade Organization (ITO)*, в первой половине XX в., а также и по поводу восстановления *GATT*, в 1947 г., квантитативная ограничения считались большим злом для международных торговых отношений.

⁷ На основании: Обрадовић С. Техника спољне трговине. — Београд, 1957. — С. 22.

⁸ **Квота (Quota) и контингент** представляют разновидность количественного ограничения. Это ограничение импорта (экспорта) тех или иных товаров по количеству или стоимости. Квота может носить глобальный, нераспределенный по географическим направлениям торговли, характер или быть установлена в отношении определенной страны (стран). Встречаются также двусторонние квоты, которые практикуются в случаях, когда экспортеры ограничивают свой экспорт, а импортеры

б) режима разрешения или лицензии;

в) режима контроля торговли стратегическими продуктами, а также в некоторых других формах.

а) Режим товарных и валютных контингентов либо квотой подразумевает определение максимального количества товара, который в конкретном периоде можно импортировать (импортная квота) или экспортировать (экспортная квота), либо утверждение размера максимального количества валюты и средств, которые можно использовать для определенных внешнеторговых транзакций.

Импортная квота представляет собой количественное измерение и инструмент административного регулирования импорта, которым одновременно определяется значение импорта для отдельных торговых отраслей и хозяйства страны в целом.

Экспортная квота является количественным показателем значения экспорта в конкретной торговой отрасли и показателем производства определенных видов продукции. Правовые нормы, на основании которых государство определяет контингент, оставляет свободу осуществлению импортных операций до полного использования контингента. В режиме разрешения импорта либо экспорта определенного вида продукции государство должно учитывать целесообразность объема, т. е. пределы, до которых оправдано выдавать импортные и экспортные разрешения. Практически, государство само должно определить какой-либо вид контингента. Во время появления контингентов торговые ограничения характеризовались по форме контингентов, которые реализовывались на основании выданных государством разрешений. По своей сути, внешнеторговый оборот представляет собой своеобразный вид перераспределения национального продукта, а количественные ограничения, как государственная мера, основание применения которой находится в природе *ius cogens*, оправданны, только если они являются мерами защиты национального рынка.

Франция была первым государством, которое ввело квоты (контингенты) в периоде Великого мирового кризиса 30-х годов XX века. С их введением хотелось достичь ограничений действия

устанавливают квоты для экспортеров (например, в рамках договоренностей в сфере торговли текстильными изделиями).

таможенных пошлин, которые, в условиях кризиса, стали плохими мерами защиты национального рынка. Применение этих мер, косвенно или прямо, приводило к тому, что ущемлялись интересы отдельных стран. В результате были проведены переговоры Франции с заинтересованными странами, с целью обеспечения минимальных квот на импорт товара из их государств на французский рынок. Общий контингент, утверждающийся Францией, был разделен на несколько контингентов. После такой практики квотирование было применено и в других государствах.

б) Режимом разрешения или лицензии обусловливается право импорта, т. е. экспорта продукции путем получения отдельных разрешений без определения контингентов.

в) Режимом контроля торговли стратегическими продуктами устанавливаются количественные ограничения, имеющие свои отдельные причины.

Так, в США и некоторых других развитых странах применялись специальные правовые нормы, запрещающие или ограничивающие экспорт определенных продуктов в страны плановой экономики. Такие ограничения применялись либо по отношению к определенному государству, либо касались конкретного вида товара, а иногда они проявлялись и в смешанном виде⁹.

В настоящее время в США, поскольку не имеется в силу общего режима запрещения экспорта в конкретное государство либо экспорта определенных видов товаров, необходимым является предварительное разрешение Министерства торговли США (англ. *Department of Commerce*). Как правило, это касается продукции, которая может использоваться в военной промышленности, несмотря на то, что это использование не представляет ее основную функцию. В этом плане особую роль играет Министерство обороны США (англ. *Department of Defense*), которое уполномочено требовать запрещения экспорта до тех пор, пока не будет проведена проверка того, что такой вид торговли не противоречит государственным интересам¹⁰.

⁹ В США этот вопрос урегулирован Законом о контроле за экспортом (англ. *The Export Administration Act*), особенно в ст. 240 и далее, а также сопровождающими подзаконными актами (англ. *Export Administration Regulations*). R. H. Folsom, M. W. Gordon, J. A. Spanogle, Minnesota, 1966, в переводе на сербский язык - Међународни трговачки послови, *VISIO MUNDI academic press*, 1997. стр.185.

¹⁰ Известный случай *Daedalus Enterprise Inc.* Ibidem, стр. 185.

В Великобритании на основании Постановления по стратегическим товарам от 1967 г.¹¹ существовала система контроля экспорта стратегических продуктов. Постановление предусматривало, что никто в Великобритании, включая ее граждан, иностранное правительство, другие органы власти или правовые и физические лица, не имеет права экспортировать товар, находящийся на территории страны, который Постановлением обозначен как стратегический продукт¹².

Контроль торговли стратегическими продуктами в международном плане существует между странами – членами НАТО альянсы (кроме Исландии, но с участием Японии), которые сотрудничают в рамках Координационного комитета многостороннего контроля экспорта (КОКОМ). Этот орган был в свое время создан для рассмотрения вопросов поставки стратегической технологий западного производства странам Восточного блока. КОКОМ составляет список товаров и технологий, оборот которых подвергается контролю по стратегическим причинам. Списки контролируемого товара на основании односторонней политики НАТО союза¹³ рассматриваются и утверждаются сроком на четыре года.

На уровне Европейского Союза предусматривается, что государства-члены могут вводить ограничения в товарооборот **в исключительных случаях**. Так, ст. 30 Римского Договора о создании Европейского экономического союза содержит исчерпывающий перечень **пяти** оснований для введения государствами-членами ограничений свободы движения товаров¹⁴. Такое решение позволяет обеспечить невозможность введения ограничений на свободу движения капиталов без достаточно серьезных оснований¹⁵.

¹¹ SI, 1967, No-983.

¹² См.: *Schmitthoff's Export Trade*, Moskva, 1993, стр. 399.

¹³ О контроле со стороны КОКОМ, см.: *British Business Supplement*, 3. March 1989, "Security Export Control", на основании: *Schmitthoff's Export Trade*, *ibid.* стр.488.

¹⁴ Основанием ограничения свободы движения товаров является защита: общественной морали, общественного порядка или общественной безопасности; здоровья и жизни людей, животных или растений; национальных сокровищ, имеющих художественную, историческую или археологическую ценность и промышленной, коммерческой и интеллектуальной собственности.

¹⁵ На практике, в ряде решений, Суд ЕС интерпретировал эту статью максимально узким образом.

4. Международная классификация мер и методов государственного ограничения торговли

Самая широкая принятая классификация нетарифных, другими словами, **административных мер** государственного ограничения торговли, определена в рамках ООН. Она охватывает три метода с различными инструментами своего действия:

а) **методы прямого, непосредственного ограничения импорта** с целью защиты производства в отдельных промышленных отраслях путем применения: лицензий и квот; антидемпинговых и компенсационных пошлин; импортных депозитов (так называемое «добровольное ограничение» экспорта, компенсационные таксы, система минимальных импортных цен и т. д.);

б) **методы косвенного влияния на ограничение установления и реализации внешнеторговых отношений** характеризует административно- бюрократическая процедура, вследствие чего ограничивается объем торговли: таможенные формальности; технические стандарты и нормы; санитарные и ветеринарные нормы; требования относительно упаковки и маркировки товара и т. п.;¹⁶

в) **меры не прямого ограничения импорта или стимулирования экспорта.**

Первая группа мер является самой многочисленной. Она охватывает почти половину всех известных мер таких действий. Как самые распространенные инструменты прямого регулирования экспорта, а иногда и импорта являются лицензии и квоты. Система лицензирования подразумевает, что государство с помощью компетентного органа государственного управления (например,

¹⁶ Характерным примером этой группы мер была практика растормаживания импортных магнитофонов во Франции. Растормаживание этих продуктов осуществлялось в одном маленьком таможенном пункте, у которого была плохая служба, и который был далеко от города. Таким образом, очевидно, происходило торможение продаж, прежде всего, японских магнитофонов на французском рынке, пока не было подписано соглашение о добровольной экспортной квоте, на основании которого Япония ограничила свое присутствие на рынке Франции. Перуанские таможенники, например, несколько месяцев, сопровождали процедуру растормаживания, задерживая товар на складских помещениях. Для этого надо было платить возмещение складу, что увеличивало продажную цену этого товара на национальном рынке. Об этом: С. Обрадовић, *op. cit.* стр. 20 и дальше.

министерства внешней торговли) выдает разрешение на осуществление внешнеторговых операций, предметом которых могут быть только лицензируемые товары.

Лицензии характеризуются различными формами и предусмотренной процедурой. Они могут быть:

а) генеральные лицензии, позволяющие беспрепятственный импорт или экспорт товара, находящегося в отдельном списке, который действует в определенный период времени;

б) специальные (отдельные) лицензии, на основании которых одобряется импорт либо экспорт определенного вида товара или продукции по сделке с иностранным партнером. В лицензии указывается количество, стоимость товара, страна его происхождения, пункт назначения, таможенный пункт, через который реализуется импорт либо экспорт и т. п.

Система лицензий находится в непосредственной взаимосвязи с количественными ограничениями – квотами на импорт и экспорт товара. С их помощью можно определить товар, предназначенный для импорта или экспорта в определенный период времени с указанием объема в денежном выражении, либо физическом количестве.

Квоты разделяются на:

а) глобальные (общие) и отдельные касающиеся торговых отношений одной страны с другими государствами, т. е. которые выделены торговому субъекту в одном конкретном государстве;

б) сезонные квоты, относящиеся к ограничениям в связи с импортом и экспортом в определенный период времени (сезоны);

в) квоты добровольного ограничения экспорта, с помощью которых количественные ограничения товара и регулирование внешнеторговых операций реализуется с использованием специальных (одиночных) лицензий.

Использование системы лицензирования в регулировании внешнеторговых отношений в отдельных государствах основывается на, международном уровне, принятых правовых нормах. Среди них можно отметить нормы Общего соглашения по таможене и торговле (*ГАТТ*), а также Соглашения о процедуре лицензирования импорта, заключенного в рамках Всемирной торговой организации.

Совет по торговле товарами в 1996 г. принял Решение¹⁷ с приложением перечня количественных ограничений, упомянутых *egzempli causa* (как пример). На основании этого перечня понятие количественных ограничений охватывает: запрещение импорта и экспорта, кроме чрезвычайных обстоятельств; глобальную квоту¹⁸; глобальную квоту, устанавливаемую одной страной; двухстороннюю квоту; автоматическое лицензирование; минимальные цены и др.

Большое значение для деловой практики имеет Глава VI (ст. 6.1-6.1.17.) Принципов международных торговых договоров, принятых Институтом по унификации частного права в Риме (*UNIDROIT Contract Principles*), которыми регулируется вопрос применения «публичных разрешений» (англ. *public permission*) для заключения и выполнения договоров в международном деловом обороте.

5. Влияние административных актов и ограничений на полноценность договоров в сфере международных экономических отношений

Несмотря на то, о каких государственных актах, как вида административного регулирования международных торговых отношений в области импорта и экспорта идет речь, возникает вопрос об их влиянии на полноценность договора торгового делового оборота. Как уже напомнили, эти акты предусматривают количественные ограничения как, например: контингенты, квоты; системы согласий и разрешений - лицензирование; запрещение импорта и экспорта, эмбарго; бойкот иностранного товара и т. п.

При этом правовые отношения между государством — с одной стороны, и юридическими и физическими лицами — с другой, не являются отношениями равноправия, которое присуще нормам

¹⁷ Г/1/59, Анекс, 1996.

¹⁸ А. *Quereshi*, *The WTO, Manchester and New York, 1966*, p. 16, подчеркивается, что количественные ограничения (рестрикции) могут быть глобальными и парциальными (частичными). Частичные ограничения называются квотами. Об этом: Г. Трнавци, *Квантитативна трговинска ограничења у нормативним оквирима Светске трговинске организације*, "Правни живот", бр. 11/1998, стр. 712.

имущественного (гражданского) права. Речь идет об отношении субординации¹⁹.

В определенных правовых системах существуют различные сравнительные подходы к влиянию административных актов государства на полноценность заключенных торговых договоров.

Так, совершение международных **девизных отношений**, в некоторых законодательствах, имеет юридическую силу только тогда, когда для их заключения и выполнения выдано разрешение надлежащего государственного органа. Без такого разрешения конкретный договор является ничтожным. Это значит, что государственный акт представляет собой необходимый формальный элемент для окончательного формирования и полноценной правовой работы²⁰.

С другой стороны, на основании положений большинства правовых систем, разрешение на **импорт, т. е. экспорт товара**, несмотря на то, что оно было предусмотрено национальным законодательством, не считается условием правовой действительности заключенного договора. Договор считается действительным, а проблема проявляется в невозможности его выполнения. В этом смысле затрагивается центральный вопрос каждого договорного отношения – вопрос ответственности за невыполнение или ненадлежащее выполнение коммерческого договора. Ввиду большинства мнений, сторона, на которой лежит обязательство обеспечить соответствующее разрешение надлежащих государственных органов, в случае неисполнения этого обязательства, должна возместить другой стороне ущерб. Надо подчеркнуть, что в теории и судебной практике²¹ существуют и другие подходы по этому вопросу. В любом случае, особо **важный совет**, имеющий большое практическое значение для конкретного поведения деловых участников международных торговых отношений, подразумевает внесение в текст контракта, что получение разрешения государственного органа

¹⁹ См.: В. Круль, Утицај административних одобрења и дозвола на закључење и испуњење уговора, Збирка радова из права спољне трговине, свеска 1, Београд, 1965, стр. 47.

²⁰ В. Круль, *ibidem*, стр. 51-52.

²¹ Об этом детальнее, см.: Р. Ђуровић, Међународно привредно право, Београд, 1997. — Стр. 258-259.

на заключение и выполнение конкретного договора является отлагательным условием для полноправного вступления договора в силу. Таким образом, сторона защищается от ответственности для невыполнения либо ненадлежащего выполнения договора вследствие неполучения соответствующего государственного акта, если он требуется национальным законодательством²².

В плане **международного автономного торгового правового** регулирования, особое значение для вопроса влияния государственных актов на заключение и выполнение деловых международных торговых договоров имеют ранее упомянутые Принципы международных коммерческих договоров (*UNIDROIT Contract Principles - UCP*). На основании Принципов, в случае, когда действительность или выполнение договора зависят от получения административного акта - публичного разрешения (англ. *public permission*), необходимо ответить на нескольких вопросов: кто имеет обязательство требовать получения разрешения;²³ когда необходимо такое требование предоставить государственному органу;²⁴ какие юридические последствия имеет отказ от требования получить административный акт до определенного срока;²⁵ какие последствия происходят из-за отказа государственного органа выдать административный акт?²⁶

Случаи, в которых правовой порядок определенного государства требует публичного разрешения, имеющее влияние на действительность договора либо на его выполнение:

а) если только одна сторона имеет свое местонахождение (*place of business*) в таком государстве, она должна предпринять необходимые меры для получения разрешения;

б) в любом другом случае обязанность предпринять необходимые меры для получения разрешения лежит на стороне, которая обязалась выполнить обязательство, в связи которым требуется административное разрешение (ч. 6.1.14 Принципов).

На основании ст. 6.1.17 Принципов, отказ в выдаче разрешения, затрагивающий действительность договора, делает его ничтожным. В

²² В связи с этим см.: Круль В. *op. cit.*, стр. 52; Буровић, *ibidem* P., стр. 260-261.

²³ См. Ст. 6.1.14 Принципов.

²⁴ Ст. 6.1.15 Принципов.

²⁵ Ст. 6.1.16 Принципов.

²⁶ Ст. 6.1.17 Принципов.

случае, когда разрешение касается только определенных условий контракта, только эти условия становятся недействительными, если с учетом обстоятельств представляется разумным оставить в силе остальную часть договора.

Если отказ в выдаче разрешения делает исполнение невозможным полностью или частично, то применяются нормы о неисполнении главы 7 Принципов.

Это означает, что правовые последствия отказа в получении административного государственного акта отличаются в зависимости от конкретных обстоятельств в каждом отдельном случае. Они могут быть определены самим текстом контракта между партнерами. Если же такие последствия в контракте не определены, они зависят от того, влияет ли получение разрешения на действительность контракта, или же оно относится только к его исполнению.

6. Контроль над применением нетарифных государственных торговых мер

В настоящей международной практике существует тенденция ограничения административных инструментов регулирования внешнеторговой деятельности. Считается, что применение административных мер контроля вызывает нежелательные последствия, прежде всего, в виде закрытия национального рынка. Это имеет негативные последствия для хозяйственной системы страны, которая их применяет. Такие последствия могут затронуть и хозяйственную жизнь других государств и ее потенциальных партнеров.

Нетарифное регулирование является целесообразным в чрезвычайных ситуациях, как выражение акта защиты национальной торговой системы либо в целях обеспечения исполнения обязательств, основанных на международных торговых соглашениях или сходных с ними договорах.

Как уже известно, совместная торговая политика **Европейского Союза** охватывает области таможи, заключение торговых и таможенных соглашений, меры торговой защиты единого рынка ЕС,

политику экспорта и др.²⁷ Основной системой защиты при ввозе в ЕС являются таможенные пошлины, пока количественные и другие нетарифные виды ограничений представляют исключение.

Можно заключить, что кроме классических таможенных пошлин, ЕС применяет и другие меры торговой защиты. Они являются как: квоты; контингенты; компенсационные пошлины; минимальная система цен на импорт; антидемпинг, антисубвенции, экспортные и ввозные субвенции; импортные кредиты и страхование в государственных фондах; прелевманы как вид импортных пошлин субвенционного действия (до вступления в силу Уругвайского раунда)²⁸.

Национальные законодательства отдельных государств во внешнеторговой сфере также гармонизируют политику применения защитных мер, согласовывая их, прежде всего, с мерами ВТО. Так, **Российская Федерация** еще в 1995 г. приняла Закон о государственном регулировании внешнеторговой деятельности²⁹, которым предусматривается, что Правительство РФ имеет право ввести количественные ограничения в чрезвычайных случаях, к которым относятся сохранение национальной безопасности Федерации, выполнение международных обязательств, защита внутреннего рынка и др.

²⁷ См.: ст. 113 Договора о создании Европейского содружества; Р. Вукадиновић, *Право Европске уније*, ЕЦПД, Београд, 1995, стр. 70-88; Д. Лопандић, *Трговинска политика ЕУ и Југославија*, ИЕН Београд, 1997, стр. 185.

ELM Volker, The major instruments of the Common Commercial Policy in: Protectionism and EC, Kluwer, Deventer, 1983. p. 17-51. См. в: Д. Лопандић, *О неким питањима усклађивања спољнотрговинског система СР Југославије са прописима Европске уније*, Правни факултет у Нишу, Саветовање, децембар, 1998. стр. 3. Результатом 8-го Уругвайского раунда стало создание новой многосторонней системы международной торговли и замена ГАТТ Всемирной торговой организацией (ВТО), которая начала свою деятельность в 1995 г. Ее членами-основателями стала 81 страна. Соглашению о создании ВТО предшествовал 7-летний период переговоров в рамках "уругвайского раунда". ВТО помимо принципов ГАТТ включает в себя Соглашение о торговле услугами (ГАТС) и соглашение по торговым аспектам интеллектуальной собственности (ТРИПС). ВТО также регулирует международный обмен услугами и интеллектуальной собственностью и контролирует защиту инвестиций.

²⁹ Российская газета, 24.10.1995.

Несомненно, общая мировая тенденция в отношении запрещения применения количественных ограничений проявляется, прежде всего, в рамках ГАТТ и ВТО, особенно в ст. XI Соглашения ГАТТ, известной под названием «ГАТТ квота запрещения (**прохибиционная квота**)» (англ. *GATT's quota prohibition*). Действие этой части ГАТТ является значительно более широким по сравнению с чистым запрещением применения квот. Торговые (ввозные и импортные) виды запрещений могут применяться только в форме таможенных пошлин. Налоги и иные сборы представляют собой выражение принципа национального режима, содержащегося в ст. III Соглашения ГАТТ. Статьей XI Соглашения ГАТТ запрещается установление других видов запрещений и ограничений, прежде всех, импортных барьеров. Однако это правило предусматривает ряд исключений, которые во время принятия Соглашения в 1947 г. представляли компромисс между сторонами, подписавшими его. Так, значительные исключения предусмотрены в применении экспортных запрещений или ограничений, необходимых для предотвращения критического дефицита пищевых продуктов либо других стратегических товаров, имеющих стратегическое значение для экспортирующей стороны³⁰; соблюдения требований рыночных стандартов, а также в случае осуществления торговли сельскохозяйственными продуктами, с целью применения правительственных программ в отрасли сельского хозяйства³¹.

Особо важное исключение касается возможности применения количественных ограничений вследствие существования проблемы в связи с валютным балансом. Например, количественные ограничения импорта могут быть установлены с целью устранения непосредственной угрозы или предупреждения серьезного снижения монетарных резервов³², или с целью достижения разумного уровня и увеличения монетарных запасов в отношении договаривающихся сторон с очень низким уровнем таких запасов³³.

³⁰ См.: ст. XI, ст. 2 ГАТТ. Со статистической стороны, самые большие количественные ограничения применялись в торговле сельскохозяйственными продуктами, особенно со стороны развитых стран. Об этом: Г. Трнавци, *op. cit.* стр. 709.

³¹ Ст. XI, ст. 2а. ГАТТ.

³² Ст. XIII, ст. 2. (а) (i) ГАТТ.

³³ Ст. XIII, ст. 2. (а) (ii) ГАТТ.

По результатам Уругвайского раунда переговоров был подписан Договор о платежном балансовом распределении Общего соглашения по таможене и торговле от 1994 г., на основании которого страны — члены ВТО³⁴ взяли на себя обязательство прекратить применение количественных ограничений в связи с проблемами баланса платежей.

Кроме упомянутых, существуют и другие исключения, касающиеся запрещения применения количественных ограничений³⁵.

Стоит отметить, что ГАТТ в общей форме **запрещает** использовать меры, ограничивающие внешнюю торговлю, **кроме** таможенных тарифов.

Как уже ранее упоминалось, право ВТО своим главным эффектом и целью имеет сужение административных границ государств по пути к либерализации обмена товарами и услугами, что приводит к **частичному ограничению государственного суверенитета** и его передаче международным торговым учреждениям, прежде всего, Всемирной торговой организации.

Из всего сказанного подтверждается, что государство в рамках своего полного **торгового суверенитета**, не только что **иницирует**, но своими мерами **стимулирует** и помогает развитию деятельности хозяйствующих субъектов на международном рынке.

³⁴ См. *web site WTO: www.WTO.org*.

³⁵ Среди них совпадают: вне таможенные меры с целью промоции новых промышленных отраслей (исключение в отношении «промышленности в развитии» (англ. *infant industries exception*); ограничения на основании оговорки отозвания (англ. *temporary escape clause measure*), предусмотренные ст. XIX ГАТТ; барьеры на основании общих исключений (англ. *general exceptions*), предусмотренных ст. XX; применение барьеров по причинам сохранения национальной безопасности (англ. *security exceptions*). См. ст. XXI ГАТТ. Некоторые ограничения можно оформить протоколами о присоединении к ВТО (англ. *protocol of accession*), на основании которых страны-кандидаты в ходе переговоров в связи с присоединением, могут предусмотреть изъятие государственных национальных ограничений из режима общих количественных ограничений.

*Проф. др Александар Ђирић,
Правни факултет у Нишу*

ЕКОНОМСКЕ ГРАНИЦЕ ДРЖАВЕ И МЕРЕ ДРЖАВНОГ ОГРАНИЧЕЊА СПОЉНОТРГОВИНСКОГ ПРОМЕТА

Резиме

*Рад је посвећен држави као субјекту међународног трговинског права и мери њеног учешћа у међународним трговинским односима. У тој области се држава јавља у различитим улогама. У првом реду, она учествује у међународним економским односима у својству носиоца суверених овлашћења (*iurae imperii*), дакле као посебан чинилац међународне заједнице и субјект са јавноправном улогом. Она је субјект изградње правних оквира и одговарајуће економске политике неопходне за настанак међународних пословних односа у које ће ступити други субјекти међународног трговинског права. Доношењем административних аката она може утицати на могућност настанка, као и на пуноважност уговора својих трговачких субјеката са њиховим партнерима у иностранству. Држава не само да иницира, него бројним мерама подстиче и помаже развој делатности својих привредника на међународном плану. Јасно је да у савременим односима држава не може да доноси мере унилатералног карактера, без било каквих ограничења, већ је дужна да респектује ставове међународних организација и установа, као што су Европска унија и Светска трговинска организација, која доноси одговарајуће одлуке планетарног дејства од најширег значаја.*

**УГОВОР О УСТУПАЊУ И РАСПОДЕЛИ
ИМОВИНЕ ЗА ЖИВОТА**
- законодавство, теорија и пракса - ¹

Апстракт. У раду аутор анализира законска решења, домаћег законодавца, посвећена уговору о уступању и расподели имовине за живота, посебно фокусирајући своју пажњу на њихову применљивост у пракси. Аутор се залаже за "брисање" постојећих разлика у третману супружника у односу на потомке уступноца, приликом давања сагласности за закључење овог уговора, и аргументовано се противи различитом третирању појединих обавеза које могу теретити потомке и разликама у поступцима које спроводе судови у случајевима раскидања овог правног посла. По схватању аутора, постојећа правна празнина у порескоправним прописима о томе какав је положај уговорних страна, као могућих пореских обвезника, приликом закључења или раскидања уговора о уступању и расподели имовине за живота, као теретног правног посла, мора бити попуњена одговарајућим решењима, како би се избегло различито поступање пореских органа и надлежних судова у идентичним случајевима и самим тим неједнак третман страна уговорница у сфери пореског права.

Кључне речи: субјекти, форма, предмет, раскид уговорног односа, порези.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту "Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине.

Уводне напомене

Уговор о уступању и расподели имовине за живота јесте правни посао којим једна уговорна страна (уступилац имовине) уступа² и расподељује за живота другој уговорној страни (прималац имовине), са накнадом или без ње, своју имовину или њен део, који постоји у време његовог закључења.

Иако је реч о облигационоправном уговору, будући да се њиме располаже имовинским добрима *inter vivos*, он је нормативно обликован Законом о наслеђивању Републике Србије.³ Овакав потез домаћег законодавца, с једне стране, правда се специфичном законодавном техником која је деценијама присутна на нашим просторима. С друге стране, чињеница да овај правни посао могу закључити искључиво субјекти, крвни сродници у правој линији, који би се по правилима редовног законског наслеђивања могли узајамно наслеђивати, и да он производи одређене наследноправне последице, дају оправдања за овакав третман уговора о уступању и расподели имовине за живота.

Предмет наше пажње у раду јесу управо законска решења посвећена уговору о уступању и расподели имовине за живота, сагледана кроз призму домаће теорије и праксе, са циљем да се преиспита њихова нормативна вредност и домашај применљивости у социјалном реалитету.

² С правом је примећено у теорији да употребљени правно-технички израз "уступање" није адекватан за означавање преласка имовине са једног субјекта на друга лица, да се углавном односи на пренос потраживања, и да је прихватљивије решење употреба термина "уручење" или "предаја". О томе детаљније видети код М. Креч – Ђ. Павић, Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом, Загреб, 1964, стр. 331.

³ "Сл. гласник РС", бр. 46/1995, 101/2003.

1. Субјекти који могу закључити овај уговор

Уговор о уступању и расподели имовине за живота могу једино закључити предак, као уступилац имовине, и његови потомци, као примаоци имовине.⁴

За пуноважност уговора о уступању и расподели имовине за живота, српски законодавац инсистира на сагласности, истовремено или накнадно, датој од свих потомака који би по правилима интестатског наслеђивања били позвани на наслеђе.⁵ У супротном, овај правни посао трансформише се у уговор о поклону.

На пуноважност уговора нема утицаја чињеница да су његовом закључењу приступили и потомци који не би могли наследити уступеоца, због првенства у наслеђивању других потомака.⁶

За разлику од Закона о наслеђивању Републике Србије из 1974. године,⁷ важећи наследноправни прописи ништа не казују о утицају, на пуноважност овог правног посла, чињенице накнадно рођеног детета преносиоца имовине и појављивања потомка који је проглашен умрлим.⁸ Ћутање законодавца у Републици Србији, у погледу ове правне ситуације, може бити протумачено и тако да уговор о уступању и расподели имовине за живота производи дејство, независно од наступања ових чињеница,⁹ што нема много оправдања, будући да је услов пуноважности овог уговора управо сагласност свих потомака претка који би били позвани да га наследе. Због могућности различите интерпретације ове правне празнине у судској пракси, сматрамо да је неопходно у законски текст унети решење да је за пуноважност уговора потребна сагласност и ових субјеката.¹⁰

⁴ Видети чл. 182 Закона о наслеђивању Републике Србије.

⁵ О томе опширније видети код О. Антић – З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 481-482.

⁶ Тако и М. Креч – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 335.

⁷ "Сл. гласник СРС", бр. 52/1974, 1/1980, 25/1982, 48/1988.

⁸ Видети чл. 110, ст. 2 раније важећег Закона о наслеђивању Републике Србије.

⁹ Супротно мишљење видети код О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 486-487; И. Бабић, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 2005, стр. 284-285.

¹⁰ Детаљније о томе видети код М. Креч – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 341-342; Ј. Црних – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Ружђак – З. Кохарић, Ново наследноправно уређење, Загреб, 2003, стр. 131-132.

И поред тога што нема потребне сагласности од стране потомака претка који преноси имовину, уговор о уступању и расподели имовине за живота произвешће пун правни ефекат уколико потомак, који је требало да се сагласи са садржином овог уговора умре пре уступеоца имовине или се одрекне наслеђа или је недостојан за наслеђивање, а нема свог порода.¹¹

Нови законски текст не помиње, у односу на раније важећи Закон о наслеђивању,¹² искључење из наслеђа потомка, као могући узрок који може анулирати дејство несагласности потомка у односу на уговор о уступању и расподели имовине за живота. Будући да овај вид разбаштињења наследника може имати за последицу да потомак, уколико уступилац располаже својом заоставштином завештањем, ништа не добије на име законског наследног дела, сматрамо да и он мора бити саставни део законске формулације који се односи на пуноважност овог уговора, и поред тога што неко од потомака није дао сагласност за његово закључење.

Супружник уступеоца имовине може бити уговорна страна код овог уговора, али и не мора. То, међутим, по слову закона, не утиче на пуноважност овог правног посла,¹³ већ само на његово пуно правно дејство,¹⁴ што ће рећи да уговор о уступању и расподели имовине за живота и даље важи као овакав уговор, а само у односу на супружника као уговор о поклону. Идентично решење важи и у случају када се супружник није сагласио са садржином уговора о уступању и расподели имовине за живота.

С обзиром на то да супружник оставиоца, када наслеђује у првом законском наследном реду, осим једног изузетка садржаног у чл. 9, ст. 3 Закона о наслеђивању, има идентичан наследноправни положај као и дете оставиоца, несхватљиво је овакво разликовање, које чини српски законодавац, у погледу утицаја сагласности супружника и потомака уступеоца на пуноважност уговора о уступању и расподели имовине за живота. Стога, сматрамо да измене и допуне Закона о наслеђивању Републике Србије морају ићи у правцу изједначавања

¹¹ Видети чл. 183, ст. 3 Закона о наслеђивању Републике Србије.

¹² Видети чл. 107, ст. 5 раније важећег Закона о наслеђивању Републике Србије.

¹³ Видети чл. 189 Закона о наслеђивању Републике Србије.

¹⁴ Опширније о томе видети код С. Сворцан, Коментар Закона о наслеђивању, са судском праксом, Крагујевац, 2004, стр. 405-406.

супружника и потомака уступиоца, када је у питању њихова сагласност за закључење овог уговора.¹⁵

Необухватање или несагласност супружника уступиоца имовине садржином уговора о уступању и расподели имовине за живота, пак, рефлектује, као последицу, пуноважност уговора о уступању и расподели имовине за живота између потомака, и његову трансформацију у уговор о поклону у односу на супружника, да би он могао, пошто није уговорна страна овог уговора, намирити своје право на нужни део. Из стилизације законске одредбе, посвећене овом питању,¹⁶ не може се са сигурношћу закључити да ли супружнику у том случају припада право да захтева урачунавање у наследни део. У литератури срећемо два дијаметрално супротна гледишта. На једној страни, има мишљења да се у таквом случају не може применити институт *collatio bonorum*.¹⁷ На другој страни, постоје аутори који сматрају прихватљивим урачунавање поклоне и испорука, у случају када супружник није уговорна страна код овог правног посла.¹⁸ Мишљења смо да, пошто је *collatio bonorum* само један од могућих начина којим се, поред основне сврхе – изједначавање санаследника у добротним примањима, посредно може заштити и намирити нужни део, да је овде законодавац управо то имао у виду.

Истражена пракса Општинског суда у Нишу за период од 2002. до 2007. године¹⁹ показала је да се у већини обрађених случајева доследно поштују решења домаћег законодавца која се односе на субјекте овог правног посла. Занимљиво је, међутим, приметити да се у скоро свим закљученим уговорима у положају уступиоца налази

¹⁵ У том правцу такође видети код N. Gavella, *Насљедно право*, Загреб, 1990, стр. 364. Супротно мишљење видети код В. Ристић, *Практикум за наслеђе*, Београд, 1996, стр. 141.

¹⁶ Видети чл. 189, ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Србије.

¹⁷ М. Креч – Ћ. Павић, *op. cit.*, стр. 353; И. Бабић, *op. cit.*, 288.

¹⁸ N. Gavella, *op. cit.*, 365.

¹⁹ У овом периоду, по годинама, закључено је: у 2002. години, 48 ових уговора, наредне године, 39, 2004. године 36 уговора, 2005. године, нешто више, 50 уговора, 2006. године 34 и 2007. године 47 ових уговора. Колико у односу на овај уговор предњачи уговор о доживотном издржавања може се видети из следећих показатеља: у 2002. години било закључено 426 уговора о доживотном издржавању, 2003. године њихов број је био 439, 2004. године 462, 2005. године 430, 2006. године 420 и 2007. године 391 уговор о доживотном издржавању.

пар предака, те да су стога ретки примери у којима се уступа и расподељује имовина само једног од супружника.²⁰ Осим тога, пракса Општинског суда у Нишу показала је да често родитељи уговором о уступању и расподели имовине за живота само једном од потомака уступају своја имовинска права, са чиме се саглашавају остали потомци јер су претходно, по другом или истом, али раније сачињеном правном основу, од својих родоначелника већ добили одређена имовинска добра.²¹ Оно што свакако може бити предмет критике у раду Општинског суда јесте да је у неколико случајева дозволио закључење уговора о уступању и расподели имовине за живота, иако уступаца има само једног потомка.²² Смисао овог уговора јесте да још за живота родитељи уреде питање расподеле имовинских добара међу потомцима, како би се спречили или свели на најмању могућу меру у будућности потенцијални сукоби између њих. Овако, у присуству само једног потомка изиграва се слово закона о сврси закључења овог правног посла.

2. Форма уговора о уступању и расподели имовине за живота

Уговор о уступању и расподели имовине за живота спада у строго формалне правне послове. То подразумева да га судија мора, приликом потврђивања његове садржине, прочитати уговорним странама и упозорити их на правне последице његовог закључења. Недостатак формалних захтева повлачи ништавост овог уговора.²³ Дакле, не постоји могућност аутоматске конверзије овог правног посла у уговор о поклону, уколико је он оверен у суду. Сматрамо да ако садржина формално неисправног уговора о уступању и расподели

²⁰ Видети нпр. уговоре о уступању и расподели имовине за живота чија је садржина потврђена под бројевима: ЗР-79/2003; ЗР-101/2003; ЗР-127/2003; ЗР-244/2006; ЗР-281/2006; ЗР-851/2007; ЗР-896/2007; ЗР-972/2007.

²¹ Видети, примера ради, уговоре о уступању и расподели имовине за живота чија је садржина потврђена под бројевима: ЗР-53/2003; ЗР-92/2006; ЗР-244/2006; ЗР-281/2006; ЗР-291/2006; ЗР-293/2006; ЗР-851/2007; ЗР-896/2007; ЗР-972/2007.

²² Видети уговоре о уступању и расподели имовине за живота чија је садржина потврђена под бројевима: ЗР-79/2003; ЗР-150/2006; ЗР-854/2007; ЗР-935/2007.

²³ Видети чл. 184 Закона о наслеђивању Републике Србије.

имовине за живота несумњиво показује намеру даривања претка у корист потомака и њихово саглашавање са тим, да такав уговор треба признати као уговор о поклону, са свим правним последицама које одатле проистичу.²⁴

Строго постављени захтеви форме за овај правни посао морају бити испоштовани чак и ако би "блажа" форма била прописана за уговор који је комбинован са уступањем и расподелом (нпр. уговорено је издржавање код кога је за пренос имовинских права претка одређен тренутак закључења уговора).²⁵

3. Предмет уговора о уступању и расподели имовине за живота

Уговором о уступању и расподели имовине за живота предак презима обавезу да својим потомцима, који би по правилима редовног законског наслеђивања били позвани на наслеђе, уступи и расподели своја имовинска права, или њихов део који постоји у време закључења овог правног посла.

Став српског законодавца јасан је у погледу забране претку да располаже својим имовинским добрима која буде стекао од закључења овог правног посла до тренутка отварања наслеђа, будући да је реч о уговору о наслеђивању.²⁶ Уколико уговором о уступању и расподели имовине за живота буду обухваћена како имовинска добра која егзистирају у време закључења овог правног посла, тако и добра која ће стећи накнадно, ништавим се сматрају само ова друга располагања, али она повлаче ништавост уговора у целини ако он не може опстати без те ништаве одредбе или ако је она била услов или одлучујућа побуда због које је уговор закључен.²⁷ Да би се избегла оваква санкција домаћег законодавца препоручљиво је сачинити више уговора о уступању и расподели или закључити анекс уговора.

²⁴ Слично запажање видети и код М. Креч – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 336-337.

²⁵ *Ibidem*, стр. 348.

²⁶ Видети чл. 185 Закона о наслеђивању Републике Србије.

²⁷ Видети чл. 105 Закона о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; "Сл. лист СРЈ", бр. 31/1993; "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 (Уставна повеља).

По правилу, потомци од свог претка овим правним послом добијају, без накнаде, његова имовинска добра. Тада је реч о добротном правном послу. Уговор о уступању и расподели имовине за живота не губи то својство чак и кад је уступилац за себе, свог супруга или неко треће лице задржао нека права (нпр. право уживања, право становања).

Закон, међутим, не забрањује да се предвиде одговарајуће обавезе на страни потомака уступеоца. Тада уговор о уступању и расподели имовине за живота има све одлике једног теретног правног посла. Српски законодавац прописује да се овим уговором потомци могу обавезати да ће давати, до краја живота, издржавање или ренту уступеоцу, његовом супружнику или трећем лицу. Осим тога, могуће је предвидети да потомци преузму обавезу исплате дугова оставиоца или уговорити неку другу накнаду.

За разлику од уговора о уступању и расподели имовине за живота "оптерећеног" доживотним издржавањем или рентом који је увек теретан правни посао, јер се због алеаторности није могла формирати намера дарожљивости код уступеоца, код уговора о уступању и расподели имовине за живота којим су се потомци обавезали на неки други вид накнаде, он може бити делом наплатан, а делом бесплатан правни посао.²⁸

Важећи наследноправни прописи у Републици Србији посебно уређују ситуацију када су уживање или рента уговорени у корист уступеоца и његовог супружника, па један од њих умре. Тада, плодуживање и рента, у пуном обиму, прелазе на преживелог супружника. Евидентно је да оваквим потезом законодавац у Републици Србији тежи да што више заштити правну позицију претка или његовог супружника, после наступања смрти једног од њих. Нејасно је међутим, зашто закон различито третира обавезе, "продужавајући" живот једних у целини, а друге ограничавајући, везивањем искључиво за личност титулара.

Како је већ речено, пуноважан уговор о уступању и расподели имовине за живота подразумева да сва она имовинска права која су предмет уговорне обавезе претка не могу бити саставни део његове заоставштине и из њих се не може намирити нужни део потомака,

²⁸ Тако и С. Сворцан, *op. cit.*, 2004, стр. 410.

уколико је вредност заоставштине недовољна за исплату нужног дела. Сасвим другачије последице на установу нужног дела продукује конверзија уговора о уступању и расподели имовине за живота у уговор о поклону, у случају необухватања или несагласности неког од потомака уступиоца. Тада имовинска добра остављена овим уговором, по редовном току ствари, додају се нето вредности заоставштине, у циљу утврђивања основе за израчунавање вредности нужног дела, обрачунске вредности заоставштине. Осим тога, уступљена имовинска права могу, будући да се сматрају поклоном, бити предмет урачунавања у наследни део, ако за то постоји потребна иницијатива овлашћених субјеката. Такође, у случају повреде права на нужни део, као стварноправног овлашћења, потомак-нужни наследник може захтевати, у циљу остварења свог права, враћање поклона.

У пракси Општинског суда у Нишу има случајева да се уговор о уступању и расподели имовине за живота закључује као бестеретан правни посао, без икаквих додатних оптерећења.²⁹ Међутим, претежу случајеви закључених уговора којим се конституише доживотно уживање или право становања у корист претка.³⁰ У нешто мање случајева потомци преузимају обавезу да издржавају претка или да исплате трошкове његове сахране.³¹

4. Раскид уговора о уступању и расподели имовине за живота

Важећи наследноправни прописи у Републици Србији не уносе никакве новине, у погледу раскида уговора о уступању и расподели имовине за живота, у односу на раније примењиван Закон о насле-

²⁹ Видети, примера ради, уговоре о уступању и расподели имовине за живота чија је садржина потврђена под бројевима: ЗР-53/2003; ЗР-101/2003; ЗР-102/2006; ЗР-851/2007; ЗР-967/2007.

³⁰ Видети, нпр. уговоре о уступању и расподели имовине за живота чија је садржина потврђена под бројевима: ЗР-79/2003; ЗР-2/2006; ЗР-92/2006; ЗР-150/2006; ЗР-244/2006; ЗР-281/2006; ЗР-291/2006; ЗР-293/2006; ЗР-896/2007; ЗР-935/2007; ЗР-965/2007; ЗР-972/2007;

³¹ Видети, примера ради, уговоре о уступању и расподели имовине за живота чија је садржина потврђена под бројевима: ЗР-32/2003; ЗР-127/2003; ЗР-799/2007; ЗР-836/2007; ЗР-854/2007.

ђивању Републике Србије.³² Приметно је чак и задржавање неадекватне терминологије, јер само да подсетимо могућ је опозив једино једностране изјаве воље, а не уговора, како то српски законодавац чини.

Дакле, правне везе између уступиоца имовине и његових потомака могу бити раскинуте услед испољене грубе неблагодарности потомка или због неизвршавања уговорених обавеза. При том, с једне стране, надлежни суд, не упуштајући се у оцену целисходности раскида уговорног односа, само утврђује да ли је потомак показао грубу неблагодарност према претку,³³ ³⁴ да ли је извршио уговорну обавезу издржавања или да ли је исплатио преткове дугове. С друге стране, неизвршавање осталих обавеза од стране потомака подлеже детаљној процени суда разлога *pro et contra*, за настављање уговорног односа или његов раскид, водећи рачуна нарочито о важности терета за уступиоца и другим релевантним околностима датог слушаја.³⁵

На основу постојећих законских решења можемо закључити да је српски законодавац остао веран идеји о уговору о уступању и расподели имовине за живота као правном послу посебне врсте на који се не могу до краја применити правила о двострано обавезним уговорима, јер он то, по редовном току ствари, и није. Остаје нејасно, међутим, зашто Закон о наслеђивању Републике Србије различито третира извршавање уговорених обавеза, када свака од њих понаособ може бити једнако значајна и важна за уступиоца.³⁶

³² Упоредити чл. 115 раније важећег Закона о наслеђивању Републике Србије са чл. 192 Закона о наслеђивању Републике Србије који је сада у примени.

³³ У литератури има мишљења да се груба неблагодарност потомака према претку треба изједначити са узроцима за искључење из наслеђа. О томе опширније видети код: Т. Крсмановић, Уговор о уступању и расподели имовине за живота, Избор судске праксе, бр. 11/1998, стр. 16.

³⁴ О поимању правног стандарда "груба неблагодарност" у судској пракси, видети нпр. пресуду Општинског суда у Жагубици, П. 514/95 и пресуду Округног суда у Пожаревцу, Гж. 1267/96, Избор судске праксе, бр. 5/97, стр. 39, као и решење Врховног суда Србије, Рев. 1149/97, Билтен Округног суда у Београду, бр. 50/99, стр. 103.

³⁵ Видети чл. 192 Закона о наслеђивању Републике Србије.

³⁶ Тако и С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 413-414.

Предак може захтевати раскид уговора о уступању и расподели имовине за живота у односу на све потомке или само једног од њих.

Садржина чл. 193 Закона о наслеђивању Републике Србије, која регулише ситуацију када предак раскида уговор у односу на једног потомка, може бити протумачена тако да је законодавац имао у виду да се уговор о уступању и расподели имовине за живота конвертује у уговор о поклону (као у случају наведеном у чл. 187) или да и даље важи као уговор о уступању и расподели имовине за живота, а само у односу на потомка, који је због раскида уговорног односа вратио примљено, као уговор о поклону (као у ситуацији наведеној у чл. 189). Последице примене једног или другог решења нису исте, како смо већ видели. Чињеница је, међутим, да у другом случају, по нашем мишљењу, потомак нема право да тражи урачунавање поклона у наследни део, јер је предак самим чином уступања и расподеле имовине за живота другим десцедентима и супружнику и раскидом уговорног односа са потомком, јасно манифестовао вољу о неурачунавању добротиних располагања у наследни део.³⁷

5. Уговор о уступању и расподели имовине за живота и порез

Закон о порезима на имовину Републике Србије³⁸ ниједном својом одредбом не уређује директно, за разлику од уговора о доживотном издржавању³⁹ питање пореза на стицања проистекла из уговора о уступању и расподели имовине за живота.

Нема сумње да уговор о уступању и расподели имовине за живота, уколико није уговорена никаква накнада на страни потомака, много подсећа на уговор о поклону, па би ту ваљало аналогно применити та решења.⁴⁰ Међутим, шта ако је уговорена накнада у облику издржавања, доживотне ренте, исплате преткових дугова итд?

Постојећа правна празнина у домаћем праву није попуњена ни одговарајућим начелним мишљењем ресорног министарства, па оту-

³⁷ Видети чл. 67, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије.

³⁸ "Сл. гласник РС", бр. 26/2001, 80/2002, 135/2004 и 61/2007.

³⁹ Видети чл. 25, ст. 4, чл. 29, ст. 4 и чл. 31, тач. 6 Закона о порезима на имовину Републике Србије.

⁴⁰ Видети чл. 14–22 Закона о порезима на имовину Републике Србије.

да постоји реална опасност да се у погледу пореских обавеза различито третирају потомци код уговора о уступању и расподели имовине за живота са истим теретом или стављају у исти положај потомци који имају различите, по садржини, обавезе према уступиоцу. Сматрамо да српски законодавац у будућој редакцији Закона о порезима на имовину мора осветлити и ово питање, како би се предупредила шароликост у пракси и самим тим неједнак третман потомака, као могућих пореских обвезника.

Не одступајући од нормативног уређења пореза на пренос апсолутних права у Републици Србији, предлажемо да уколико је уговором о уступању и расподели уговорено доживотно издржавање или доживотна рента од стране потомка у корист претка, онда се висина пореза одређује аналогно ономе што је прописано за уговор о доживотном издржавању, будући да је реч о теретном и алеаторном правном послу. Ако је, пак, као накнада уговорена исплата уступичевих дугова или друга накнада, онда потомци подлежу обавези плаћања пореза, сходно правилима која се односе на класичан промет непокретности, дакле без пореских ослобођења, у делу у коме је посреди наплатно стицање.⁴¹

Такође, у домаћем Закону о порезима на имовину нема одговора на питање да ли се, будући да је у време закључења уговора остварен пренос права својине на одређеним добрима са претка на потомке, у случају раскида овог правног посла, поново утврђује порез на стицање, сада за претка.

Хрватски Закон о порезима на промет некретнина,⁴² примера ради, прописује да раскид уговора којим се преноси право својине одређене непокретности, вољом уговорних страна, пре него што се изврше потребни уписи у земљишним књигама, као и раскид или поништај таквог уговора одлуком суда, иницијални су акти који потомцима дају "покриће" да захтевају обнову пореског поступка и по-

⁴¹ У хрватској правној теорији, пак, има залагања да се само уговор о уступању и расподели имовине за живота са теретом доживотног издржавања поистовети са правим уговором о доживотном издржавању, а да остали модалитети овог правног посла буду подведени под класичан промет непокретности. О томе опширније видети код Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Ружњак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 252-254.

⁴² "Народне новине", бр. 69/1997, 26/2000 и 153/2002.

ништај решења о утврђењу пореза.⁴³ Дакле, пренос права својине са потомака на претка, због раскида или поништаја уговора не сматра се новим прометом, па отуда и нема основа за заснивање пореске обавезе претка.⁴⁴

Домаћа судска пракса, барем када је реч о уговору о доживотном издржавању, стала на становиште да раскид овог правног посла, пресудом суда, у односу на непокретности чије је право својине још за живота уговорних страна укњижено "представља нови промет и основ за утврђивање пореза на пренос апсолутних права".⁴⁵

Будући да се уговор о уступању и расподели имовине за живота релативно често раскида у пракси, у интересу је правне сигурности регулисати и овај сегмент уговора са пореског аспекта. Потпуно подржавамо мишљење изнето у теорији да се преносом права својине одређених добара са потомака на претка, приликом раскида уговора, не закључује нови правни посао који би био правни основ за пореско обавезивање, већ да је то само правна последица престанка уговорног односа између претка и потомака.⁴⁶

Закључна разматрања

Иако уговор о уступању и расподели имовине за живота нема тако широку примену у пракси у односу на уговор о доживотном издржавању његова регулатива у домаћем праву има смисла и оправдања јер, захваљујући њему, предак за живота може уредити имовинске односе између својих потомака, спречавајући на тај начин потенцијалне спорове међу њима у будућности.

Законом предвиђене разлике у третману супружника у односу на потомке, приликом давања сагласности за закључење овог уговора, различито третирање појединих обавеза које могу теретити потомке

⁴³ Видети чл. 22 Закона о порезу на промет некретнина Републике Хрватске.

⁴⁴ О томе опширније видети код Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Ружјак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 253-254.

⁴⁵ Одлука Врховног суда Србије, бр. У. 4465/2002 од 18. 06. 2003. године, наведена у *Paragraf-netovoj* бази прописа и судске праксе.

⁴⁶ Детаљније видети код Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Ружјак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 254.

и различити поступци судова у случајевима раскида уговора, зависно од узрока који су га изазвали, немају ваљаног оправдања јер не уважавају вољу уговорних страна и потпуно непотребно доприносе неједнакости пред законом свих оних субјеката који стичу имовину.

Путање српског законодавца о томе какав је третман потомака, као пореских обвезника, у случају да је закључен уговор о уступању и расподели имовине за живота као теретан правни посао, не уноси сигурност у правни промет и омогућава да надлежни порески органи поступају различито, у ситуацији када потомци преузимају исту обавезу или у случају када се обавежу на испуњење различитих обавеза према претку, што опет доводи у неравноправан положај оне који су са накнадом стекли одређена имовинска права. Осим тога, коначно мора бити и разрешена дилема да ли предак, приликом раскида или поништаја уговора о уступању и расподели имовине за живота, пошто му се враћају имовинска добра, предмет уступања, плаћа порез. Српски законодавац мора по овим питањим имати јасан став јер се њиме не тангирају само интереси појединца, већ и шире друштвене заједнице.

Prof. Nataša Stojanović, LL.D.
Associate Professor
Faculty of Law, University of Niš

**CONTRACT ON ASSIGNMENT AND DISTRIBUTION
OF PROPERTY INTER VIVOS**
-Legislation, theory and practice-

Summary

In this paper, the author analyzes the legislative solutions provided by the national legislature on the contract on assignment and distribution of property inter vivos (in a testator's lifetime), with particular reference to the applicability of these solutions in practice. The author presents arguments in favour of eradicating the existing differences in the treatment of the surviving spouse and the assignor's descendants at the moment of consenting to enter into this contract. The author is strongly opposed to the dissimilar treatment of certain obligations which may burden the descendants, as well as to the differences in court proceedings in cases concerning the dissolution of this kind of contract. In the author's opinion, there is a legal gap in tax regulations concerning the position of the contracting parties (as probable tax payers) at the moment of signing or dissolving the contract on the assignment and distribution of property inter vivos, in case it is an onerous contract. The existing gap has to be filled with appropriate legal solutions in order to avoid the different treatment (of the surviving spouses and heirs/ descendants) by tax authorities and different proceedings before competent courts in similar cases and, consequently, the unequal treatment of the contracting parties in the field of tax law.

Keywords: *contracting parties, legal form, contract subject matter, dissolution of a contractual relation, taxation issues*

Проф. др Милева Анђелковић
Правни факултет, Ниш

UDK: 336.225.2:352](497.11)

ФИСКАЛНА ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Аутор у раду покушава да на један сумаран начин сагледа могуће последице нових нормативних решења по развој процеса фискалне децентрализације у Србији. Приступ је искључиво фискално-правни што не значи да су остали аспекти (политички, административни, економско-социјални) јачања фискалне аутономије локалних самоуправа мање важни. У првом делу рада дат је осврт на нека теоријска питања и дилеме фискалне децентрализације, као увод у анализирану проблематику. Други део рада посвећен је кратком приказу досадашњег концепта локалних финансија у Србији. Финансијски положај јединица локалне самоуправе у новом нормативном оквиру Србије анализира се у трећем делу рада. Аутор је настојао да утврди колико су нова решења локалних финансија усклађена са поставкама савремене теорије фискалног федерализма.

Кључне речи: локална самоуправа, локални јавни приходи, фискална децентрализација

1. Осврт на нека теоријска питања и дилеме фискалне децентрализације

Уређивање фискалних односа између различитих нивоа власти спада у једно од кључних уставно-политичких питања. Оптимално решавање овог питања, у зависности од специфичности сваке државе, изискује изузетно пажљиво сагледавање свих аспеката расподеле финансијских овлашћења. Резултат тога је успостављање различитих финансијских аранжмана у процесу преношења одговорности за вршење одређених државних функција на ниже нивое власти. Осцилације у процесима централизације *versus* децентрализације одражавају степен демократичности једног друштва и приближавања власти грађанима. Савремена пракса показује да нема модела финансијског изравнања који би био апсолутно прихватљив. Процес фискалне децентрализације је процес текућег прилагођавања и експериментисања.¹ Међутим, неспорно је да је опште обележје финансијских односа између више нивоа власти, независно од облика државног уређења, садржано у функционалној везаности локалних финансија за глобални систем јавне потрошње. Објашњење је једноставно будући да се ради о истом финансијском потенцијалу, који је предмет конкурентних фискалних захтева различитих нивоа власти.

Неминован пратилац процеса политичке и административне децентрализације јесте тренд фискалне децентрализације који се уочава не само у земљама ЕУ него и у другим развијеним земљама, али и онима у транзицији. Крај двадесетог века обележен је генералним трендом јачања финансијске аутономије локалних заједница.² Фискална децентрализација се јавља као материјални предуслов ефек-

¹ Rory O'Sullivan, Фискална децентрализација у централној и источној Европи: преглед питања, Иницијатива за фискалну децентрализацију, Магна Агенда, Београд, 2002, стр.29.

² James Edwin Kee у свом раду «Fiscal decentralization: theory as reform» наводи три основна разлога за повећани интерес за питања фискалне децентрализације: залагање централних власти за изградњу јачих локалних капацитета због повећаног обима надлежности чији се један део преноси на органе локалне самоуправе; потреба централних власти за учешћем органа локалне самоуправе у остваривању економске политике развоја на националном и локалном плану; регионални и локални политички лидери све више траже ширу локалну аутономију и пореска овлашћења која прате повећање локалних надлежности.

тивне политичке децентрализације. Но, за стварну локалну самоуправу неопходни су, пре свега, економски услови, који се огледају у могућности да локалне заједнице саме подмирују своје потребе. Суштина локалне аутономије огледа се у испуњености два услова: прво, обиму њене надлежности, и друго, броју и врсти пореза које има право да самостално прописује и наплаћује.³ Постојање зависности кроз помоћ или дотације негира самоуправност овог нивоа власти.⁴ Неправилна расподела финансијских овлашћења између централне и нижих нивоа власти може бити извор бројних поремећаја у управљању државним пословима.

Значајан утицај на правце развоја локалних финансија, како у ЕУ тако и у другим државама, имала је поред Европске повеље о локалној самоуправи из 1985. године и Светска декларација о локалној самоуправи из исте године. Но, пракса је показала да принципи постављени овим политичким документима и њихова имплементација у релевантним националним законодавствима нису поуздан оквир за осигурање веће финансијске самосталности локалних колективитета. Суштина проблема је у томе што фискална децентрализација означава прерасподелу финансијске снаге између централног и локалног нивоа власти и то се показује као извор сталних тензија.⁵ Кључно правило које треба испоштовати у процесу фискалне децентрализације гласи: *финансије треба да одговарају функцији*.⁶ Аргументација у прилог веће фискалне децентрализације истовремено је у супротности са захтевима за вођењем активне макроекономске политике (стабилизационе и дистрибутивне функције). Уступање већег дела фискалног потенцијала нижим нивоима власти спутава цен-

³ Мирослав Прокопијевић, Финансијска независност локалних заједница, Иницијатива за фискалну децентрализацију, Магна Агенда, Београд, 2002, стр.51.

⁴ Вид.: Предраг Ч. Стојановић, Финансије великих градова, Краљево, Ибарске новости, 1989, стр.135.

⁵ Отежавајућа околност је што независно од расподеле политичке моћи (прерасподеле одређених функција локалним органима власти), за расподелу финансијске моћи постоје ограничења на страни јавних прихода односно захтеви које треба да испуне локални порези (немобилност пореске основице, транспарентност, довољност, пореско-административна једноставност и др.).

⁶ Вид.: Roy Bahl, Implementation Rules For Fiscal Decentralization, International Studies program, School of Policy Studies, Georgia State University, Atlanta, Georgia, jan. 1999.

тралну власт у ефикасном спровођењу наведених функција. Обављање алокативне функције на свим нивоима власти је прихватљиво као оптимално и рационално и у складу је са принципом супсидијарности, који представља камен темељац политике Европске уније у односу на локалне самоуправе.

Реформе јавног сектора које се данас спроводе у свим државама, независно од њихове друштвено-економске развијености, обухватају и преиспитивање рационализације јавне потрошње са становишта вертикалне и хоризонталне расподеле фискалних овлашћења. Јачање финансијске аутономије локалних заједница постављен је као један од битних циљева у процесу пореске реформе у Србији, која се спроводи још од почетка деведесетих година 20. века.

2. Досадашњи концепт локалних финансија у Србији

Уређивање фискалних односа у нашим условима показивало је значајне осцилације у погледу финансијске аутономије нижих нивоа власти. Према уставним решењима из 1974. године општине су располагале већим фискалним овлашћењима за прикупљање сопствених издашних јавних прихода, у поређењу са другим локалним заједницама у свету. Процес фискалне реформе започет у Србији почетком деведесетих година 20. века покренуо је и питање расподеле прихода између централних и локалних органа власти. Позитивно финансијско законодавство, међутим, није пратило савремене фискалне трендове и вршећи централизацију финансијске надлежности на републичком нивоу, знатно је ограничило финансијску аутономију општина. Покушаји увођења савременог пореског система у склопу општих друштвено-економских промена одразили су се на сужавање фискалне самосталности општина, тако да је фискална позиција ових основних јединица локалне самоуправе зависила од начина регулисања фискалних компетенција у Србији. Централизација прикупљања прихода јавила се као рефлексија слабљења локалне власти и истовременог јачања републичке власти, после распада раније савезне државе.

До краја 2006. године локалне финансије су системски уређиване одредбама више закона. Законом о јавним приходима и расходима

прописивана је припадност јавних прихода буџету јединица локалне самоуправе, таксативним набрајањем врста јавних прихода који припадају буџету општина и градова за финансирање одговарајућих јавних расхода. Закон о локалној самоуправи из 2002. године, груписао је све јавне приходе у три групе: изворне, уступљене и допунске приходе. Карактеристика позитивно-правних решења у погледу структуре локалних прихода огледала се у признавању самодоприноса и локалне комуналне таксе као јединих изворних прихода. Њихов финансијски потенцијал углавном није био довољан за покриће сопствених послова и задатака (локалних јавних расхода) па су јединицама локалне самоуправе уступани поједини приходи који припадају Републици. Финансирање локалних власти све време се одвијало у виду система заједничких прихода са дотацијама односно трансферима из републичког буџета. Фактички, локални органи власти нису могли самостално да уводе ни један порески облик у класичном смислу. Ослањање на локалне комуналне таксе, самодопринос и разне врсте накнада за локална јавна добра није водило проширењу финансијске аутономије локалних власти. Претежна усмереност на уступљене приходе значила је везаност односно зависност општина од републичке власти не само финансијску, већ превасходно политичко-економску. Фискална децентрализација била је слабије изражена због доминантности система заједничких прихода у виду уступања дела најиздашнијих централних пореза: пореза на доходак грађана, пореза на промет али и пореза на имовину. Недовољност финансијских средстава за покриће неопходне јавне потрошње на локалном нивоу покривана је финансијском помоћи у виду трансфера о којој је одлучивала централна власт.

На основу досадашњих прописа о подели финансијске надлежности може се закључити да је фискална децентрализација била јаче изражена у погледу «буџетских права» локалних заједница. Оне у принципу самостално одлучују о трошењу јавних прихода на сопствене расходе што укључује и вођење буџетске политике, подлежући финансијској контроли коју врше републички органи. На локалном нивоу постоји очигледан несклад између буџетске самосталности и фискалне зависности што се отклања системом финансијског изравнања. Истовремено, републичка власт је одређивањем обима трансферних средстава посредно ограничавала локалну самоуправу постављањем ужих граница њене активности.

Полазећи од политичких опредељења, економско-друштвене и државне структуре у досадашњем транзиторном периоду, Република се несумњиво определила за модел уређења фискалних и финансијских односа са већим степеном централизације. Такав систем није у складу са прихваћеним стандардима из Европске повеље о локалној самоуправи у погледу односа између изворних и уступљених прихода. Одступања су уочљива и код коришћења трансферних средстава која постају један од доминантних извора прихода буџета јединица локалне самоуправе због увођења ПДВ у порески систем Србије почетком 2005. године. Општине су изгубиле право на учешће у најиздашњијим изворима прихода, као што су удео у порезу на промет и порез на платни фонд. Променом механизма обезбеђења буџетских средстава локалним буџетима настаје значајна фискална зависност јединица локалне самоуправе од републичке власти. Тиме се отежава трошење прихода у складу с локалним преференцијама и сужава до тада остварени степен фискалне децентрализације у Србији.⁷

Целовито сагледавање финансијске самосталности локалних самоуправа и изградња једне рационалне структуре локалних финансија није могућа без дефинисања јасно изражених политичких опредељења и уважавања критеријума и начела савремене финансијске теорије и праксе. Идеалних и апсолутно прихватљивих решења нема, али приликом уређивања финансијских односа између различитих нивоа власти, пожељно би било поштовати следеће принципе: принцип фискалне децентрализације; принцип довољности (издашности) сопствених прихода локалне самоуправе; принцип ефикасности и одговорности за јавно трошење; принцип еквивалентности (остваривање што непосреднијег односа пореза према користи од пружених локалних јавних услуга), и принцип финансијског изравнања путем дотација (општих ненаменских средстава).

⁷ Видети: Божидар Раичевић, *Јавне финансије*, Економски факултет, Центар за издавачку делатност, Београд, 2005, стр.375.

3. Финансијски положај јединица локалне самоуправе у новом нормативном оквиру Србије

Теоријски и практично је потврђен став да се ни једна друштвена акција не може ваљано предузети уколико нису обезбеђена потребна финансијска средства. Овај захтев на локалном нивоу има посебну тежину. Локалне власти су свакодневно непосредно суочене са решавањем бројних захтева грађана за пружањем разноврсних услуга, што изискује појачано финансијско ангажовање локалних органа.

Новим Уставом Србије (2006) није, како се очекивало, пружен правни основ за отпочињање поступка регионализације, што је иначе уочљив тренд у ЕУ.⁸ Децентрализација власти и даље се спроводи посредством територијалних организација у виду покрајинске аутономије и локалне самоуправе (чл.12. и 176. Устава). Јединицама локалне самоуправе (општинама, градовима и граду Београду) признаје се право да своје послове финансирају из сопствених изворних прихода и буџета Републике Србије, у складу са законом. Ради се о Закону о финансирању локалне самоуправе који је ступио на снагу 1.1.2007. године. Овим законом⁹ детаљно се уређује обезбеђивање средстава јединицама локалне самоуправе за обављање изворних и поверених послова.

Значајно је уставно решење којим се општинама допушта самостално управљање општинском имовином, у складу са законом (чл. 190. Устава). Тиме се ствара не само правна већ и фактичка могућност да јединице локалне самоуправе поједине своје расходе финансирају задуживањем (чл. 58. Закона о буџетском систему). Коришћење и располагање сопственом имовином ојачаће финансијски потенцијал јединица локалне самоуправе, што ће некима од њих олакшати приступ тржишту капитала.¹⁰

⁸ Према чл. 94. Устава, Република Србија стара се о равномерном и одрживом регионалном развоју, у складу са законом.

⁹ Даном почетка примене овог закона престају да важе чл. 5. и одељак В. са члановима 77-104. Закона о локалној самоуправи.

¹⁰ У погледу регулативе задуживања примењује се тзв. «златно правило задуживања» (*golden rule of borrowing*) што значи да је могуће само задуживање за капиталне потребе, и то и у земљи и у иностранству. Општинама је допуштено да се задуже до висине 20% својих буџетских прихода из претходне године, а основни услов за задуживање представља кредитна способност тј. способност општине да

Анализа Закона о финансирању локалне самоуправе треба да покаже да ли су створене нормативне могућности за ефикасну и флексибилну прераспodelу јавних прихода у Републици Србији између централне и локалних власти, у складу са достигнућима савремене теорије фискалног федерализма. Систем финансирања локалне самоуправе би требало да буде постављен на принципима правичности, ефикасности и отворености. О обезбеђењу ових принципа у процесу финансирања локалне власти треба да се стара Комисија за финансирање локалне самоуправе (чл. 50. Закона).

Овим законом се регулише припадност средстава локалних буџета уз задржавање уобичајене структуре: изворни и уступљени приходи, трансфери, примања по основу задуживања и други приходи и примања утврђени законом. Јачање финансијске аутономије произлази из могућности увођења пореза на имовину¹¹ као изворног прихода јединица локалне самоуправе (чл. 6. Закона). Али у погледу уређивања овог прихода општине имају «помешану» фискалну надлежност. Њихово право утврђивања висине стопе пореза на имовину лимитирано је висином стопе прописане републичким законом. С друге стране, на њих се преноси одговорност утврђивања, наплате и контроле овог пореза и других изворних прихода (чл. 60 Закона). Децентрализација Пореске управе треба да се реализује формирањем локалних пореских администрација. Јединице локалне самоуправе у том процесу могу рачунати на техничку и другу помоћ Министарства финансија-Пореске управе до краја 2008. године, када се очекује њихова потпуна осамостаљеност за обављање ових пореских функција.

Нова нормативна решења постављена Законом о финансирању локалне самоуправе указују да се код нас примењује модел делегирања (поверавања) власти, као компромисни модел поверавања дела

финансира отплату главнице и камате из сопствених средстава. Задуживање за текуће потребе дозвољено је само уколико се појави краткорочни дефицит локалног буџета, када се општина може задужити директно код Републике, узимањем позајмице из републичког буџета која мора бити враћена до 30. новембра текуће године.

¹¹ У земљама тржишне привреде потпуна финансијска аутономија локалних заједница у овом сегменту пореског система оправдава се изазивањем најмање негативних последица на функционисање јединственог пореског система.

јавних функција као и дела јавних прихода, уз надзор локалне власти од стране републичке власти. Јединице локалне самоуправе и даље немају сопствене порезе будући да Република лимитира висину стопа пореза на имовину.¹² Овлашћење да самостално утврђују стопу имовинских пореза учинило би локалне власти политички одговорним за квалитет и цену пружених локалних јавних услуга. Али, поставља се питање да ли су у садашњим околностима локални политичари спремни на такву врсту одговорности и да ли локалне власти имају довољно административних и техничких могућности да ефикасно спроведу опорезивање имовине на њиховим територијама. Уколико би локалне управе добијале значајан део својих прихода из сопствених пореза, омогућило би се остварење принципа корисности опорезивања јер би за већи обим пружених локалних јавних добара локално становништво плаћало и веће порезе. Таква финансијска овлашћења могу водити пореској конкуренцији између различитих локалних јурисдикција односно појави коју је својевремено амерички теоретичар Тајбаут назвао «гласање ногама» (*voting by feet*).

У нашој стручној јавности чују се примедбе да не треба нарушити «целовитост» Пореске управе што се може десити формирањем локалних пореских администрација. То је вероватно израз бојазни да се на локалном нивоу могу адекватно решити одређена питања локалног опорезивања имовине. Техничке потешкоће изражене су кроз постојеће стање локалних административних капацитета; потребна специјализована знања и софистициране административне системе за доношење пореских решења, наплату пореза, жалбе и нарочито вредновање имовине.¹³ У Србији још увек није извршен јединствен попис непокретности због чега често постоји раскорак између података у званичним евиденцијама (земљишним књигама и катастрима) и фактичког стања. Све активности везане за процес

¹² У Републици Македонији локални органи су према Закону о финансирању јединица локалне самоуправе из 2005. године, добили могућност самосталног одређивања имовинских пореских стопа, због испуњења захтева из Европске повеље о локалној самоуправи (чл. 9).

¹³ Вид.: Antony Levitas, Gábor Péteri, Реформе финансирања између различитих нивоа власти у централној Европи, Реформа система финансирања локалне самоуправе, Палго центар, Београд, 2004, стр.30.

преношења овлашћења утврђивања, наплате и контроле локалних јавних прихода морају се синхронизовано спроводити, како се не би умањио прилив локалних јавних прихода по овом основу и угрозило обављање основних функција јединица локалне самоуправе.

Посебна пажња у Закону о финансирању локалне самоуправе посећена је уређењу трансферних средстава (чл. 37.- 48.). Очигледна је жеља законодавца да прецизира ову материју и тим путем сведе на минимум до сада испољене произвољности у додељивању трансферних средстава. Детаљно прописивање врсте и намена трансфера могло би да значи корак напред у процесу јачања финансијске аутономије локалне самоуправе и олакшавања фискалне децентрализације у Србији. Одобравањем трансферних средстава треба да се реше проблем вертикалне неравнотеже (покривање разлике између потребног нивоа прихода и сопствених локалних прихода) и проблем хоризонталне неравнотеже (помагање економски слабијих општина).

Истраживања показују да и локалне заједнице у чланицама ЕУ већим делом зависе од прихода од дотација.¹⁴ У Европској повељи о локалној самоуправи дата је смерница према којој је пожељно да трансфери, које централна власт даје локалној самоуправи, буду у што је могуће мањој мери наменски односно да буду ненаменски. Трансфер средстава требало би да се базира на одређеној формули заснованој на што објективнијим критеријумима.¹⁵ Законом о финансирању локалне самоуправе годишње се опредељује износ *укупног ненаменског трансфера* у висини од 1,7% оствареног бруто домаћег производа према последњем званично објављеном статистичком податку (чл.37.). Законодавац разликује четири врсте ненаменских трансферних средстава. У оквиру укупног ненаменског трансфера, приоритетно се утврђује потребан износ трансфера за уједначавање (чл. 38.). Компензационим трансфером надомешта се део изгубљених прихода настао по основу промене републичких прописа, који није надомештен другим приходима (чл. 39.). Уколико се изменом методологије утврђивања трансфера, износ процењених укупних прихода јединице локалне самоуправе умањи изнад прописаног

¹⁴ Јуре Шимовић, Хрвоје Шимовић, Фискални сустав и фискална политика Европске Уније, Правни факултет, Загреб, 2006, стр.42.

¹⁵ Видети: Стратегија реформе државне управе у Републици Србији, 2004. стр.38.

лимита, тој јединици локалне самоуправе додељује се транзициони трансфер (чл. 40.). Право на општи трансфер имају све јединице локалне самоуправе и његова висина се утврђује на бази јединствених критеријума: број становника, површина територије, број одељења у основном образовању и др. (чл. 41-43.). Законом се предвиђају и две врсте наменских трансфера у виду функционалног трансфера и наменског трансфера у ужем смислу (чл. 44. и 45.). Систем трансферних давања је тако постављен да треба очекивати пуну одговорност локалних власти да уложе и сопствене напоре у рационализацији локалних јавних расхода и повећању сопствених фискалних капацитета. Но, стварна опредељеност републичке власти за препуштање фискалних ингеренција јединицама локалне самоуправе потврдиће се у наредним годинама са стабилизацијом политичког и правног система Републике Србије.

*Prof. Mileva Anđelković, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

FISCAL DECENTRALIZATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this paper, the author has endeavored to summarily consider the possible consequences of the new normative solutions on the development of the process of fiscal decentralization in the Republic of Serbia. The author has approached the subject matter only from the legal and fiscal standpoint, which certainly does not imply that the political, administrative, economic and social aspects of strengthening the fiscal autonomy of local administrations are less important. In the first part of the paper, the author gives a general review of some theoretical issues and dilemmas on fiscal decentralization which is used as an introduction into the problems subsequently analyzed in the paper. The second part of the paper is a brief overview of the general concept of funding local administrations which has been used in Serbia so far. In the third part of the paper, the author has analyzed the financial position of local administration units under the new Serbian normative framework. The author is trying to establish to what extent the new solutions on local administration funding comply with the general principles specified in the contemporary theory on fiscal federalism.

Keywords: *local administration, local public revenues, fiscal decentralization*

Др Миомира Костић, ванредна професорка УДК: 343.343.3:796.093
Универзитет у Нишу, Правни факултет

КРИМИНОЛОШКА ОБЕЛЕЖЈА НАСИЉА У СПОРТУ*

***Апстракт:** У раду ауторка је најпре укратко указала на порекло спорта и његов значај у друштвеном животу. Затим је, у складу са дефиницијом насиља у спорту, размотрила облике испољавања спортског насиља и могуће етиолошке карактеристике ове појаве. Навела је законску регулативу, на међународном и домаћем плану. Истакла је неке смернице за контролisanje ове негативне друштвене појаве, која често доводи до тешких физичких повреда, све до усмрћивања учесника спортског догађаја.*

***Кључне речи:** спорт; насиље у спорту; насиље играча; насиље навијача;*

* Овај рад представља резултат теоријског истраживања на пројекту „Пристап правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

Уводна разматрања

Порекло спорта, уопштено посматрано, налази се у пракси вођења ратова и битака. Прикази мачевања насликани су на муралима пирамида још у доба древног Египта. Насиље од стране фанова датира из доба старог Рима, када су навијачи тимова тркачких кочија правили метеж, који се 531. године завршио убиством.¹ Сцене насиља на спортским догађајима нису се промениле, осим у изгледу актера и коришћењу реквизита. У складу са тим почецима „спорта“, много векова касније, уведена је употреба мача и сабље у две, од само петнаест дисциплина од почетка одржавања модерних Олимпијских игара 1896. године. Иначе, у историјском контексту, игра је привилегија виших класа. У социолошкој литератури се чак истиче да игра „није одмор од рада ни припрема за рад, већ средство за обезбеђивање њиховог (припадника експлоататорске класе, прим. а.) доминирајућег друштвеног положаја и за доказивање њихове супериорности у односу према радним слојевима“.² Доминантни облици игре увек су одражавали владајуће односе и вредности у друштву „у кондензованом идеолошком облику“.³ Спорт је типичан пример који следи изнети став, па зато Кубертен, у својој филозофији којом опи-

¹ Постојала су чак четири тима тркача кочијама, који су се разликовали по боји униформи које су носили за време трка: Плави, Црвени, Зелени и Бели. Пратиоци тимова постали су мета за различите друштвене и политичке утицаје, тако што су се код њих обједињавала становишта уличних банди и политичких странака, заузимајући позиције тренутног стања ствари, уз истакнуто религијско схватање, водећи расправе између себе у односу на различите претенденте на престо. Припремајући простор за побуну 531. године, чланови Плавих и Зелених били су ухапшени за убиство повезано са смртним случајевима који су се догодили за време метежа који је наступио након последње трке кочија. Били су осуђени на смрт вешањем, али су успели да побегну. Осим овога, ни метежи мањих размера нису били непознати током трка кочија, слично злочинима који повремено ескалирају после фудбалских такмичења у модерно доба. Видети: *Nika Riots*, http://en.wikipedia.org/wiki/Nika_riots; приступ: 18.9.2008.

² Видети: Дуња и Љубодраг Симоновић: *Нови свет је могућ*, Београд 2007., <http://www.scribd.com/doc/242114/Sport-i-rad>, приступ: 20.11.2008.

³ Ibid.

сује олимпијски дух, тежи ка успостављању принципа „владати у главама“, чиме би се постигао врховни „наткласни“ педагошки политички принцип.⁴

Утемељење смисла речи „спорт“ одражава се у дефиницији Одбора UNESCO. То је „било која физичка активност која има карактер игре и која укључује напор исказан код себе или заједно са другима или изазов у односу на природне елементе“.⁵ Такође, „уколико ове активности обухватају такмичење, оне тада увек морају бити изведене у духу спортског понашања. Не постоји истински спорт без идеје о фер-плеј поступању“.⁶ С друге стране, непоштовање правила игре, односно неупражњавање фер-плеј поступака током игре у складу са одређењем смисла речи „спорт“, све до наношења тешких телесних повреда па и усмрђивања учесника спортског догађаја, отвара многобројна питања о насиљу у спорту и да ли је насиље током спортских догађаја уопште могуће искоренити. Овај облик испољавања насиља није изостављен из теорије глобалне међузависности, по којој је свет повезан различитим средствима комуникације. Стварне последице процеса глобализације⁷ огледају се у све попустљивијим границама за економске, културне, политичке, спортске и друге делатности.⁸

У садашњим околностима организације друштвеног живота, поставља се оправдано питање у којој мери је тачна тврдња да је свако испољавање насиља у спорту морално погрешно и да због тога треба да буде кажњиво или забрањено „без поговора“. На први поглед, око овог питања не треба да постоје никакве дилеме, међутим, како то обично бива у моралним расправама, разлози „за“ и „против“ на-

⁴ Ibid.

⁵ Видети: *World of the Body: SPORT*,

<http://www.answers.com/topic/sport>, приступ: 18.11.2008.

⁶ Ibid.

⁷ Глобализација је историјски процес преобрађивања свести у један систем који постаје међузависан. Цит. према: *Савремени спорт*: „Глобализација, медији и спорт“,

http://www.savremenisport.com/Edukacija_Marketing_Globalizacija_medi-ji_i_sport.html, приступ: 20.11.2008.

⁸ Ibid.

лазе се у сржи једне сложене друштвене сфере,⁹ каква је спорт, односно поједини догађаји кроз које се упражњава.¹⁰

Насиље у спорту, спортско насиље (*violence in sport, sports violence*) одређује се као понашање које обухвата физички напад или физички штетљиве поступке од стране играча, одиграва се током спортског догађаја и има за циљ да проузрокује физички бол или повреду другом играчу (или навијачу, тренеру, службеном лицу и др.), при чему се такви штетљиви поступци не односе непосредно на правила спорта и нису у непосредној вези са такмичарским циљевима спорта.¹¹

Овако одређена и широко прихваћена дефиниција насиља у спорту носи у себи бројне недоумице које се морају отклонити. Само питање „намере“ је тешко одредити. Физичко повређивање, чак и онеспособљавање за игру може бити изазвано без намере и изведено у складу са правилима игре. Зато је постојање намере крајње тешко проценити, па је самим тим умањена могућност да се обухвате све ситуације намерног повређивања на јасан и праведан начин. Затим, насиље у складу са правилима спортске игре мора се посматрати и са становишта да је у многим спортовима дозвољено понашање које може проузроковати код другог бол, озледу или теже физичко по-

⁹ Хабермас је дефинисао јавну сферу као виртуелну или имагинарну заједницу која не постоји нужно у јасно омеђеном физичком простору. У својој идеалној форми јавна сфера је сачињена од приватних лица, окупљених као јавност, која артикулишу потребе друштва. Кроз окупљање и дијалог јавна сфера генерише мишљења и ставове који афирмишу или изазивају, а стога и утичу на обликовање политичке моћи, управљање државом и креирање практичних политика.

Цит. у: Милош Ситарски, Наташа Радовић, Смиљана Антонијевић, Драгана Петковић, *Интернет и јавна сфера у Србији*, Београдска отворена школа, Београд, 2007.

<http://www.bos.rs/cepit/materijali/Internet%20i%20javna%20sfera%20u%20Srbiji.pdf>
приступ: 20.11.2008.

¹⁰ *Building a new brand of sport – What about violence?* CANADIAN CENTRE FOR ETHICS IN SPORT DISCUSSION PAPER ON VIOLENCE IN SPORT FEBRUARY 1999

<http://www.cces.ca/pdfs/CCES-PAPER-Violence-E.pdf>, приступ: 20.11.2008

¹¹ Ову дефиницију прихватио је Канадски центар за етику у спорту (Canadian Centre for Ethics in Sport).

Videti: Jeremy Currie: *Violence in Sport*,

<http://records.viu.ca/~soules/media112/zine2000/moose/>, приступ 18.11.2008.

вређивање. Неки спортови, попут бокса, чак дозвољавају поступке извршене са намером да произведу бол. Други спортови, као хокеј на леду,¹² фудбал или рагби, дозвољавају физичко застрашивање супарничког играча путем агресивног физичког контакта који може да изазове, односно изазива бол или повреду. У спортском смислу, тачно одређивање моралног статуса понашања које производи штетну последицу мора бити узето у разматрање у односу на то да ли је понашање учињено у складу или противно правилима игре.

Даља анализа дефиниције насиља у спорту обухвата и питања прихватања, односно очекивања насилничког понашања изван постављених правила. Високи ниво испољавања насиља, као што се то дешава у физичкој борби (бокс), може се јавити и као нешто што је супротно правилима игре, а да то ипак буде сасвим очекивано или чак вредновано на одређени начин (залагање). У ствари, чак и када је поступак насилан и ван правила игре то може бити прихватљив или очекивани део игре. Ниво прихватљивости насиља изван правила игре може бити заснован на културолошким обрасцима или родној припадности или повезано са историјом развоја спорта. Без обзира о ком се делу дефинисања насиља у спорту ради, анализа свих аспеката насиља обавезно мора да обухвати поступке свих учесника спортског догађаја: играча, навијача, гледалаца и рођака свих оних који су непосредно укључени у спортско дешавање.

¹² О случају „Џанта“ (Thomas Junta), када једна родитељ убија другог због грубе игре њихових синова на терену (видети: „Hockey father killing case goes to jury“, January 10, 2002, <http://archives.cnn.com/2002/LAW/01/10/hockey.dads.trial/index.html>) аутор Роб Бачер (Rob Butcher) пише: „Хокеј, као спорт, не може бити одговоран за све поступке оних који учествују и који гледају. Понекад, неко ће поступити на начин који је потпуно непредвидив. Овог пута то се десило на хокеју, али би се то могло десити било где, у школи, супермаркету или цркви. Један је човек мртав, други се суочава са осудом на дуготрајну казну затвора. Две породице су скрхане, а животи свих људи који су били сведоци овог спортског догађаја су заувек промењени“. Аутор, очигледно поборник хокеја, закључује: „Чак и да се то није догодило, хокеј мора сносити одговорност за поруку коју шаље, пример који даје и лекцију којом учи друге. Хокеј, игра, моделује решења спора путем насиља. Случај Џанта је трагична илустрација тог модела у акцији“.

Видети: Rob Butcher: „The Junta case – death and violence at the arena“, <http://www.cces.ca/pdfs/CCES-DISC-JuntaCase-E.pdf> приступ: 20.11.2008.

Када се врши процена моралног статуса неког поступка, често је неопходно размотрити питање сагласности од стране особе над којом је поступак предузет. Већина спортова носи извештан ризик од повређивања зато што се у њима захтева физичко ангажовање играча. У контактним спортовима повређивање може да наступи после легитимних и дозвољених акција од стране противничког играча. Уопштено, поступци у складу са правилима игре сматрају се морално прихватљивим, што се заснива на безусловној сагласности учесника, чак и када такви поступци проузрокују штету. Међутим, сагласност може бити валидна само у случају ако је особа у довољном степену информисана о томе у односу на шта је дала своју сагласност.¹³

Облици испољавања

Орвел је писао још давних педесетих година прошлог века: „Озбиљан спорт нема никакве везе са фер-плеј игром. Он је ограничен мржњом, љубомором, разметањем, необазирањем на правила и садистичким задовољством у присуствовању насиљу: другим речима, то је рат минус пуцање“.¹⁴ Конрад Лоренц (Conrad Lorenz) имао је другачије мишљење: „Јединствен и ефикасан пут да се избаци агресија на један нешкодљив начин јесте да се она преусмери на спорт“.¹⁵

¹³ Видети опширније: *Building a New Brand of Sport – What about Violence?*, loc. cit.

¹⁴ Orwell, George (1950). "The Sporting Spirit", *Shooting an Elephant*. New York: Harcourt, Brace, & Co., 153., Cit. u: Violence ins sports, http://en.wikipedia.org/wiki/Violence_in_sports; приступ: 10.7.2008.

¹⁵ Током рата, људи се боре да би подржали своје другове, а не да победе непријатеља, па је Џеин Ространд (Jean Rostrand) писала: „У рату, човек је много више овца него вук, он следи друге, он се покорава. Рат је ропство, више као одређен фанатизам и лаковерност, али не агресија“. Ипак, посебно током периода Првог светског рата чинило се да су препреке у спорту помућене, као нешто што је једновремено постојало са ратом. Догађај који се одиграо 1. јула 1916. године у раним јутарњим сатима то илуструје. Пошто је паљба утихнула појавио се сасвим млад мушкарац, дечак, који је почео да се успиње на браник постављен на ничијој земљи, позивајући друге да га прате. Затим је шутнуо фудбалску лопту. Био је то добар ударац, лопта је полетела и путовала према немачкој линији. Чини се да је

Пораст учесталости и озбиљности поступака насиља јасно се документује на основу евидентирања исказаних радњи учесника, што се често не чини у довољној мери. Недостатак података у том делу је нешто са чиме се суочавају и најразвијеније земље света. У Аустралији је формирана Национална комисија за насиље која је указала на то да нелегитимно насиље у спорту треба да буде предмет забринутости у тој земљи. Више пута начињени су покушаји да се систематски документује природа и распрострањеност различитих појава у аустралијском спорту, социјалној и рекреативној култури. Таква евиденција обезбедила би увид у токове, обрасце и промене у природи насиља.¹⁶

Насиље у спорту може обухватити претње, физичко повређивање или довести до хаотичних туча, како између спортиста, тренера, навијача, гледалаца, родитеља младих спортиста или чак међусобно. У тучама се употребљавају боце од алкохола, импровизовано оруђе уместо ножева, седишта и олуци са стадиона и др.¹⁷ Леонард уочава два облика агресије у спорту: инструменталну агресију, као не-емотивну и бесциљну и реактивну агресију, као ону која има истакнуту емоционалну компоненту, са циљем да проузрокује штету. Насиље у спорту настаје као резултат реактивне агресије.¹⁸

Могуће је издвојити неколико облика насиља у спорту, у односу на покретаче насиља: насиље од стране самих спортиста, насиље навијача, насиље од стране родитеља и ритуално насиље.

Насиље у спорту врше првенствено сами спортисти. У такмичарским спортовима (фудбал, кошарка или бејзбол) може бити примењивана агресивна тактика, али се примена насиља сматра иступањем изван оквира онога што се сматра добрим понашањем спорти-

то био сигнал да се непријатељ нападне. Тако је отпочео најцрњи дан у историји британске армије.

Видети: *World of the Body: SPORT*, loc. cit.

¹⁶ Jan Warren: *Violence in Sport, Some Theoretical and Practical Issues in the Australian Context*, Australian Institute of Criminology, Canberra 1993. <http://www.aic.gov.au/conferences/ncv2/warren.pdf>; приступ: 10.7.2008.

¹⁷ Leonard, Wilbert Marcellus. (1988) *A Sociological Perspective of Sport* (Third Edition). New York, Macmillan Publishing Company. Cit. u: *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89,

<http://www.ericdigests.org/eric-digests.html>; приступ: 10.7.2008.

¹⁸ *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

сте. Контактни спортови, попут фудбала, рагбија, бокса, мешовитих борбених вештина, рвања и ватерпола садрже изванредан ниво физичког насиља, али и ограничења и санкције за екстензивну примену снаге. Спортисти прибегавају насиљу некада са јасним циљем да повреду противничког играча, а некада само ради застрашивања,¹⁹ све у циљу победе. Појединачни или групни догађаји насилничког карактера могу бити део тактике игре тренера или самих спортиста. Један такав вид унапред договорене стратегије применио је рагби тим British Lions Rugby Union, током своје турнеје по Јужној Африци 1974. године. Пошто би чули како капитен тима узвикује „99“, сваки играч би пронашао најближег супарничког играча и напао би га. Тактика је била заснована на претпоставци, показало се исправној, да судија неће смети да удаљи са терена све „Лавове“ уколико сви буду истовремено прибегавали насиљу.²⁰ Насиље спортиста или недовољно испољено насиље може бити предмет награде или казне. Наиме, играчи који не испоље жељени ниво агресивности могу бити обесхрабрани путем критика упућених од стране родитеља или тренера. Скраћивање времена учешћа у игри је посебна казна. Узнемиравање од стране саиграча, супарника или гледалаца такође се надозује као врста кажњавања. Подстицање због испољене агресивности може добити облик награде, путем новчаних износа, трофеја, бољих почетних позиција у игри, поштовања од стране пријатеља и породице.²¹

Гледаоци, односно навијачи представљају посебан предмет пажње истраживача/криминолога.²² Наиме, основно је питање да ли

¹⁹ У неком широком спектру вршења дисциплинских прекршаја, деца у школама се такође суочавају са тешкоћама попут кињења других, тучама и игри са наношењем фаулова. Сви ови поступци деце приликом бављења спортом су израз интерперсоналног насиља.

Видети опширније: Sarah K. Fields, Christy L. Collins and R. Dawn Comstock: „Conflict On the Courts“: A Review of Sports-Related Violence Literature *Trauma Violence Abuse* 2007; 8; 359 DOI:10.1177/1524838007307293 <http://tva.sagepub.com/cgi/content/abstract/8/4/359>, приступ: 10.7.2008.

²⁰ *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

²¹ *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

²² Испољивање насиља од стране навијача данас достиже алармантне размере, као и насиље од стране масе. Традиционално, психолози који се баве питањима спорта усмеравају своје напоре да истраже насиље навијача тиме што своју па-

навијачи подстичу насиље играча или га рефлектују. Гледаоци/навијачи примају упутства од играча, тренера, навијачица и других учесника у спортском догађају. Свест о друштвеном идентитету и самопоштовању гледалаца често проистиче од самог спортског тима. Надметање омиљених играча чини један од елемената идентификације. Групна солидарност са играчима и тренерима води ка сагледавању супарничког тима као непријатељског, потхрањује мржњу према „туђинима“ изван сопствене групе и даље, према њиховим присталицама, који припадају географски одређеној локалној, етничкој групи или друштвеној класи.²³

Поступци фудбалских хулигана у Енглеској осамдесетих година прошлог века кулминирали су вишеструким губицима живота на стадиону Хејзел 1985. године. После тога, Енглеска је била удаљена из клупских европских такмичења на период од шест година. Данас је ниво насиља који се везује уз фудбал знатно смањен у Енглеској. Ипак, током Европско првенства у фудбалу 2004. године, Енглеској је упућено јавно упозорење да ће било какво насиље навијача током мечева довести до тимског искључења Енглеске из даљег такмичења. Многим добро познатим хулиганима било је забрањено путовање у Португалију, на турнир, као мера коју је било неопходно предузети да се предупреди насиље.²⁴

Родитељи спортиста такође могу бити насилни. Неки од њих оштро прекоревају или ударају тренере, друге играче и њихове родитеље. Други киће сопствену децу, кажњавају их шутирањем или их обмањују похвалама и охрабрењима. У Масачусетсу, 2000. године, отац десетогодишњег дечака, играча хокеја, пратио је летњи тренинг тима. Забринут због агресивне игре, отац је викао на тренера екипе. Уследила је туча у ходнику. Отац, који је био око 45кг тежи, непрекидно је ударао тренера у лице, док га је држао на поду, са но-

жњу усмеравају на нивое агресивности индивидуалних навијача. Супротно, социолози спорта користе теорије колективног понашања у својим напорима да идентификују могуће детерминанте насиља извршеног од стране масе.

Видети: Spectator Violence in Sport, a Selected Review,
<http://jss.sagepub.com/cgi/content/abstract/5/2/1>, приступ: 13.11.2008.

²³ *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

²⁴ Видети листу најтежих насилничких поступака хулигана на спортским теренима широм свет, почев од осамдесетих година прошлог века до данас: *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

гом на грудима. Тренер је преминуо, а отац је осуђен на казну затвора у трајању од шест до десет година за убиство. У Француској је 2006. године осуђен отац двојице браће тенисера, пред којима је била добра спортска будућност. Отац је у трогодишњем периоду сипао дрогу у пиће двадест и седморо родитеља друге деце тенисера. Дрога је изазивала поспаност. Једна од жртва се успавала у колима после такмичења и погинула у саобраћајној несрећи. Оцу је изречена казна затвора у трајању од двадесет и пет година.

Ритуално насиље у спорту такође постоји. Примењује се приликом извођења обреда иницијације, као „обичај прелаза“. Истраживање на Алфред Универзитету у САД у 1999. години је указало на то да на четири од пет колеца у САД спортисти (око 250.000 годишње) прођу кроз обред иницијације. Од око половине се захтева да прођу кроз обред иницијације са алкохолом, док око две трећине бивају излагани разним понижавајућим поступцима.²⁵

Етиолошко објашњење насиља у спорту

У традиционалном смислу, постоји разликовање између става психолога и социолога који се баве питањима спорта о узроцима насиља у спорту. Први насиље гледалаца/навијача објашњавају тако што сву пажњу усмеравају ка нивоима агресивности појединаца/навијача, док други користе теорије колективног понашања у својим покушајима да идентификују могуће узроке насиља масе.²⁶ Према мишљењу које износе Тери и Џексон (Тергу, Jackson) оснаживање за акте насиља потиче из три извора: непосредна референтна група у којој се спортиста налази – тренери, саиграчи, породица, пријатељи; структура игре и усвајање правила од стране званичника и државних органа; ставови навијача, судија, читавог друштва, уз активно учешће медија, који такође доприносе ономе што је описано као „епидемија насиља у спорту данашњице“.²⁷

²⁵ *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

²⁶ Видети опширније: Robert W. Case, „Spectator Violence in Sport“: A Selected Review, SAGEJOURNALS, Online, <http://jss.sagepub.com/cgi/content/abstract/5/2/1>; приступ: 10.7.2008.

²⁷ Terry, Peter C. and Jackson, John J. (1985) The Determinants and Control of Violence in Sport. *Quest*, 37 (1) 27-37., цит. у: *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

Ипак, у социолошкој литератури, штампаној и on-line, за објашњење насиља у спорту постоје три основне теорије: биолошка, психолошка и социолошка.

Биолошка теорија, коју је изнео Конрад Лоренц, сврстава агресивност у базичну, битну људску особину. Унутар тог контекста, спорт се посматра као друштвено прихватљив начин да се избаци прикупљена агресија, као вид сигурносног вентила.

Психолошка теорија заступа становиште да фрустрација изазива агресивно понашање. Таква агресија је ситуационог карактера. У спорту, фрустрација може настати услед двосмислених позива званичника клуба, лоше игре, повреда које ремете најбоље могуће извођење, незадовољства гледалаца, задиркивања од стране тренера или осталих играча.

Теорија социјалног учења достигла је своју емпиријску верификацију. С обзиром на то да се агресивно понашање учи преко модела за опонашање, а оснажује наградама и казнама, млади спортисти сматрају да су спортски хероји модели чије понашање треба да имитирају. Родитељи, тренери и саиграчи су такође модели који могу исказивати подршку за агресивни стил игре.²⁸ Истиче се да ће деца, док гледају своје омиљене спортске хероје на телевизији, више него вероватно покушати да их имитирају. Тако ће они који идеализују нападачку игру хокејашког тима, на пример, гледати на насиље као на прихватљив начин понашања, којим се, као последица, остварује приход у милионима долара.²⁹

Ове теорије обезбеђују основ за примену поступака којима се може обуздати ексцесивна агресија, посебно међу младим спортистима. Процес социјализације обезбеђује најбољи простор за интервенцију. Такође, психичка снага може бити управљена ка промени или контроли ситуације која ствара фрустрацију.³⁰

Насиље у спорту може бити изазвано и учешћем одређене старосне групе у спортским активностима. Тако, на пример, у неком идеалном смислу, бављење деце тимским спортовима треба да: буде забавно за њих; одговара њиховом физичком развоју и добробити; по-

²⁸ *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

²⁹ Videti: Jeremy Currie: *Violence in Sport*, loc. cit.

³⁰ *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit

маже у развијању друштвених вештина; унапреди тежњу ка непрекидном учешћу у физичким активностима. Циљ физичког васпитања у школама треба да се испољи у подстицајном развоју навика за вежбање, са истицањем рекреативног смисла у физичким активностима. Нажалост, за многу децу притисак коме су изложена у спорту ствара низак ниво самопоштовања, претерану анксиозност и агресивно понашање. Деца чак могу доживети и да „сагоре у спорту“ и развију трајан однос одбијања било које спортске активности до краја живота. Ипак, овако лоше последице бављења спортом код деце настају под утицајем одраслих – родитеља и тренера. Речима исказано поштовање је део спортског духа и забаве, али су награде резервисане само за победнике. Често је подстицање да се победи повезано са непосредним и посредним знацима да је агресивно понашање прихватљиво да би се постигао циљ, односно победа. Анксиозност повезана са побеђивањем омета спортску представу и чини играче подложнијим повређивању. Лекари су приметили пораст повреда код деце које су задобили у спорту.³¹

У етиолошком смислу, улога мас медија приликом извештавања о насиљу у спорту има посебан значај. Леонард тврди да медији стварају парадоксалну ситуацију. Екстремни развој новинарства на Мрежи утицао је на то да циљна публика бира своје поруке и тако „продубљује своју специфичност и интересовања, појачавајући лични однос између пошиљаоца и примаоца. Чињеница да нико у исто време не гледа исту ствар и да свака култура и друштвена група има личан однос према медијском садржају чини темељну разлику у односу према старој структури стандардизованих масовних медија“.³² Тако, захваљујући постојећој информатичкој револуцији, с једне стране, медији омогућавају широко излагање насиљу које је повезано са спортом, путем Интернета, телевизије, часописа, дневних новина, радија и тиме пружају младима бројне примере за опонашање. Медији величају поједине играче, нарочито оне који су контроверзни и агресивно се понашају. Коментари у медијима су везани са описима који сугеришу на борбу, па се узбуђење повезује са актом

³¹ Hellstedt, Jon C. (1988, April) „Kids, Parents and Sport: Some Questions and Answers“. *The Physician and Sportsmedicine*, 16 (4) 59-71. EJ 376 620. Цит. у: *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

³² Цит. према: *Савремени спорт: „Глобализација, медији и спорт“*, loc. cit.

насиља. С друге стране, ширина извештавања медија о насиљу у спорту подстакла је повећавање напора да се такво понашање контролише и спречава.³³

О овом питању неки аутори попут Карија (Jeremy Currie) имају крајње одређени став, који је уједно и песимистички у односу на искорењивање насиља у спорту. Кари тврди да још једна позиција медија не сме никако бити занемарена. Наиме, медији могу остварити огроман профит од својих извештавања, чланака у новинама, као и документарних остварења о спорту и спортским догађајима. У ствари, спорт је примарни циљ ка коме се фокусира медијска индустрија. Експлоатација професионалних спортиста у медијским причама и даље осигурава популарност телевизије и утиче на продају дневне штампе, магазина, књига, поготову када се описује спортско насиље. Опште посматрано, насилна и груба игра обезбеђују бољи „ваздушни простор“ него ли извештавање о нормалној игри. Најбољи пример за то је Светска рвачка федерација (World Wrestling Federation). Њене спортске представе носе све одлике насиља које је друго „име игре“ за њих. Оно што се види током преноса је у ствари подешено тако да задовољи интересе гледалаца. Насиље (стварно или имитирано) је увек присутно, зато се „оно очигледно продаје у случају WWF“. Кари закључује: „Без обзира како ви гледате на то, медији предочавају да је насиље, на одређеном степену, подношљиво и крајње профитабилно. Зато, биће потребно да прође много времена пре него што видимо да насиље у спорту више не постоји. Остаје чињеница да је насиље широко распрострањен сигурносни вентил за играче (на пример, хокејашка борба). Ако насиље престане да постоји, то неће бити иста игра. Не постоји сумња да медији профитирају од насиља и да је, према томе, у интересу друштва да научимо да га толеришемо и ставимо под дисциплиновану контролу која ће задовољити наше потребе“.³⁴

³³ Violence in sports: ERIC Digest 1-89, loc. cit.

³⁴ Videti: Jeremy Currie: *Violence in Sport*, loc. cit.

**Правни прописи о спречавању насиља у спорту
(међународни документи, домаћи закони, стручни коментари)**

У развијеним деловима света, попут Аустралије, Национална комисија за насиље (the National Committee on Violence) извршила је озбиљну анализу неколико различитих праваца у деловању формалне друштвене контроле који су се односили на карактеристике насиља испољеног од стране масе, с једне стране, и играча, с друге стране, као учесника у најпопуларнијем спорту у Аустралији, у фудбалу. Занимљиво је како су поједини периоди у развоју Аустралије, у историјском, економском и социјалном контексту довођени у везу са облицима државне реакције на насиље гледалаца и играча у фудбалу.³⁵

Спречавање насиља у спорту добило је свој посебан значај још 1985. године, када је Савет Европе усвојио Европску конвенцију о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредба-

³⁵ У првом периоду који је трајао од 1859-1896. године, када се формира Фудбалска лига Викторије (1896), дошло је до развоја колоније као јасно одвојене економије, у условима класног развоја у окриљу британског колонијалног система, размештеног међу становништвом нижих друштвених слојева из предграђа великих градова, над којим је контролу вршила државна полиција. У то доба, насиље гледалаца и играча је било уобичајена појава. Контрола недозвољених поступака била је поверена капитенима тимова. У другом периоду од 1897-1939. године дошло је до формирања две лиге. По први пут долази до награђивања играча за учињене напоре у игри и игра је постала професионализована у оквиру лиге. За време великог финала између две најпопуларније екипе одржаног 1908. године полиција је проценила да је преко 10.000 навијача неовлашћено ушло на стадион, пробијајући ограде. Период од 1940-1982. обухвата време када је дошло до друштвеног и културног развоја Аустралије и процвата породичних домаћинстава. Конзумирање спортских догађаја настало је као резултат развоја јефтине технологије, као што је телевизија. У последњем издвојеном периоду од 1982-1993. године анализира се настанак и развој Аустралијске фудбалске лиге. Овај период је карактеристичан по високој незапослености, поготову међу припадницима традиционалне радничке класе и младим људима. Подручја јавне забаве, рекреације и социјалног окружења постала су предмет јасније регулативе у циљу заштите приватних и имовинских интереса појединаца. Масовно премештање спортских догађаја у приватне домове путем телевизије постало је стандардна одлика модерних гледалаца/конзументата спорта.

Видети: Jan Warren: *Violence in Sport, Some Theoretical and Practical Issues in the Australian Context*, Australian Institute of Criminology, Canberra 1993., loc. cit.

ма, посебно фудбалским утакмицама.³⁶ Ову Конвенцију ратификовала је и наша земља 1990. године.³⁷

У Србији је 2003. године донет Закон о спречавању насиља и недолечног понашања на спортским приредбама.³⁸ Под насиљем и недолечним понашањем на спортским приредбама, у смислу овог Закона, сматра се: физички напад на учеснике спортске приредбе; физички обрачун између учесника на спортској приредби; бацање на спортски терен или у гледалиште предмета који могу да угрозе живот, физички интегритет лица или имовину; изазивање мржње или нетрпељивости која може да доведе до физичких сукоба учесника; оштећивање спортског објекта, опреме, уређаја и инсталација на спортском објекту на коме се одржава спортска приредба; изазивање нереда приликом доласка, односно одласка са спортског објекта или у спортском објекту, ремећење тока спортске приредбе или угрожавање безбедности учесника спортске приредбе или трећих лица; неовлашћени улазак на спортски терен; неовлашћени улазак у службене просторије и службене пролазе спортског објекта на коме се одржава спортска приредба; уношење у спортски објекат и употреба алкохола или других опојних средстава; уношење у спортски објекат односно коришћење пиротехничких средстава и других предмета и средстава којима може да се угрози безбедност учесника у спортској приредби или омета њен ток; неовлашћени улазак у део гледалишта спортског објекта који је намењен противничким навигачима (чл. 4). Иначе, према Закону, учесницима спортске приредбе сматрају се сва лица која присуствују спортској приредби (чл. 2 ст. 4).

Последња измена Закона уследила је 2007. године. Тада је донет Закон о изменама и допунама Закона о спречавању насиља и недолечног понашања на спортским приредбама,³⁹ којим су извршене

³⁶ *European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events and in particular at Football Matches*, (ETS. No 120), entered into force January 11, 1985; <http://www1.umn.edu/humanrts/euro/ets120.html>

³⁷ *Закон о ратификацији Европске конвенције о насиљу и недолечном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама*, „Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, бр. 9/90

³⁸ *Закон о спречавању насиља и недолечног понашања на спортским приредбама*, "Сл. гласник РС", бр. 67/2003, 101/2005 - др. закон и 90/2007

³⁹ *Закон о изменама и допунама Закона о спречавању насиља и недолечног понашања на спортским приредбама*, "Сл. гласник РС", бр. 90/2007

измене и допуне првобитног законског текста, кроз измене садржине одређених термина и прецизирање или увођење нових обавеза и одговорности организатора и учесника спортских приредби и Министарства унутрашњих послова. Нове обавезе и одговорности прописане за организаторе и учеснике спортских приредби пропраћене су прописивањем нових казних одредби.⁴⁰

Закључна разматрања

Понашање хулигана на спортским теренима и током спортских догађаја постало је међународно питање које обједињује сличне тешкоће у Европи и широм света, па је зато и неопходно осмислити заједничке и усаглашене превентивне одговоре, такође на међународном плану.⁴¹ Иако се питање насиља у спорту у извештавањима медија, на пример, као и на законодавном плану сагледава у смислу глобалног друштвеног питања, ипак одговорност за сигурност око спортских борилишта обично остаје на локалној/општинској власти државе.

Зато је на нивоу Европске уније покренут је 2008. године Пројекат о насиљу у спорту којим се сагледава управо овај аспект појаве. Наиме, у Пројекту се посебна пажња усмерава ка локалним властима, зато што су у случајевима нереди, општине такође „жртве“, уколико је узнемирено локално становништво или уништена имовина општине. У многим европским земљама, општине су власници стадиона и та чињеница носи са собом непосредну одговорност за ситуацију насиља. Такође, општине и локална полиција су под надлежношћу локалне власти, па је општина одговорна за одржавање јавног реда. С друге стране, у великом броју земаља локална власт располаже великим овлашћењима. Локална власт може отказати спорт-

⁴⁰ Видети: *Стручни коментар: Новине у Закону о спречавању насиља и недолечног понашања на спортским приредбама*, извор: Параграф Нет, Мрежна верзија, приступ: 10.9.2008.

⁴¹ Видети, на пример: Manuel Comeron: *The prevention of violence in sport* (2003),

http://book.coe.int/EN/ficheouvrage.php?PAGEID=36&lang=EN&produit_aliasid=143, приступ: 23.11.2008.

ски догађај или одлучити да се меч игра без гледалаца или са ограниченим бројем гледалаца. Иначе, у свим државама Европске уније општинске власти су одговорне за едукацију и пружање социјалне помоћи и примену других облика деловања на сузбијању насилничког понашања. У Пројекту се ипак истиче и то да општине често нису опремљене за извршење задатака превенције насиља у спорту – званичници нису довољно обучени да насиље у спорту сагледају на један свеобухватни начин, не размењују практична искуства са другим општинама и не располажу најновијим европским достигнућима у тој области.

Зато је неопходно подржати локалне власти за развој опсежног приступа према насиљу у спорту. За остварење тог циља треба објединити: методе координације између представника општина, спортских тела, полиције и цивилног сектора у превенцији спортског насиља; затим, размотрити шири социјални смисао постојања и деловања локалног клуба и усвојити проактивну политику друштвеног укључења спортских фанова (фудбал у смислу локалног концепта); подржати оне који подржавају развој – дијалог са спортским клубовима, на пример; и објединити локалне превентивне активности и сугерисати даљи развој.

Наравно да су Пројектом обухваћена и очекивања која ће произићи из пројектних активности. Најпре, треба обезбедити издавање приручника о доброј пракси европских општина; затим, утицати на развијање и дистрибуирање препорука општинама за даље поступање; онда, великом броју представника општина треба изложени најновије методе и добру праксу у превенцији спортског насиља. Такође, успоставиће се везе између особља у различитим градовима задуженог за спречавање насиља у спорту; и на крају, извршити окупљање групе експерата, која ће представљати језгро активности, као и обезбеђивање финансијских средстава у циљу спровођења техничке подршке за потребе општина.⁴²

Стручњаци који се баве спречавањем насиља у спорту обично препоручују: истицање спортског духа међу младим играчима, промовисање добрих модела спортских улога које треба прихватати,

⁴² EU Project Proposal on Violence in Sports, 2008
<http://www.fesu.org/index.php?id=1844>, приступ: 23.11.2008.

смањење или рестрикцију конзумирања алкохола, прописивање строжих казни за спортисте који изазивају или претерују са кавгом на терену, одстрањивање гледалаца са стадиона који не поштују правила понашања, кривично гоњење спортиста и гледалаца, а све у циљу превенције спортског насиља. Без обзира на то ко чини насиље у спорту, у превентивним мерама увек је највећа пажња усмерена на младе – као непосредне учеснике спортског догађаја, играче или конзументе.⁴³

У литератури је могуће идентификовати посебне препоруке које се односе на учење деце да избегну насилничко понашање у спорту. Најпре, спорт деци треба представити у извесној перспективи, при чему тренери не треба да инсистирају на победи по сваку цену. Циљеви треба да се прикажу као уживање у бављењу спортом и у развијању индивидуалних вештина. Такође, играче не треба охрабривати или дозвољавати да играју када су повређени или болесни, што би била демонстрација њиховог стоичког духа. Затим, стрес утиче на то да многа деца старости од девет до четрнаест година одустају од спорта, зато што више времена проводе на клупи него у игри. Они при томе себе доживљавају као неуспешне јер им њихов квалитет не обезбеђује дуже учешће у игри. Према резултатима истраживања које је спроведено на узорку младих спортиста, чак 90% испитаника је изјавило да би радије желели да имају прилику да играју у тиму који губи него да седе на клупи тима који побеђује.⁴⁴ Потом, треба указивати на моделе који садрже позитивне улоге. Насиље у спорту преовладава у професионалним спортовима. Зато тренери треба да избегавају асоцирање са узорима из професионалних тимова. Моделовање сопствених тренерских техника не треба да се одвија по узору на професионалне тренере.

Школски тренери треба да примењују стратегије које јачају осећања припадности тиму међу играчима, замењујући традиционалну

⁴³ Violence in Sport – Prevention, A Wisdom Archive on Violence in sports – Prevention,

http://www.experiencefestival.com/violence_in_sports_-_prevention, приступ: 23.11.2008.

⁴⁴ Hellstedt, Jon C. (1988, April) „Kids, Parents and Sport: Some Questions and Answers“. *The Physician and Sportsmedicine*, 16 (4) 59-71. EJ 376 620. Цит. у: *Violence in sports: ERIC Digest* 1-89, loc. cit.

хијерархију – ауторитативни тренер - потчињени играч – која управља односом тренер-играч у професионалном спорту. Охрабривање учешћа, дозвољавање удела у доношењу одлука и слушање одговора играча треба да ојача осећања припадности тиму, што заузврат води ка бољој игри. Поред тога, треба изграђивати вредности које су усмерене на стратегију интервенције. Као пример, наводи се модел моралног развоја и теорија социјалног учења, чијом би се применом утицало на побољшање или промену понашања, морално расуђивање и прихватање спортског духа. И на крају, неопходно је истаћи учешће родитеља. Они представљају најмоћније моделе који утичу непосредно на дететово схватање спорта. Наставници физичког васпитања и тренери треба да обавештавају родитеље о поступцима и постављеним циљевима, као и да их подстичу да прате јављање анксиозности или агресивности код детета, да охрабрују позитивне ставове о спорту код своје деце и промовишу реална очекивања у игри.⁴⁵

Препоруке, па чак и непосредно предузете активности не могу искоренити ову појаву. Остаје питање: „Шта је узрок насиља у спорту...?“⁴⁶

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ Видети: *Протеривање насиља из спорта*,
<http://www.natasa-miljkovic.com/forum/viewtopic.php?t=1162>, приступ: 24.11.2008.

Miomira Kostić, Ph.D.
Associate Professor, University of Niš, Law School

CRIMINOLOGICAL CHARACTERISTICS ON SPORT VIOLENCE

Summary

In this article, first of all, the author shortly has pointed out to the origins of sport and its meaning in the social life. Than, according to the violence in sport definition there are some explanations about the forms of sport violence and some possible etiological characteristics of this phenomenon. The international and native laws are explained, too. Some prevention measures are emphasized in order to be able to make some control and prevention over the sport violence which can cause the hard injuries even murder the participants of the sport event.

Keywords: *sport; violence in sports; fan violence; violence by athletes*

БАНЕРИ И БЛОГОВИ КАО СРЕДСТВА ОГЛАШАВАЊА НА ИНТЕРНЕТУ

Апстракт: Интернет као глобална рачунарска мрежа стално се развија, нудећи својим корисницима нове услуге и сервисе. У том смислу, појавили су се и нашли своје место банери и блогови.

Банер је јединица рекламирања у форми текста, слике или анимације, смештена на Web страници или у оквиру ње. Његов задатак је да корисника одведе путем линка на неки други сајт, форум или виртуелни шоп. Постоје различите врсте банера, али сви они имају исту функцију – оглашавање.

Блог је мрежни дневник, тј. врста интернет дневника. Другим речима, блог је Web страна, која садржи кратак извод информација који се зову уноси и који су хронолошки сређени, обрнутим редоследом у односу на њихово стварање. Многи блогови обезбеђују коментаре или новости везане за одређену тему. Типичан блог комбинује текстове, слике и линкове са другим блогovima, односно Web странама и другим медијима везаним за ову тему. Могућност корисника да оставе коментаре у интерактивном формату је важна компонента многих блогова. Већина блогова су примарно у текстуалном облику, мада су неки фокусирани на уметност (artlog), слике (photoblog), скице (sketchblog), видео-записе (vlog), музику (MP3 blog), звучни пренос (podcasting), као делове шире мреже друштвених медија.

Данас банери и блогови представљају значајне облике дигиталне комуникације. Уз то, они све више постају и моћно средство оглашавања и маркетинга на глобалном – светском тржишту.

Кључне речи: банер, блог, интернет, оглашавање

1. Увод

Појава најновијег електронског медијума - интернета и мреже његових услуга и сервиса довела је до револуционарних промена у многим сферама људских односа. Међутим, тренд развоја и ширења интернета се не зауставља, већ се стално јављају нове форме функционисања. Свеједно, да ли су ти нови облици у функцији бизниса, образовања, или забаве, они нам подједнако нуде нове могућности и изазове. Једна од области у којој се нарочито очигледно иновативна црта интернета јесте област медијске комуникације и оглашавања - маркетинга.

Развој интернета, као модерне комуникацијске технологије, не само што мења дотадашње облике комуницирања, већ се све више јавља као покретач економског развоја и процеса глобализације. Мрежа глобалног карактера знатно је мултиплицирала важност информације, скратила време (брзину) њеног преношења, као и могућност учествовања у њеном креирању. Тако, информација постаје најтраженији производ савременог дигиталног друштва, а посредством интернета количина доступних информација, је, у принципу, већа од потребних. Интернет, који је обликован као технологија слободне комуникације, омогућава и виртуелно комуницирање као сплет токова између различитих субјеката, односно публике. Међутим, слободни свет информација све више постаје контролисан, односно подвргнут правним и техничко-технолошким ограничењима приступа, пошто информације све више постају власништво моћних корпорација. Као противтежа таквој појави и фактички отпор контроли информација и вид борбе за слободу комуникација појављују се бројне и различите онлајн друштвене групе. У том смислу, посебну пажњу и место заузимају блогови, као ново средство медијске комуникације које представља неку мешавину чета, форума и web презентације. Они омогућавају сваком кориснику интернета, да лако и без нарочитих знања из области информатике, и углавном бесплатно креира свој web сајт на нету и тако се бесплатно огласи и комуницира са другим учесницима на мрежи..

У смислу напред изнетих ставова се, као веома значајни инструменти интернета, који ефикасно остварују идеју слободе оглашава-

ња и комуникације, појављују банери и блогови. У начелу, треба разликовати оглашавање web сајта од оглашавања појединих производа и услуга на web-у. Уз то, теоретичари разликују “банер оглашавање” од “циљаног оглашавања”. Банер оглашавање представља, у ствари, линковање (повезивање) на циљано оглашавање. Циљано оглашавање може бити у форми појединачне web странице или серије линкованих web страница, које су повезане корисниковом активношћу, односно кликом мишем на банер огласе. Циљани огласи називају се и web огласи.

Оглашивачке моделе на интернету могуће је поделити у две велике групе:

- E-mail модели и
- Web модели.

2. Банер оглашавање

У информатичком смислу, банер је јединица рекламирања, сличица или анимација која се поставља на сајт као вид оглашавања. Основни циљ банера је да привуче пажњу посетиоца да кликне на њега ради одласка на други сајт, форум или у виртуелну продавницу, ради добијања више информација о оглашивачу, његовим производима или услугама. Постоје различите величине банера, али најчешће се користе величине 468x60 пиксела.

Банер (banner) је хоризонталан оглас у тексту и или слици смештен на Web страници или у оквиру ње. Представља најстарији и најуобичајенији Web оглас. Могу бити и анимирани. Још увек су кључни за оглашавање на Web-у. Банери су, у ствари, ефектне уске слике које се појављују на web странама и представљају хиперлинкове који воде до одређених сајтова или информација.

Банери се појављују када корисник интернета дође на неку Web страницу. Као банер може послужити обична GIF слика или анимација, која се направи у одређеној величини и стави на страницу, а може се направити и HTML банер. Три најважнија елемента банера су изглед, место и величина.

2.1. Врсте банера

Постоје различите врсте банера. Навешћемо најзначајније.

а) Статични банери

Ови банери се појављују на свим деловима HTML странице и представљају најраширенији облик оглашавања на интернету. Њивова предност је ниска цена, а недостатак је мали Click-Through Rate - CTR (процент стварне посећености у односу на потенцијалну), који се креће од 0,75-1,5%.

б) Анимирани банери

Ова врста огласа на интернету састоји се из сличица које се измењују на такав начин да дају утисак покрета попут цртаног филма. Могу бити - анимирани GIF, Flash анимација, HTML банер.

ц) Банери на средини странице

Обично се смештају на средину странице између текстуалног садржаја, а просечан CTR износи 1%.

д) "Pop-under" прозори

Отварају се испод веб странице, а корисници их примете приликом покушаја затварања прозора. Овакву врсту банера корисници не воле јер их ометају у раду, а статистике говоре да их чак 73% корисника затвори пре него што уопште уочи њихов садржај.

е) "Pop-up" прозори

Отварају се изнад странице на којој се корисник налази.

ф) Skyscraper банери

Вертикални банери знатно већи од класичних банера величине 468x60 пиксела.

Смештени су обично са десне стране HTML странице и због свог облика погодни су за извођење атрактивних анимираних решења. Ради се о најефикаснијем формату банера.

г) Session оглашавање

Оглашавање по "сесијама" изум је онлајн маркетиншког удела NYTimesa. Посетиоцу се приказује један банер за све време посете сајту.

х) *Текстуални огласи*

Обично се појављују као спонзорисани резултати претрага на популарним претраживачима. Њихов CTR може премашити 2% .

2.2. Методе оглашавања помоћу банера

Постоје различите методе оглашавања помоћу банера. Навешће-мо најчешће и најзначајније.

- СПОНЗОРСКИ ОДНОСИ – Слични су банерима, али су јачи истакнути. Помоћу њих је могуће спонзорисати страницу или секцију сајта неке друге фирме, нпр. странице власника медија или претраживача сајта, где је вероватно да ће бити пуно "сурферских" посета. Овај вид оглашавања укључује хотлинк на страницу спонзора.

- ИНТЕРПОЛИРАНИ ОГЛАСИ – Огласи који искрсну за време прегледавања web-а, често док се учитава нови web сајт или секција, а учитају се пре странице коју желимо. Ови огласи су непозвани и због тога често досадни, те потенцијално опасни јер их посетиоци често, а ргогi, третирају као зло.

- УРЕДНИЧКИ КОМЕНТАРИ – Добар уреднички увод, на e-zin-у (једноставном форуму) може бити успешан начин привлачења жељеног сегмента посетиоца на сајту. Међутим, није једноставно уверити уводничаре да спонзоришу одређени сајт у уводу.

- ЛИНКОВИ УЗ ПРОВИЗИЈУ – Неки аутори овај начин рада називају "чланским маркетингом". Представљају најсигурнији начин остварења промета. Један од најзначајнијих од њих је Amazon.com, с хиљадама линкова до посебних сајтова, где провизију од зараде добија власник сајта који трансферише купца. Тај начин кооперације ће се вероватно у будућности развити у кооперативни маркетинг.

- ПЛАЋАЊЕ КУПЦИМА ЗА РЕАКЦИЈУ НА ОГЛАС – Подразумева награђивање посетиоца који реагују на оглас. До сада су, најчешће, познати само неуспешни покушаји овог начина оглашавања.

- ОНЛАЈН КУПОНИ – Постали су велики хит на оглашивачком тржишту на интернету. Купони су смештени на огласима, па када корисник мишем кликне на оглас, може исписати купон и понети га у продавницу (физички) како би га наплатио, тј. како би остварио обећани попуст.

Што се тиче креирања банера, постоје бројни савети за израду ефикасних банера, а неки од најзначајнијих су:

- најмоћнија слова у банеру су FREE;
- једноставна графика;
- анимација треба привући пажњу;
- добар банер треба позивати на акцију;
- банер треба носити потпис фирме.

У суштини, најкраћи савет је, да банер буде кратак и једноставан за читавање, с нагласком на садржај, а не на облик! Уз то, банер не треба да буде сувишен нападан и досадан, јер то може само да буде јако контрапродуктивно по његов ефекат.

Независно од квалитета банера, треба истаћи, да је његов животни циклус врло кратак, до доласка у фазу "banner burnout" ("банер је изгорео"), односно када банер престане давати добар поврат улагања. Click-through однос за дати банер опада са сваким погледом на оглас.

3. БЛОГОВИ

Блог је врста интернет-дневника, у свету увелико прихваћен модел повезивања интернет-корисника. Блог је скраћеница од енглеске речи *weblog* и може се превести као мрежни дневник. Реч је о Web - страници на којој неко хронолошким редом бележи своја размишљања и ставове. Сваки блог има име, које му додели власник, и ко год то жели може ући на било који блог и коментарисати његов садржај. Стога, многи сматрају да су блогери нека врста нове субкултурне групе. *Web log*, *weblog* или *blog* је web апликација која на web страни пријављује периодичне уносе података, обележених датумом и временом објављивања. То је хијерархија текста, слика, мултимедија и података сложених хронолошки, који се могу видети у web читачу. Тако web страна најчешће личи на дневник.

Блог је web страна која садржи кратак извод информација који се зову уноси. Они су у форми анализа, критика, ставова, искустава, емоција и погледа, које појединац жели да подели са другима. Аранжирани су по обрнутом хронолошком реду у односу на време наста-

јања. Сваки унос је јединствено обележен сидром и линком, тако да може бити препоручен другима, односно линкован. Значај блога се огледа се у могућности да појединац сам може кодирати скрипт који ће користити за свој блог, или користити већ постојећи и заменити га према својим потребама. Међутим, права вредност блога је у томе што је могуће једноставно креирати и водити блог користећи постојеће сервисе, а без икаквог техничког знања.

Садржај блога може бити различит, од једноставних листа хиперлинкова, кратких чланака са коментарима и оценама, па све до обимних текстова. Код блогова су подржани и други формати, пре свега графички, аудио и видео. Примарни, а понекад и једини, формат најчешће јесте текст, али постоје и блогови чији су примарни документи слике (фотоблогови), аудиозаписи (аудиоблог) или видеозаписи (видео блог-влог). Растућа заступљеност широкопојасног интернета је овакво објављивање знатно олакшала. Софтвери су такође прилагођени и пружају лакше објављивање специфичних блогова.

3.1. Терминологија

Weblog је кованица речи web и log. Кованицу је сачинио Jorn Barger, аутор блога Robot Wisdom, 1997. године. Краћа верзија блог је дело Petera Merhplua, који је 1999. године, на свом блогу написао "we blog". Употреба блога се ширила, при чему је још више постала популаризирана појавом првог хостованог weblog алата Blogger, компаније Pura Labs. Овај пројекат је касније, 2003. године откупила компанија Google. Целина weblogova или web sites које се односе на блогове (сајбер простор који блогови заузимају), зове се блогосфера.¹ Када велика количина, активности, информација и мишљења у вези неке конкретне теме дигитално популарност у оквиру блогосфере, та се појава најчешће назива блог олујом – blogstorm или blog swarm.²

Претече блога постојали су и пре Веба. Програми за вођење дневника или писање новинских чланака, које су често користили писани медији, постоје одавно. Електронске комуникације су посто-

¹ Овај термин је осмислио William Quick, 2001. године.

² Од марта 2004. године, термини "weblog", "weblogging", и "weblogge", нашли су своје место у Оксфорд речнику енглеског језика.

јале и пре интернета. Тако, нпр. мрежа Associated Press (највеће и најстарије новинске агенције), била је слична великој чет соби где су се водили електронски разговори.

Пре него што је блоговање постало популарно, дигиталне заједнице су постојале у многим облицима: Усенет (newsgroups), мејлинг листе, Bulletin Boards System (ББС), интернет форуми. Многи термини који се данас користе у блоговању креирани су у неком од ових ранијих медија.³ Поставља се питање, да ли је блог дневник на Web-у или дневник Web-а? Може се рећи да је тачно и једно и друго. Мада су у почетку блогови били дневник Webа. Настали су тако што сурфер обилазећи Web стране, сакупља најзанимљивије линкове и објављује их у свом јавном дневнику, на Web-у, тако да они који имају иста интересовања не морају сами да претражују Web, у потрази за квалитетним садржајем. Углавном се сакупљају линкови о некој конкретној (интересантној и актуелној теми). Дешавало се да блогер понекад напише и неки текст који није повезан ни са каквим Web садржајем, који је препоручио. Тако је дневник Webа добио нову димензију и сврху и постао популарнији.

Блог је у почетку био критикован. Био је представљен као средство помоћу кога ће појединци исказати своје незадовољство против нечега, при чему је мало ко обраћао пажњу на такве коментаре. Дакле, блог, у почетку није био ништа спектакуларно, јер је подсећао на већ постојеће форуме и Web сајтове, који имају опцију додавања коментара на већ написани чланак. Међутим, блог се развио пружајући нове погодности, као што је могућност напреднијег формирања Web страница и то аутоматски, затим, рангирања, сортирања, додавања коментара и још много тога.⁴

Утицај блога нагло је порастао после терористичког напада у САД-у, 11. септембра 2001. године. Од 2003. године, утицај блогова на формирање и ширење свести – јавног мњења све више добија на значају. Рат у Ираку је такође довео до појаве многобројних блогова.

³ Нпр. „Trolling“, термин за особу која уништава дискусију објављујући поруке, да би изазвала друге кориснике да би реаговали непријатељски или раздражљиво, потиче из Усенета. Реч „Thread“, која је у вези са узастопним порукама које се тичу једне специфичне теме, потиче од мејлинг листа и Usenet-a, а „post“ потиче од BBS-a.

⁴ Творац блог покрета је сајт <http://www.pitas.com>

Данас хиљаде људи свакодневно започиње или прекида писање блога.⁵

Битна карактеристика сваког блог сервиса је могућност корисника да остваре комуникацију са осталим члановима блог заједнице, тако што његови припадници међусобно комуницирају, при чему долази до измене улога између комуникатора и реципијента. Такође, појединци који нису чланови ни једне од блог заједница, имају могућност да посећују разноврсне блогове и коментаришу их. Тако њихова комуникација постаје двосмерна (feedback).

Генерално, може се рећи да појам блог има два лица, а сама реч два значења. Један је шири појам, под којим се подразумева вођење дневника на web-у. У ужем значењу, блог описује велике глобалне заједнице људи који деле зависност, надопуњавајући нормалан друштвени контакт свакодневним описивањем свог живота.

Због свега наведеног, на питање шта је блог, одговор ће пружити становиште Џулиена Пејна (Julliena Paina).⁶

Блог или Weblog је:

- лични web site;
- садржи углавном вести (постове);
- регуларно се обнавља;
- у форми је дневника, сваки нови пост се ставља на врх web странице;
- постови су распоређени по категоријама;
- постови се постављају коришћењем специјалних дизајнерских интерактивних алата;
- обично су креирани од стране једне особе, углавном анонимне;

Блог постови су:

- обично текстови (укључујући и додатне линкове), понекад са фотографијама, аудио и видео записом;

⁵ Јустин Хал је започео писање свог блога 1994. године и он траје и даље. Написано је преко 5000 страница и свакодневно његов блог посети неколико хиљада људи.

⁶ У делу „Handbook for Bloggers and Cyber-dissidents,” од септембра 2005. године.

-такође, постови могу бити само у форми фотографије, аудио или видео записа;

-могу бити коментарисани од стране посетилаца;

-архивирани су на блогу.

Већина блогова, као и web сајтова састоји се од информација и линкова, па се, с правом, поставља питање у чему је разлика између блога и web сајта. Основна разлика је у томе што је већина сајтова организована и базирана на парадигми странице, тј. организује информације тако да чине одређену целину. С друге стране, блог је организован на парадигми поста, као малог садржаја или скупа информација у ширем контексту. Заправо то је у односу на садржај сајтова микросадржај.

Појавом блогова, број личних web сајтова је знатно порастао, у односу на почетак деведесетих година, када је тренд прављења личних web страница био привилегија само искуснијих интернет корисника. Данас је све већи пораст броја личних страна у виду блогова.

3.2. Историјат и терминологија блога

Традиционални, односно, тзв. аналогни медији су још пре појаве интернета и weба, користили програме за вођење дневника и писање новинских чланака. Електронска комуникација датира још из времена, када се за пример узима мрежа Associated Press (најстарија новинска агенција), која је била слична великој чет соби (chat rooms, енг.- причаоница), у којој су се обављали електронски разговори.

Пре него што је блог ушао у употребу, дигитална заједница имала је много облика, укључујући Usenet (део интернета са тематским одређеним форумима јавних порука) и мејлинг листе као систем директне трансмисије порука. Касније се на web-у појављују форуми и чет собе. Појавом интернета долази до иновације у дистрибуцији штампаног материјала, аудио и видео садржаја на заједничком електронском каналу, на двосмерном интерактивном формату, који омогућава потрошачу више контроле, и могућност да мења аутпут медија и успоставља властиту медијску мрежу.

Истовремено док је интернет растао и све више постајао део мреже коју посећује огроман број корисника у потрази за ин-

формацијама, други програмери почели су да креирају ручно кодоване стране са њиховим препорукама за сурфовање, како би филтрирали нет. Од тада сајтови се све више повезују, милиони weblogova су креирани, интернет је популарнији, а bloggersi постају заједница.

Термин „блог“ ушао је у свакодневну употребу да би се избегло мешање са термином „сервер лог“ који се односи на статистике посећености неког сајта. Треба истаћи да је информациона технологија, у почетном стадијуму развоја, служила владиним потребама, а затим и у служби образовања и научног истраживања. Касније је мрежа стављена и у функцију развоја бизниса и електронског пословања. Тако, временом она постаје комерцијализована и комуникативна мрежа која се све више шири, квантитативно и квалитативно.

Теорија use and gratification (теорија користи и задовољства), подразумевамо да је свака особа, у овом случају блогер, постала властити gatekeeper (gatekeeper-free-енг. ослобођено"чувар капија") Јер, она сама врши избор међу огромним бројем информација, и бира оне које сматра корисним или јој чине задовољство. Такође, push технологија омогућава сваком кориснику да одреди оне информације које жели да прими, а да све остале селекционише. Због тих околности, оваква селекција чини сваког појединца (блогера) уредником пакета информација, које он селектује у складу са својим интересима и потребама. Самим тим, отвара се и питање критеријума вредности и валидности оваквих информација.

У раној фази блога (период између 2001. ио 2003. године), блогови су искључиво били лични дневници. Временом настају тематски блогови, а доминантне теме су биле из области политике, спорта, технологије и друштвеног живота.

Друга фаза развоја блога имала је за циљ ширење светског тржишта, постављањем реклама и огласа. Данас су познати такозвани „бизнис блогови“, који функционишу као нека врста самосталног предузећа. У најновије време и сами новинари почињу да пишу личне дневнике, а блогери постају новинари, тако да се полако губе границе новинарске професије.

Као критеријум популарности једног блога може се узети број линкова који са других блогова или сајтова води до њега, као и број његових читалаца.⁷

Најпопуларнији блог данас је "MySpace", који функционише као фирма са 300 запослених особа који раде на сајту, а у власништву највећег светског медијског конгломерата News Corporation. Одмах уз њега је и не мање популаран блог „Facebook.“ Према последњим статистикама, регистровано је преко 300 милиона корисника "MySpace" заједнице, а свакодневно се региструје око 250 000 нових чланова. Блог феномен протеклих година постаје актуелни појам и прераста у блогоманију, а његова употреба посебно у западним друштвима, постаје прилично уобичајена појава. Све више, он је средство продора и креирања мишљења познатих светских компанија, а и појединих медија. Уз то, данас је просто незамисливо да нека личност, која иоле нешто значи у свету шоу бизниса, моде, спорта или филма, нема свој блог или бар свој профил на неком од најпознатијих светских блогова.

3.3. Врсте блогова

Постоји више врста блогова с обзиром на различита критеријуме поделе.

1. Према организацији информација блогови се деле на:

- Блог са кратким садржајем (сличан је форуму, јер аутор поставља кратак текст, а онда добија одговор јавности на тај текст. Блогови о рату у Ираку су оваквог типа. На пример аутор постави само агенцијску вест на блог и тражи да се јавност огласи поводом те вести.)

- Блог есејског/дневничког типа (дневници познатих личности из света филма, спорта, моде, итд).

⁷ Један од најпопуларнијих је дневник бившег војника војске САД-а, Markos-a Moilitsas Zunig-a (<http://www.dailykos.com>), са 67 000 линкова који води на њега, са више од 19 000 сајтова. Познат је и блог "BoingBoing" (<http://www.boingboing.com/>), са преко милион читалаца месечно.

Најпознатији блог на свету је политички блог америчког новинара Andrew Sullivan-а, „ The Daily Dish" (http://www.time.blogs.com/daily_dish/) који је 2005. године бележио посете од 50 000 читалаца свакодневно.

2. Према садржају блогови се деле на:

- Линк блог (аутор на блог поставља линкове везане за тему о којој говори, нпр. линк блогови Формуле 1, или љубитеља филмова и фотографије, животиња и сл.);
- Тематски блог (нпр. блог New York Times-а о рату у Ираку);
- Блог вест/коментар (служи најчешће новинарима и они ту објављују оне вести или коментаре које из различитих разлога не могу објавити у свом медију због лимитираног простора, цензуре и сл.);
- Дневнички блог (дневници познатих, али и потпуно анонимних људи), Фото блог (са најзанимљивијим фотографијама о некој теми), а такође, аудио и видео блог.

Лични блог

Лични дневник је најчешћи облик данашњих блогова. Садржај се уносе лако и без много техничког знања, а људи пишу своја свакодневна искуства, догађаје, мишљења. Њихово коментаришање од стране читалаца показује потенцијал web-а као колаборативног медијума. Појединци пишу о свему, не задржавајући се на једној теми, док неки други воде тематске блокове.

Тематски блог

Тематски блогови концентрисани су на специфичну тему, а најчешће су технички и баве се хардвером, софтвером, техничким уређајима, хи-фи опремом, интернетом и сл. Чести су и они који се баве медицином и здрављем. Популарни су и књижевни блогови (litlblog), омиљени међу неафирмисаним писцима, али и међу афирмисаним који на тај начин промовишу своју књиигу. Такође, популарни су блогови о путовањима (travelogs), а међу популарним темама су музика, уметност, филм, шопинг, спорт, игрице, итд. Политика је увек актуелна тема, па отуд и бројност и читаност оваквих блогова.

Правни блогови су, такође, заступљени на интернету, па су и добили посебан назив blawgs. Религиозни блогови показују јавно становиште о разним религијама, али и о економији, политици и животу, уопште. Постоји и едукативни блог, користан студентима и предавачима, посебно развијен у западним друштвима.

Такође и поједини медији на својим web странама имају блог.⁸

Пословни блог

Данас је велика употреба блога као јефтиног средства за побољшање укупне унутрашње и спољашње комуникације светских компанија. Штедећи време и новац, он унапређује онлајн маркетинг у малим и великим предузећима.

Пословни блогови представљају компанијске алате за промоцију и комуницирање запослених унутар саме фирме, ради размене и унапређења знања, као и комуникације са клијентима. Технички добро опремљене фирме су прве започеле овај тренд на западу, а разне друге компаније, медији и појединци прилагођавају се окружењу. У расту броја блогова и популације која их редовно прати, потенцијал су препознале и многе светске информатичке компаније као што су Google, Microsoft, IBM, и сл. Ту су и блогови неинформатичких пословних фирми као што је General Motors, Coca-Cola и др. Међутим, они су најзначајнији малим и средњим предузећима као нискобуџетна замена за редовно присуство на web-у и као прикладно средство јефтиног и лаког оглашавања на интернету.

Блог као нови медијум подразумева могућност слања и примања информација, као и интеракцију са аудиторијумом, при чему је за овакво директно и симултано комуницирање између два и више система, неопходан комуникацијски канал који се успоставља посредством интернета. Нови информативни медији на јединствен начин приближавају деловање језика и технологија као симболичког и физичког медија. Реална околина више не може побећи утицајима електронмагнетских мрежа, а кибернетички простор показује да је уз масу и енергију, информација постала следећа специфична димензија космоса, као и да је вредност информације једнака брзини њеног ширења.

Нема сумње да је блог постао мета медијум, тј. мрежа која се састоји од више симболичких система (текст, звук, слика), које појединац слободном вољом комбинује, у складу са својим захтевима и потребама. Блог је у исто време информацијска и комуникацијска технологија. Као информацијска, он је способан за јавни при-

⁸ Код нас је познат блог В92 (<http://www.blog.b92.net>) где наше личности из јавног живота воде своје дневнике.

ступ, пренос информација и једноставно слање порука, а као комуникацијска он омогућава и приватни приступ, складиштење информација и интеракцију, тј. комуникацију све више по принципу pointcasta или модела емитовања усмереног ка циљним комуникаторима .

Комуницирање путем мреже, у овом случају путем блога, може се окарактерисати као глобално новомедијско комуницирање, а оно подразумева пренос информација и вредности преко државних грађана у једну нову стварност, тј виртуелну стварност.

Блог као виртуелна заједница специфична је и по томе што становници блогосфере преносе своје онлајн активности врло радо и у реалан свет. Тематски, блогосфера је врло разноврсна, јер у основи је блог лични дневник, па је сваки појединац слободан да на своју страну стави оно што он жели. Основни циљ сваког блогера је да његова страна буде посећена и да добије на популарности међу осталим блогерима, и осталим корисницима интернета. Сваки појединац, који је власник блог стране препознатљив је под одређеним надимком (nickname), по коме се његова страна углавном и зове. Појединац свој надимак бира при самој регистрацији на неки блог домен, када креира и свој профил, остављајући податке о себи, који иду у архиву блогосфере. Овде се сада може поставити питање идентитета сваког члана блог заједнице, као и свих онлајн друштвених група, јер информације о особи као припаднику одређене виртуелне заједнице, добијамо искључиво од те исте особе, а оне могу бити истините или не. Тако се сада отвара једно ново питање флуидности и аутентичности виртуелног идентитета.

Блогер је особа која је препознатљива у блогосфери, пре свег, по свом надимку који ретко мења, али то никако не значи да је његов профил истинит, као у реалном животу. Специфичност блога у првим фазама његовог развоја јесте била анонимност учесника, па су се многе познате личности криле иза различитих надимака. Међутим, са добијањем на популарности и читаности, а и на основу података везаних за њих, њихов прави идентитет је бивао лако откривен. С друге стране, данас јавне личности имају своје блогове под аутентичним именом и презименом, са циљем

да и на овај начин изнесу свој став или мишљење, односно, да, у крајњој линији, још више популаришу себе и своју професију.⁹

4. Будућност банера и блогова

Нема сумње да банери и блогови као савремена средства дигиталне комуникације и оглашавања на интернету, у овом тренутку имају одговарајуће место и значај у свакодневном животу људи и компанија. Уз то, чини се да такав тренд има тенденцију раста. Али, с друге стране, оправдано се јавља бојазан да временом не буду превазиђени, попут моде, и да уступе место новим савременијим формама комуникације и оглашавања.

Напред изнету сумњу, појачава околност да врло мали број корисника интернета (једва пар процената) обрати пажњу на банере, док их највећи део игнорише. Разлози за оваква понашања су различити, било да су они објективне или субјективне природе.

У вези са будућношћу блога поставља се питање да ли ће он окупирати пажњу јавности у смислу извора информација. може се рећи да он јесте ефикасно средство за брзу претрагу и проналажење релевантних информација, али валидност таквих информација, још увек је под знаком питања. Овакав став се среће, не само у расправама теоретичара, већ и у кругу информатичара, па и самих блогера. Количина блогова на интернету, према статистици, удвостручава се сваких шест месеци, док нови блог настаје скоро сваке секунде. Блогова данас има на милионе, и они су нова и ефикасна технологија која омогућава људима да се изразе, али не само према појединцу, већ према целом свету.

Иако је данас целокупна блогосфера 70 пута већа, у односу на стање када је блог настао, још увек већину блогова читају само пријатељи блогера. Мада, одређени тематски блогови, као и блогови познатих, ратни, политички или бизнис блогови имају већ широку публику. Што је већи тај број на неком блогу, он има већи

⁹ Пример за то је, рецимо, блог заједница В92, где за сада право регистрације имају само познати.

ауторитет и привлачи више корисника, па се на тај начин профилишу добри блогери и квалитетни блогови.

Једно од суштинских питања, које се намеће у вези са овом материјом, јесте, може ли блог постати поузданији извор информација од класичних, односно аналогних медија, или је можда будућност у њиховој сарадњи. Данас многе медијске куће ангажују блогере, са циљем да публици презентују информације из више погледа на исту тему. Све више новинара пише блогове, односно професионално презентују вести у форми блога. У сваком случају, неспорна предност блога у односу на класичне медије је његов формат. Постови су кратки и сажети, с доста информација у мало текста. Моћ блога и вебa је та да су информације доступне у реалном времену, као и могућност приступа информацији када то сам корисник зажели, уместо да чека телевизијски термин вести или јутарње новине. Међутим, валидност информација на блогу је ствар која остаје спорна, и тешко да ће бити решена у скоријој будућности. Анонимност блогера, могуће злоупотребе идентитета, као и чињеница да нема цензуре у овој виртуелној заједници, улива дозу неповерење међу публиком и самим блогерима. Стога, се чини да је најбоље и најисправније гледиште о блоговима као допунском облику традиционалним медијима, као изворима информисања.

На самом крају, незахвално је, у овом тренутку, са већим степеном извесности прогнозировать будућност банера и блогова, а да то не буде пуко нагађање. Извесно је само да је много тога магловито и неизвесно. У сваком случају, сасвим је сигурно да ако нешто може обезвредити, а затим и потпуно уништити банере и блогове, то је инфлација њих самих. Чињеница да се они, попут хидре, множе и мултипликују сваког секунда, може довести да једног тренутка постану жртве самих себе и нестану у бујици сопствене матице.

Vidoje Spasić, LL.D., Assistant Professor

BANNERS AND BLOGS AS MEANS OF ANNOUNCEMENT ON THE INTERNET

Summary

Internet as global electronic network, is always developing by offering new services. According to the context of the internet developing, banners and blogs has appeared and has found their own places.

Banner is a unit of advertising used in a text , picture or animation form, located on the web-site or inside of it.

There have been different types of banners, but all of them have the same function – announcement.

Blog (a contraction of the term "Web log") is a Web site, usually maintained by an individual with regular entries of commentary, descriptions of events, or other material such as graphics or video. Entries are commonly displayed in reverse-chronological order. "Blog" can also be used as a verb, meaning to maintain or add content to a blog.

Many blogs provide commentary or news on a particular subject; others function as more personal online diaries. A typical blog combines text, images, and links to other blogs, Web pages, and other media related to its topic. The ability for readers to leave comments in an interactive format is an important part of many blogs. Most blogs are primarily textual, although some focus on art (artlog), photographs (photoblog), sketches (sketchblog), videos (vlog), music (MP3 blog), audio (podcasting), which are part of a wider network of social media.

Nowadays, banners and blogs represent a significant way of digital communication. Moreover, they are increasingly becoming the powerful mean of announcement and advertisement at the world-global market.

Keywords: banner, blog, internet, advertising.

**ПРИМЕНА ОДРЕДАБА О УСЛОВИМА ЗА ПРИЗНАЊЕ
И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА**

***Апстракт:** Листе разлога за одбијање признања и извршења страних арбитражних одлука, садржане у различитим правним изворима који регулишу ову материју, готово су идентичне. На свакој од њих налазе се они основи, који се интегрално могу схватити као праг подобности једне стране арбитражне одлуке да постане део унутрашњег правног поретка. Иако на први поглед једнако значајни, сваки од ових разлога специфичан је по многим обележјима која се односе на практичну примену. Управо овим специфичностима бави се овај рад, који представља израз тежње аутора да кроз призму реалности и досадашње арбитражне праксе детаљно анализира сваки од основа и укаже на његов значај у међународној трговинској арбитражи.*

***Кључне речи:** страна арбитражна одлука, признање, извршење, услови, арбитражна пракса.*

Уводна разматрања

„Признање арбитражне одлуке представља поступак у коме се утврђује да ли та одлука испуњава законом прописане услове да делује на територији одређене земље.“¹ У нашем праву, поступак признања и извршења страних арбитражних одлука регулисан је одредбама главе IX Закона о арбитражи РС,² којима су нормирана дејства арбитражне одлуке, надлежност, поступак, разлози за одбијање признања и извршења, дејства поступка за поништај покренутог у иностранству и одлука о признању и извршењу.

Основни правни извор који регулише признање и извршење арбитражних пресуда на међународном плану је Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука,³ у чијем се члану I ст. 1. страна арбитражна одлука дефинише као она која је донесена на територији државе различите од државе у којој се извршење тражи.⁴ Будући да није потребно испуњење нити једног другог услова за примену ове Конвенције, арбитражна одлука донесена у ма којој страни држави, без обзира да ли се ради о држави чланици Конвенције, потпада под домен примене овог међународног правног акта. Једини изузетак од овог правила постоји када се ради о држави чланици која је изричито предвидела, у складу са одредбом чл. I ст.

¹ Грбин, И. – Признање и извршење одлука страних судова, Загреб, 1980. година, стр. 11. О декларативном карактеру одлуке (решења) о признању арбитражне одлуке у нашем праву постоји консензус – видети Кнежевић, Г. – Поступак признања и извршења страних судских и арбитражних одлука, Уговори о спољној трговини, VII, Београд, 1997. година, стр. 23.

² Раније је ова материја била регулисана Законом о решавању сукоба закона са прописима других држава у одређеним односима, којим су биле предвиђене формалне и материјалне претпоставке, чије је испуњење неопходно за признање и извршење – Сл. лист СФРЈ 43/82.

³ Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, од 10. јуна 1958. године, U.N.T.S. 38.

⁴ У нашој земљи ова Конвенција представља извор спољнотрговинског арбитражног права, будући да ју је ратификовала бивша – СФРЈ (Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, 11/81), а каснија СРЈ прихватила декларацијом којом је преузела и обавезе из свих осталих међународних уговора СФРЈ – видети Кнежевић, Г. – Пауновић, М. – Извршење страних арбитражних одлука са посебним освртом на ЕХ-УУ елемент, Правни живот, том I, Београд, 1994. година, стр. 1456.

13, да обавезе према Конвенцији преузима само у односу на другу државу која је такође чланица. Домен примене Конвенције веома је широк, што је у функцији остварења њеног фундаменталног циља, тј. поспешивања признања и извршења арбитражних одлука широм света.⁵

1. Пуноважност арбитражног споразума

С обзиром на значај аутономије воље странака арбитражног поступка, питање пуноважности арбитражног споразума од велике је практичне важности у стадијуму судске контроле арбитражне одлуке. Готово сви правни извори који регулишу ову материју, непостојање или непуноважност арбитражног споразума третирају као разлог за стављање у функцију механизма принуде којима располаже држава у циљу елиминисања из правног поретка, односно спречавања постајања његовим делом, арбитражне одлуке донесене у поступку који није заснован на било каквом, или је заснован на непуноважном арбитражном споразуму.

Пуноважност арбитражног споразума као претпоставка признања и извршења страних арбитражних одлука предвиђена је одредбама чл. 66. ст. 1(1) Закона о арбитражи РС, чл. 36. Модел закона UNCITRAL-а и чл. V Њујоршке конвенције. Приликом повлачења паралеле између одредаба садржаних у Модел закону и Њујоршкој конвенцији, имајући у виду значај форме арбитражног споразума за пуноважно заснивање арбитражног процесног односа, нужно је одговорити на питање да ли је одредба чл. 7. Модел закона UNCITRAL-а, којом се предвиђа обавезност писмене форме арбитражног споразума, путем упућивања инкорпорисана у одредбу чл. 36. ст. 1(a)(i)⁶ на

⁵ О претпоставкама за признање и извршење страних арбитражних одлука у СФРЈ видети Дика, М. – Претпоставке за признање и извршење страних арбитражних одлука по Закону о рјешавању сукоба закона с прописима других земаља, Привреда и право, бр. 9-10/1986, стр. 427 – 439.

⁶ Одредба чл. 36(a)(i) Модел закона UNCITRAL-а предвиђа да се признање и извршење арбитражне одлуке могу одбити ако је „страна арбитражног споразума о коме је реч у чл. 7. била на неки начин неспособна или је наведени споразум непуноважан према праву коме су га стране подвргле, или, ако нема индиција у по-

исти начин на који је одредба чл. II Њујоршке конвенције инкорпорисана у одредбу чл. V ст. 1(a) овог прописа.⁷ У светлу чињенице да је одредбом чл. 36. готово дословно преузета листа основа за одбијање признања и извршења садржана у одредби чл. V ст. 1(a) Њујоршке конвенције, и с обзиром на то да обе норме изричито упућују на одредбе чл. 7, односно II, којима се регулише арбитражни споразум, оправдано се може закључити да за сврху извршења, одредба чл. 7. допуњава одредбу чл. 36. ст. 1(a)(i) и уводи разлоге за одбијање признања који се тичу недостатака у погледу форме арбитражног споразума. Стога, као што је то случај и када се ради о одредби чл. V Њујоршке конвенције, разлози одбијања признања арбитражне одлуке, у погледу којих ће се директно примењивати одредба чл. 36. ст. 1(a)(i), састоје се у противности арбитражног споразума праву места арбитраже у погледу пуноважности пристанка на арбитражно решавање спора и противности садржине арбитражног споразума праву за чију су се примену стране определиле, односно праву места арбитраже.

Из ових разлога, у држави која је усвојила Модел закон, приликом одлучивања о признању и извршењу, питање формалне валидности арбитражног споразума биће решавано према одредби чл. 7. То се односи на све арбитражне споразуме којима је предвиђено спровођење арбитраже у држави која је усвојила Модел закон. Правна дејства одредбе чл. 7, међутим, могу погодити и арбитражне споразуме којима је предвиђено решавање спорова у некој другој зе-

гледу овог права, према праву државе у којој је одлука донесена.“ Са друге стране, одредбом чл. 7. изричито је регулисано да арбитражни споразум мора бити сачињен у писменој форми.

⁷ Према *Sanders*-у, „изричито упућивање у члану V ст. 1(a) на члан II инкорпорише формални захтев писмене форме, предвиђен чланом II у члан V. Странка против које се захтева извршење може се, зато, позвати на члан II након доношења арбитражне одлуке... Према одредби члана V, државни судови су, приликом одлучивања о пуноважности арбитражног споразума, упућени на меродавно право. По мом мишљењу само неколицина питања остаје под регулативом меродавног права, будући да је форма арбитражног споразума регулисана на униформан начин одредбом члана II“ – видети *Sanders, P. – Consolidated Commentary, Yearbook on Commercial Arbitration*, бр. IV, 1979. година, стр. 231 – 247. *Van den Berg* је истога мишљења – видети *Van den Berg, J. – The New York Arbitration Convention of 1958*, op. cit, стр. 284 – 287.

мљи, ако се поступак признања и извршења спроводи у држави која је усвојила Модел закон. На пример, ако се у арбитражном поступку који се спроводи у једној држави одлука донесе у корист једне странке, та странка може тражити извршење одлуке у другој држави која је усвојила Модел закон, а сва питања везана за подобност одлуке за признање и извршење с обзиром на форму арбитражног споразума решаваће се према одредби чл. 7. Модел закона, чак и у случају да држава у којој је одлука донесена није усвојила овај правни акт. Значи, ако се арбитражни поступак води у држави која није усвојила Модел закон и у којој је допуштена и усмена форма арбитражног споразума, сваки покушај извршења арбитражне одлуке којом је овај поступак окончан у држави која је усвојила Модел закон биће осуђен на неуспех.

Оваква ситуација донекле представља парадокс, имајући у виду чињеницу да је сврха Модел закона управо у поспешивању, а не у отежавању, транснационалног признања и извршења арбитражних одлука. На другој страни, намера креатора Модел закона, поред афирмације међународне арбитраже, била је и остварење униформног режима међународног признања и извршења арбитражних одлука, чији би интегративни елемент било и правило да сви арбитражни споразуми треба да буду сачињени у писменој форми. Шта више, немогућност извршења арбитражне одлуке због формалне непуноважности арбитражног споразума последица је чињенице да се одредба чл. 36. не примењује по стриктно територијалном принципу. Ни одредба чл. 7, на чију примену изричито упућује одредба чл. 36, у ограниченом контексту признања и извршења арбитражних одлука, није подложна стриктно територијалној примени. Зато се може закључити да одредбе чл. 7. и 36. садрже јединствен систем правила којима се регулише одбијање признања и извршења арбитражних одлука, који се примењује на униформан начин, без обзира на то којој држави арбитражна одлука припада и без обзира на локацију места арбитраже.

Треба приметити да се на одредбу чл. 7. Модел закона UNCITRAL-а странке могу позвати и у фази извршења арбитражног споразума. Међутим, у том случају, она ће бити подложна принципу територијалности. Само када се ова одредба примењује у стадијуму признања и извршења арбитражне одлуке, и то посредно – преко од-

редбе чл. 36. која на њу упућује, она не потпада под домен територијалног принципа.⁸

Модел закон UNCITRAL-а, одредбама чл. 7. и 36. ст. 1(a)(i), препушта регулисање питања пуноважности пристанка на арбитражу „праву државе у којој је одлука донесена“.⁹ Илустративан пример примене оваквог приступа, иако се није радило о примени Модел закона, јесте француски предмет у коме је апелациони суд поништио арбитражну одлуку због тога што, према француском праву, није постојао пуноважан пристанак на арбитражу.¹⁰ У овом предмету, закључена су два уговора – први, који није садржао арбитражну клаузулу и који су потписале три стране, и други, који је садржао арбитражну клаузулу која је предвиђала арбитражу под окриљем МТК у Паризу и који су потписале две стране. Испод њихових потписа налазила се реченица „одобрио, сагласио се и ратификовао министар туризма“ (трећа страна првог уговора), па се поставило питање да ли

⁸ Случајеви у којима је примењена одредба чл. II Њујоршке конвенције у овом смислу илуструју на који начин странка може посегнути за одредбом чл. 7. Модел закона ради оспоравања признања и извршења арбитражне одлуке. Наиме, у предмету *Agrimex, S. A. v. J.F. Braun & Sons, Inc.* из 1962. године, грчки суд је одбио да призна и изврши одлуку донесену у Њу Јорку, ослањајући се на одредбу чл. II на коју је упућивао чл. V ст. 1(a) Њујоршке конвенције. Агент продавца грчке националности у том случају закључио је у САД уговор који је садржао арбитражну клаузулу. Међутим, агент је то учинио без писменог овлашћења свог властодавца. Суд је резонувао да према грчком праву, ако арбитражни споразум мора бити у писменој форми, и овлашћење за његово закључење такође мора имати исту форму – видети *Yearbook of Commercial Arbitration*, бр. IV, 1979. година, стр. 269. У другом предмету из 1975. године, италијански суд је признао и извршио енглеску арбитражну одлуку упркос томе што је постојао недостатак у погледу писмене форме арбитражног споразума, који се састојао у томе што он није прописно потписан. Суд је стао на становиште да је арбитражни споразум у тој ситуацији био пуноважан према одредби чл. II Њујоршке конвенције и закључио да се „валидност арбитражног споразума мора утврђивати искључиво на основу Њујоршке конвенције, а не на основу права државе у којој је арбитражни споразум закључен“ – видети *Carters Ltd. v. Francesco Ferraro*, Corte D'appello di Napoli, *Yearbook of Commercial Arbitration*, бр. IV, 1979. година, стр. 275 – 276.

⁹ Видети McLaughlin, J. – Genevro, L. – *Enforcement of Arbitral Awards Under the New York Convention – Practice in U.S. Courts*, Int'l Tax & Bus. L., бр. 3, 1986. година, стр. 249 – 265. и Van den Berg, A. – *op. cit.*, стр. 287 – 291.

¹⁰ *The Arab Republic of Egypt v. SPP Ltd. and SPP (Middle East Ltd.)* (случај пирамида), МТК предмет, бр. 3493, Cour de Cassation, од 6. јануара 1987. године.

је наведена изјава учинила трећу страну (државу Египат) страном уговорницом овог уговора. Арбитражни поступак у којем су учествовале све три стране покренут је на основу арбитражне клаузуле садржане у другом уговору, а трећа страна је тражила поништење одлуке донесене у арбитражи на основу тога што она није била страна арбитражног споразума. Париски Апелациони суд прихватио је овај аргумент и поништио арбитражну одлуку.¹¹ Према мишљењу суда, речи „одобрио, сагласио се и ратификовао“ представљале су само административну ауторизацију, која је по египатском праву потребна за „стварање економских комплекса.“¹² Зато је суд закључио да се трећа страна „није сагласила да буде обавезана арбитражном клаузулом“ и да арбитражна одлука „мора бити поништена применом одредбе чл. 1502. ст. 1. француског Новог кодекса цивилне процедуре.“¹³

Амерички судови показују либералнији приступ питању пуноважности арбитражног споразума. У предмету *Oriental Commercial & Shipping Co. v. Rosseel N.V.*¹⁴, на пример, суд је нашао да је према Њујоршкој Конвенцији „споразум о арбитражи ништав или непостојећи само када постоје интернационално признати разлози за то, као што су принуда, превара, заблуда или одрицање, или када је он противан фундаменталним вредностима државе форума.“¹⁵ Неки аме-

¹¹ *SPP v. EGOH*, Cour d'Appel de Paris, 1984. година, Yearbook of Commercial Arbitration, бр. X, стр. 113.

¹² Ibid, стр. 118.

¹³ Ibid, стр. 122. Пре поништења, SPP је захтевао извршење арбитражне одлуке у Енглеској и Холандији. У Енглеској није имао успеха, али је случајно, на сам дан када је париски Апелациони суд поништио одлуку, окружни суд у Холандији донео супротну одлуку и нашао да је Египат био страна другог уговора – видети Yearbook of Commercial Arbitration, бр. X, 1984. година, стр. 488 – 489. Поступак је привремено обустављен по споразуму странака до окончања поступка по правном леку који је SPP уложио пред Врховним судом Француске. Овај предмет илуструје колико је тешко формулисати вишестране арбитражне споразуме на начин којим се омогућава њихово униформно тумачење у различитим државама.

¹⁴ 609 F.Supp. 75 (S.D.N.Y. 1985). Суд није усвојио приговор да речи „Арбитража: Ако се захтева у Њу Јорку,“ садржане у поруци послатој телексом, нису довољан основ обавезивања на арбитражно решавање спора.

¹⁵ Ово правило формулисано је у предмету *Rhone Mediterranee Compagnia v. Lauro*, 712 F.2d (3d Cir. 1983). Видети и *Enforcement of Foreign Arbitral Awards un-*

рички судови чак су заузели став да решавање питања постојања преваре ради навођења на закључење арбитражног споразума спада у искључиву надлежност арбитражног суда¹⁶ и да пред државним судовима уопште није допуштено истицати приговор непуноважности арбитражног споразума према Њујоршкој конвенцији, услед тога што се подразумева да је арбитражни суд који је донео арбитражну одлуку већ претходно негативно одлучио о том приговору.¹⁷

2. Право странке да расправља пред судом

У погледу другог основа за одбијање признања и извршења, који је садржан у одредби чл. 66. ст. 1(2) Закона о арбитражи РС, чл. V ст. 1(б) Њујоршке конвенције и чл. 36. ст. 1(а)(ii) Модел закона, тј. ускраћивања права на расправљање, усвојен је став да његово постојање треба процењивати имајући у виду стандарде права на правну заштиту државе извршења,¹⁸ и то упркос чињеници да чл. 36. Модел

der the United Nations Convention of 1958: A Survey of Recent Federal Case Law, Md. J. Int'l L. & Trade, бр. 11, 1987. година, стр. 13 – 27.

¹⁶ Предмет *Prime Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. (1967).

¹⁷ Видети предмет *Island Territory of Curacao v. Solitron Devices*, 356 F.Supp. 1, 11 (S.D.N.Y. 1973), где је странка истичала да арбитражну одлуку не треба извршити зато што је уговор „раскинут услед немогућности извршења.“ Ипак, државни суд је стао на становиште да је ово питање у искључивој надлежности арбитражног суда и одбацио овај аргумент.

¹⁸ Предмет *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier*, 508 F.2d (2d Cir. 1974), у којем је странка која се противила признању арбитражне одлуке навела да јој је била ускраћена могућност да изнесе своје аргументе и доказе тиме што је арбитражни суд одбио да одложи рочиште ради омогућавања да важан сведок ове странке буде саслушан. Овај аргумент није прихваћен из неколико разлога: према мишљењу суда, „проблеми везани за заказивање рочишта представљају ризик инхерентан арбитражном решавању спорова“. Исто тако, логистички проблеми скопчани са заказивањем рочишта у време погодно за све странке, њихове заступнике и арбитре, који се често налазе у различитим деловима света говоре у прилог потреби да се не одступи од унапред договореног временског распореда активности, осим када су промене апсолутно неизбежне. И на крају, арбитражни суд имао је пред собом документ који је садржао већи део информација које би спорни сведок понудио. Од свих ових разлога, за вишестраначке арбитраже посебно је интересантан други, будући да су овде логистички проблеми потенцијално изузетно комплексни. Видети и Matlin, R. – *Federal Courts*

закона није ограничен територијалним критеријумом примене. Овакво схватање је универзално прихваћено, без обзира на амбицију креатора Модел закона да се широком формулацијом чл. 36. ст. 1(a)(ii) Модел закона успостави један „међународни стандард права на правну заштиту“ који није у вези ни са једним националним правом, а нарочито не са правом места арбитраже.¹⁹ Захваљујући неизбежним нејасноћама својственим тумачењу и примени једног оваквог стандарда, највећи број судова, приликом утврђивања садржине права на правну заштиту, ослањаће се и даље на принципе и правила домаћег права.²⁰

3. Поштовање граница овлашћења на арбитражно суђење

Трећи основ одбијања признања арбитражне одлуке, садржан у одредбама чл. 66. ст. 1(3) Закона о арбитражи РС, чл. V ст. 1(ц) Њујоршке конвенције и чл. 36. ст. 1(a)(iii) Модел закона UNCITRAL-а, састоји се у прекорачењу граница арбитражног суђења²¹ и он ће постојати ако је арбитражном одлуком решено о захтеву поводом спора који није обухваћен арбитражним споразумом. Овај основ се у пракси најређе примењује. То показује искуство са применом одредбе чл. V ст. 1(ц) Њујоршке конвенције. У оно мало случајева у којима су се странке позивале на ову одредбу, њихова одбрана није уро-

and the Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Pace L. Rev., бр. 5, 1984. година, стр. 151 – 164. Одредба чл. 36. ст. 1(a)(ii) Модел закона предвиђа да се признање има одбити ако „странци против које је одлука донесена није било дато адекватно обавештење о именовану арбитра или о арбитражном поступку, или јој је на други начин онемогућено да презентује свој случај“.

¹⁹ Сличан аргумент изнесен је и у вези примене одредбе чл. V ст. 1(b) Њујоршке конвенције – видети Van den Berg, A – op. cit, стр. 298.

²⁰ На пример, предмет *Parsons*.

²¹ Модел закон UNCITRAL-а, у одредби члана. 36(1)(a)(iii), предвиђа да се признање или извршење могу одбити ако се „арбитражна одлука односи на спор који није обухваћен или не потпада под услове поверавања спора арбитражи, или садржи одлуке о питањима ван домена онога што је поверено арбитражном суду, под условом да се, ако се одлуке о питањима која су поверена арбитражи могу раздвојити од оних о питањима која нису, онај део арбитражне пресуде који садржи одлуке о питањима повереним арбитражи може признати и извршити“.

дила плодом.²² Амерички судови, на пример, овај основ одбијања признања и извршења арбитражних одлука конструисали су врло уско, чинећи претпоставку да су арбитражни судови поступали у границама својих овлашћења тешко оборивом.²³ Проарбитражна политика у САД резултирала је тиме да се у пракси америчких суда учврстио се став да одлуке арбитражних суда треба потврдити увек када је могуће пронаћи рационалне основе за њихово доношење.²⁴

4. Прописан састав арбитражног суда и сагласност арбитражног поступка са споразумом странака и *lex fori*

Четврти основ за одбијање признања стране арбитражне одлуке, тј. непрописан састав арбитражног суда и непоштовање одредаба арбитражног споразума о процедури, односно, у случају њиховог непостојања, повреда права места арбитраже, предвиђен је одредбом чл. 66. ст. 1(4) Закона о арбитражи РС, као и одредбом чл. 36. ст.

²² Видети Van den Berg, A. – op. cit, стр. 312.

²³ Предмет *Parsons*, где се изричито наводи да се „ова одбрана од извршења стране арбитражне одлуке...треба конструисати уско.“ Суд је навео и да „... иако Њујоршка конвенција признаје да се може одбити извршење арбитражне одлуке када је њоме решен спор који је ван надлежности арбитра, она не санкционише различита тумачења споразума странака од стране арбитра.“

²⁴ По питању потврђивања арбитражних одлука које се односе на измаклу добит, које су донесене иако су консеквенцијалне штете биле искључене уговором, суд у предмету *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management, Inc.*, 517 F.Supp. (S.D. Ohio 1981) стао је на становиште да „у ситуацијама када арбитраи објасне своје закључке ... на начин којим се чак и у најмањој мери оправдава исход до којег се дошло, потврђивање арбитражне одлуке не могу спречити странке које се залажу, макар и убедљиво, за различит резултат.“ Један други суд био је толико неблагонаклон према идеји поништења арбитражне одлуке да се, без обзира на овлашћење које је имао према одредби чл. V ст. 1(ц) Њујоршке конвенције да призна само онај део арбитражне одлуке којим нису прекорачена овлашћења арбитражног суда и да одбије признање преосталог дела, определио за то да одлуку призна у целисти – видети предмет *Amoco Overseas Oil Co. v. Astir Navigation Co.*, 490 F.Supp (S.D.N.Y.1 1979). Модел закон UNCITRAL-а, такође, омогућава парцијално признање, иако је мало вероватно да ће судови који примењују овај пропис користити ову могућност.

1(a)(iv) Модел закона, која је идентичне формулације као и одредба чл. V ст. 1(д) Њујоршке конвенције.²⁵

У светлу принципа аутономије воље странака, којим се арбитражном споразуму даје апсолутно приоритетни значај у регулисању арбитражне процедуре, према пракси примене Њујоршке конвенције и UNCITRAL-ових арбитражних извора, главно извориште повода за успешно оспоравање признања и извршења арбитражних одлука налази се у самом арбитражном споразуму.

Одбијање признања може се тражити због повреде одредаба арбитражног споразума о процедури учињених у ма којој фази арбитражног поступка.

До одбијања признања и извршења може доћи, такође, ако су састав арбитражног суда или процедура коју је он применио били у супротности са правом места арбитраже (*lex fori*). Пошто до примене *lex fori* долази једино ако изостане споразум странака, сагласност састава арбитражног суда и процедуре са споразумом странака примарни је критеријум за судове приликом одлучивања о признању и извршењу, док *lex fori* постаје релевантан само ако споразум не регулише ова питања.

Ипак, када је реч о међусобном односу ова два критеријума, увид у савремену међународну судску праксу индицира постојање два дивергентна приступа тумачењу одредбе чл. V ст. 1(д) Њујоршке конвенције, односно 36. ст. 1(a)(iv) Модел закона. Према једном од њих – и то ужем, у случају постојања одредбе арбитражног споразума о овим питањима, суд треба у потпуности да игнорише *lex fori* и искључиво узме у обзир сагласност састава арбитражног суда и процедуре са споразумом странака. Ако постоји несагласност, макар и у погледу једног од ових елемената са споразумом странака, арбитражна одлука неће бити призната и извршена, чак и ако су сви они били у сагласности са правом места арбитраже.²⁶ Према другом тумачењу,

²⁵ Овом одредбом предвиђено је да се признање и извршење могу одбити ако „састав арбитражног суда или арбитражна процедура нису били у сагласности са споразумом странака, или, у случају непостојања таквог споразума, ако нису у сагласности са правом државе у којој је арбитража спроведена.“

²⁶ Илустративан пример уског тумачења одредбе чл. V ст. 1(д) Њујоршке конвенције представља поменути предмет *Rederi Aktiebolaget Sally v. S.r.l. Termarea*, Corte d'appello d'Florence, 13 IV 1978. година, *Yearbook of Commercial Arbitration*,

чењу, које је шире, ако састав арбитражног суда или процедура нису у складу са споразумом странака, суд ће их размотрити у светлу сагласности са националним правом места арбитраже, па ако она постоји, он ће признати и извршити арбитражну одлуку без обзира на то што неки елементи нису у складу са споразумом странака. Овакав приступ примењен је у неколико случајева у којима су судови заузели став да арбитражној одлуци не треба одбити признање и извршење без обзира на несагласност процедуре именовања арбитра и састава арбитражног суда са споразумом странака, уколико је арбитражни суд састављен у складу са правом места арбитраже.²⁷

бр. IV, 1979. година, стр. 294 и даље. У овом случају странке су се споразумеле да ће у случају немогућности два именована арбитра да сагласно именују трећег, трећег арбитра именовати „судија било ког суда надлежног за поморске спорове у поменутиим градовима.“ У првом делу главног уговора, као место арбитраже, био је одређен Лондон. Након што је дошло до спора, свака од странака именовала је арбитра. Ова два арбитра, међутим, нису именовала трећег зато што би се, према чл. 9(1) Арбитражног закона из 1950. године, који је представљао императивни пропис у Енглеској, трећи арбитар, да је именован, третирао као надарбитар, који би учествовао поступку и донео арбитражну одлуку само у случају да прва два арбитра не могу одлучити. Будући да су се прва два арбитра могла сагласити око одлуке, они су закључили да учешће надарбитра није потребно, и да, чак и када би био именован, његово учешће не би имало смисла. У поступку за признање и извршење ове одлуке вођеном у Италији, Апелациони суд у Фиренци одбио је да призна одлуку на основу тога што састав арбитражног суда није био у складу са споразумом странака, што је био један од разлога за ускраћивање признања према одредби чл. V ст. 1(д) Њујоршке конвенције.

²⁷ У предмету *Al Haddad Bros. Enterprises v. M/S Agapi and Diakan Love*, 635 F.Supp (D.Del. 1986), амерички окружни суд применио је шире тумачење, заузимајући став да одредба чл. V ст. 1(д) омогућава признање арбитражне одлуке, која је, иако у несагласности са споразумом странака, у складу са правом места арбитраже. У овом предмету арбитражни споразум предвиђао је да свака странка арбитражног поступка именује по једног арбитра, а да председника арбитражног већа именују, ако је неопходно, два именована арбитра. Као место арбитраже био је предвиђен Лондон. Тужени *Diakan* именован је свог арбитра, али тужилац *Al Haddad* није. Према енглеском Арбитражном закону из 1950. године арбитар појединац именован од стране једне странке могао је одлучити о захтевима поводом спора ако друга странка, иако позвана да то учини, пропусти да именује арбитра. Сходно томе, арбитар кога је именован *Diakan* спровео је арбитражни поступак самостално и донео одлуку. *Al Haddad* у току поступка није приговорио, а арбитражна одлука донесена је у корист *Diakan*-а. Када је *Diakan* захтевао извршење арбитражне одлуке у САД, *Al Haddad* се позвао на одредбу чл. V ст. 1(д) Њујор-

Под претпоставком да је разумно очекивати од странака да познају право за које су се определиле, односно право државе у којој се налази место арбитраже које су изабрале, у неким предметима узет је став да је потпуно оправдано узети да одредба о избору меродавног права или места арбитраже у арбитражном споразуму имплицитно упућује на примену *lex fori* у погледу састава арбитражног суда и процедуре коју ће он применити.²⁸

пшке конвенције, истичући да састав арбитражног суда није био у складу са споразумом странака, услед тога што је арбитражну одлуку донео арбитар појединац, док је арбитражним споразумом било предвиђено решавање спора од стране арбитражног већа. Суд је закључио да арбитражна одлука заиста није била у сагласности са споразумом странака, али је заузео став да ова чињеница није „фатална за валидност арбитражне одлуке“ због тога што је постојала „сагласност са правом места арбитраже – то јест енглеским Арбитражним законом.“ Слично томе, у предмету *Associated Bulk Carriers of Bermuda v. Mineral Import Export of Bucharest*, Yearbook of Commercial Arbitration, бр. IX, стр. 462 (S.D.N.Y. 1980) у коме су чињенице биле готово идентичне са онима у предмету *Al Haddad*, амерички окружни суд признао је арбитражну одлуку донесену у Лондону упркос истом приговору, заснованом на одредби чл. V ст. 1(д), који је истакао *Mineral Export*. И овде је, иако састав арбитражног суда није био у сагласности са споразумом странака, суд закључио да се одлука може признати и извршити, будући да је постојала сагласност са енглеским правом. Широко тумачење одредбе чл. V ст. 1(д) примењено је и у Италији у предмету *S.A. Pando Compania Naviera v. S.a.S. Filmo*, Corte d'appello of Venice, од 21. маја 1976. године, Yearbook of Commercial Arbitration, бр. III, 1978. године, стр. 277. и даље, где је Апелациони суд одлучивао о извршењу арбитражне одлуке донесене у случају у коме су панамски власник брода и италијански купац закључили споразум који је садржао клаузулу о арбитражи која ће се спровести у Лондону пред већем од три арбитра, од којих ће по једног именовати свака странка, а трећег изабрати прва два. Купац је одбио да учини именовање, али је власник именовано арбитра, који је, према енглеском праву, могао и сам да спроведе арбитражни поступак. Апелациони суд у Венецији признао је арбитражну одлуку и одбацио аргумент купца заснован на одредби чл. V ст. 1(д), са образложењем да је састав арбитражног суда био у складу са правом места арбитраже.

²⁸ На пример, у предмету *Volt Information Sciences v. Board of Trustees of the Leland Stanford Junior University*, 109 S. Ct. 1248 (1989), који се иницијално водио у Калифорнији, амерички Врховни суд протумачио је уговорну одредбу о избору меродавног права тако да је она значила имплицитну инкорпорацију правила тог права у арбитражни споразум. Наиме, Калифорнијски кодекс цивилне процедуре, у чл. 1281.2(С) предвиђа да државни суд може прекинути арбитражни поступак до окончања повезаног парничног поступка у коме учествују једна од странака арбитражног поступка и трећа лица која нису везана арбитражним споразумом. Суд је

Оваквим приступом донекле се фаворизује *lex fori* у односу на споразум странака. Међутим, у случају опредељења странака само за место арбитраже, без експлицитног опредељења за примену права тог места, *lex fori* несумњиво не би требало да има примарну, већ само допунску улогу, што значи да би до његове примене могло доћи само у случају да арбитражни споразум није предвидео ситуацију у питању.

Дакле, одредба чл. V ст. 1(д) Њујоршке конвенције предвиђа два критеријума за признање и извршење страних арбитражних одлука – споразум странака о саставу арбитражног суда и процедури коју ће он примењивати, као први, и *lex fori*, као други, при чему први има приоритет у односу на други. Иако широко тумачење ове одредбе омогућава да *lex fori* у одређеној мери супституише споразум странака, то није у складу са намером креатора Конвенције, која се састојала управо у томе да се споразуму странака да апсолутни примат. Историјски посматрано, оваква намера креатора Конвенције препозната је од стране многих америчких судова (укључујући и Врховни суд САД), као и Врховних судова Италије и Швајцарске.²⁹

заузео став да су се избором калифорнијског права странке сагласиле да ће се поступак прекинути у оваквим ситуацијама. Према схватању овог суда, не само да Федерални арбитражни закон не дерогира прописе федералних јединица, већ будући да овај акт намеће државним судовима дужност извршења арбитражних споразума према одредбама садржаним у њему, и пошто је могућност прекида арбитражног поступка по одлуци државног суда имплицирана самим арбитражним споразумом, усвајање захтева за прекид арбитражног поступка било је у складу и са арбитражним споразумом и са Федералним арбитражним законом. Још радикалнији приступ усвојен је у предмету *New England Energy Inc. v. Keystone Shipping Co.*, 855 F.2d (1st Cir. 1988), где се радило о примени прописа о консолидацији државе Масачусетс. У том предмету Апелациони суд прве области заузео је став да „не само да Федерални арбитражни закон не дерогира право федералних јединица, већ и омогућава принудну консолидацију према праву федералних јединица, чак и у случају непостојања пристанка.“

²⁹ У предмету *Ferrara S.p.A v. United Grain Growers Ltd.*, 441 F.Supp. (S.D.N.Y. 1977) суд је препознао намеру креатора Њујоршке конвенције да редуцирају улогу националног права у арбитражи. Том приликом, суд је цитирао мишљење Врховног суда САД у предмету *Scherk v. Alberto Culver*, 417 U.S. 1974, наводећи следеће: „Врховни суд је приметио да „поборници Конвенције често истичу гледиште да се судовима држава потписница у којима се тражи извршење арбитражног споразума не треба дозволити да одбију извршење таквих споразума на основу парохиских ставова о њиховој пожељности или на начин који би нарушио обострано

Интенција креатора Конвенције чини неприкладним усвајање оне интерпретације која претпоставља да се избором места арбитраже странке имплицитно опредељују и за право којим ће се регулисати састав арбитражног суда и арбитражна процедура. Таква претпоставка довела би до регресије у развоју међународног арбитражног права и повратка на стање од пре доношења Њујоршке конвенције, када је извршење страних арбитражних одлука било регулисано Женевском конвенцијом о извршењу страних арбитражних одлука из 1927. године.³⁰ Према овој конвенцији, извршење страних арбитражних одлука могло је бити одбијено ако је састав арбитражног суда или арбитражна процедура била у несагласности са споразумом странака и правом места арбитраже. Ово је било решење које су креатори Њујоршке конвенције нарочито желели да превазиђу када су арбитражни споразум учинили примарним критеријумом.³¹

Аутономија странака овако установљена одредбом чл. V ст. 1(д) може се испољавати у погледу састава арбитражног суда и правила

обавезујућу природу споразума.“ Овакво гледиште изгледа да има исту снагу било да се ради о пароксијским ставовима државе форума или друге државе која сматра да има интереса за исход арбитраже.“ Слично томе, у предмету *Joseph Muller A.G. v. Sigval Bergesen*, Yearbook of Commercial Arbitration, br, IX, 1984. година, стр. 437. и даље, Федерални врховни суд Швајцарске потврдио је да је, према одредби чл. V ст. 1(д) Њујоршке конвенције, „арбитражна процедура, на првом месту, регулисана споразумом странака а, ако таквог споразума нема, њу супсидијарно регулише право државе у којој је арбитража спроведена.“ Суд је још нашао да се „путем споразума странака чак и императивна правила процедуре државе могу учинити неприменљивим и супституисати сопственим правилима странака...“ – *ibid*, стр. 439. даље. И Италијански Врховни суд, у предмету *Fratelli Damiano s.n.c. v. August Tropfer & Co.*, Yearbook of Commercial Arbitration, 1984. година, стр. 418 – 419, навео је да је, према одредби чл. V ст. 1(д) Њујоршке конвенције, арбитражна процедура регулисана споразумом странака, а у случају непостојања таквог споразума, она је супсидијарно регулисана правом места арбитраже. У једном другом италијанском предмету, суд је приметио да, иако је арбитражна одлука донесена у складу са енглеским правом према којем арбитар појединац може донети арбитражну одлуку ако странка пропусти да именује арбитра, ова странка може оспорити арбитражну одлуку (што она у конкретном случају није учинила) према одредби чл. V ст. 1(д), будући да су арбитражним споразумом предвиђена три арбитра – видети *Efxinos Shipping Co. Ltd. v. Rawi Shipping Lines Ltd.*, Yearbook of Commercial Arbitration, бр. VIII, 1983. година, стр. 381 – 383.

³⁰ 92 League of Nations Treaty Series 302, 1929/1930. година.

³¹ Видети Van den Beg – *op. cit.*, стр. 327.

арбитражне процедуре са онолико детаља колико странке желе. Странке се могу одредити и за одређени систем арбитражних правила – на пример, Арбитражна правила UNCITRAL-а, која не само да начелно подржавају страначку аутономију воље, већ и детаљно регулишу састав арбитражног суда (укључујући и ситуацију када једна од странака пропусти да именује свог арбитра) и обезбеђују широку процедуралну дискрецију арбитражном суду.³²

Дакле, будући да Њујоршка конвенција даје примат аутономији воље, странке би требало да то искористе предвиђајући, са што је могуће више детаља, правила о саставу арбитражног суда и арбитражној процедури. Међутим, пошто и *lex fori* има одређени значај према одредби чл. V ст. 1(д) Конвенције, потребна је опрезност приликом селекције места арбитраже. Стога, странке не само да би требало да избегну избор већег броја места арбитраже, већ би, у мери у којој је то могуће, требало и да минимизирају конфликт између *lex fori* и правила о саставу арбитражног суда и арбитражној процедури за чију су се примену определиле. Коначно, ако странке желе да избегну тешкоће везане за преговарање о конкретним правилима која ће се применити, најједноставније решење било би да предвиде примену већ постојећег система арбитражних правила или да органу именованом дају одређена овлашћења у креирању правила о саставу арбитражног суда и арбитражној процедури која ће се применити у њиховој арбитражи.

5. Коначност, поништење и суспензија арбитражне одлуке

Пети основ за одбијање признања и извршења страних арбитражних одлука, „да арбитражна одлука још увек није постала обавезујућа за странке или је поништена или суспендована“, у Закону о арбитражи РС регулисан је одредбом чл. 66. ст. 1(5), док је у Модел закону и Њујоршкој конвенцији предвиђен одредбама чл. 36. ст. 1(a)(v), односно V ст. 1(e).³³

³² Видети Bernini, G. – *Arbitration in Multiparty Business Disputes*, Yearbook of Commercial Arbitration, бр. V, 1980. година, стр. 291 – 293.

³³ Ова одбрана од извршења коришћена је у предмету *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management, Inc.*, F.Supp. 948 (S.D. Ohio 1981). У овом предмету индијска

Оспоравање признања и извршења по овом основу, према Њујоршкој конвенцији и Модел закону, може се заснивати на меродавном праву за које су се странке определиле или праву места доношења арбитражне одлуке. Тако се у једном поступку пред холандским судом за извршење одлуке донесене у Белгији али регистроване у Француској и оспорене пред француским судом, појавило питање да ли се одлука има сматрати обавезујућом у Холандији.³⁴ Противник признања навео је да поступак који је био у току пред француским Апелационим судом има суспензивни ефекат у односу на извршење арбитражне одлуке. Суд је заиста нашао да одредба чл. 1486. француског Кодекса цивилне процедуре предвиђа да жалба пред судом на чијем је подручју арбитражна одлука донесена одлаже извршење арбитражне одлуке. Ипак, странке нису предвиделе у свом арбитражном споразуму примену француског процесног права, а према списима предмета јасно је било да је арбитражна одлука донесена у Бриселу. Из тог разлога, приликом одлучивања о захтеву за привремено обустављање поступка признања и извршења арбитражне одлуке, суд није могао стати на становиште да арбитражна одлука има националну припадност Француске, услед чега би дошла у обзир примена права ове земље.

6. Арбитрабилност *ratione materiae*

Док разлози за одбијање признања и извршења о којима је било речи у претходним редовима у центар пажње стављају право које су странке изабрале или право државе у којој је арбитража спроведена, разлози који се тичу неарбитрабилности спора и повреде јавног по-

компанија захтевала је извршење у САД арбитражне одлуке донесене у Индији. Друга странка навела је да, пошто је она подигла тужбу пред индијским судом захтевајући поништење арбитражне одлуке, ова одлука још увек није обавезујућа, па не може бити ни подобна за извршење све док индијски суд не донесе одлуку по тужби. Након упознавања са индијским правом, амерички суд је одбацио овај аргумент и нашао да се за сврхе Њујоршке конвенције ова одлука може сматрати коначном и обавезујућом.

³⁴ Одлука Председника *Rechtbank of Zutphen* (Холандија), од 9. децембра 1981. године, *Yearbook of Commercial Arbitration*, бр. VIII, 1983. година, стр. 399 – 401.

ретка премештају фокус на право државе у којој се признање и извршење арбитражне одлуке захтева.³⁵ Ипак, право места арбитраже може бити индиректно релевантно и приликом позивања на неарбитрабилност, и то ако је одлуку поништио државни суд земље у којој се налази место арбитраже због неарбитрабилности спора према одредби чл. V ст. 1(e) Њујоршке конвенције, односно 36. ст. 1(a)(v) Модел закона. У овим ограниченим околностима, суд државе у којој се тражи признање и извршење стране арбитражне одлуке морао би да одбије захтев имајући у виду право места арбитраже. У свим осталим случајевима, пак, одбијање признања и извршења због неарбитрабилности спора биће засновано на праву државе у којој се признање и извршење арбитражне одлуке захтева.³⁶

Прописи о арбитрабилности *ratione materiae* од велике су националне важности. Они се, наравно, разликују од једне до друге државе.³⁷ Међутим, приликом позивања на неарбитрабилност спора у циљу одбране од признања и извршења стране арбитражне одлуке, судови најчешће уско тумаче одредбе којима је ово питање регулисано, што је у складу са проарбитражним интенцијама креатора одредаба релевантних чланова Њујоршке конвенције и Модел закона.³⁸

³⁵ Закон о арбитражи РС одредбом чл. 66. ст. 2(1), Њујоршка конвенција одредбом чл. V ст. 2(a) и Модел закон UNCITRAL-а одредбом чл. 36. ст. 1(b)(i) предвиђају да се признање и извршење могу одбити ако надлежни суд у држави која је усвојила Модел закон нађе да „спор, према свом предмету, није подобан за решавање у арбитражи према праву државе у којој се признање и извршење тражи...”

³⁶ Видети одлуку у предмету *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 482 F.Supp. (D.D.C. 1980), поништену одлуком 684 F.2d (D.C. Cir. 1981), где је амерички окружни суд применио „доктрину аката државе“, према којој је акт национализације концесије америчке корпорације, учињен од стране суверене владе, схваћен као аброгација свих одредаба уговора, укључујући и арбитражну клаузулу. Зато је суд закључио да би извршење арбитражне одлуке нужно подразумевало и разматрање валидности национализације.

³⁷ Неарбитрабилни су, на пример, спорови о заштити слободне конкуренције, породичноправни спорови, антидискриминациони спорови и сл. – видети *Van den Berg* – *op. cit.*, стр. 369.

³⁸ У предмету *Parsons*, суд је повукао разлику између домаћих и међународних арбитражних одлука на следећи начин: „Може бити да специјалне интенције и политика, који се налазе у основама истински међународног споразума... захтевају уже тумачење неарбитрабилности у међународном него у домаћем контексту.“ Наиме, једна америчка корпорација, као странка која се противила извршењу ар-

7. Јавни поредак

Одредбе о јавном поретку³⁹ као могућем основу одбране од признања и извршења стране арбитражне одлуке, садржане у чл. 66. ст. 2(2) Закона о арбитражи РС, чл. V ст. 2(б) Њујоршке конвенције,⁴⁰ и чл. 36. ст. 1(б)(ii) Модел закона, требало би, такође, интерпретативно конструисати уско у контексту међународне арбитраже, за разлику од широког тумачења јавног поретка у домаћим арбитражама.⁴¹ Као што је већ напоменуто, ужи стандард интерпретације примењује се и када је реч о арбитрабилности *ratione materiae*, као средству одбране од признања и извршења страних арбитражних одлука. Арбитрабилност се, према неким ауторима, може, у ствари, третирати и

битражне одлуке, стопирала је радове на изградњи фабрике папира у Египту када је египатска влада прекинула дипломатске односе са САД и наредила да напусте државу свим америчким држављанима, изузев оних који су се квалификовали за специјалну визу. У поступку поводом захтева за извршење арбитражне одлуке, *Overseas* је изнео аргумент да питања о којима се у овом предмету решавало нису арбитрабилна, с обзиром да се ради о важним спољнополитичким интересима САД. Амерички суд није прихватио овај аргумент. Видети и Sanders – *The New York Convention*, објављено у *International Commercial Arbitration*, 1960. година, стр. 292, као и предмет *Scherk v. Alberto Culver Co.*, 417 U.S.(1974).

³⁹ Јавни поредак у арбитражном праву релевантан је у три димензије: арбитражни уговор, поништење арбитражне одлуке и признање и извршење стране арбитражне одлуке – видети Перовић, С. – Јавни поредак и арбитража, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд, 1997. година, стр. 305.

⁴⁰ Ове одредбе предвиђају да се признање и извршење могу одбити ако надлежни суд нађе да би они били „противни јавном поретку државе у којој се извршење тражи...”

⁴¹ О томе видети код Благојевић, Б. – Међународно приватно право, Београд, 1950. година, стр. 141, где аутор наводи да „међународни јавни поредак обухвата основе друштвеног и правног уређења сваке државе...” па га не би требало „... изједначити са императивним нормама унутрашњег правног поретка.” У јавном поретку многи аутори виде средство одбране од злоупотребе права у арбитражи, које треба користити рестриктивно – видети Алагић, Д. – Принудни прописи, јавни поредак и арбитража, II Саветовање о спољнотрговинској арбитражи, Београд, 1964. година, стр. 15. Међутим, у старијој теорији арбитражног права било је мишљења да постоји „идентитет јавног поретка за домаћу и инострану пресуду избраног суда“ – видети Грађански, Б. – *Ordre public* и императивни прописи, II Саветовање о спољнотрговинској арбитражи, Београд, 1964. година, стр. 9.

као елемент јавног поретка као шире категорије.⁴² У сваком случају, судови широм света јединствени су у ставу да одредбе о оба ова средства одбране предвиђена Њујоршком конвенцијом и Модел законом треба тумачити уско.⁴³

Потребно је, ипак, приметити да је свака држава која је усвојила Модел закон слободна да примени свој сопствени концепт јавног

⁴² Видети Van den Berg – op. cit, стр. 360, где аутор износи став да је опште прихваћено да арбитрабилност представља елемент општег концепта јавног поретка.

⁴³ Поменути предмети *Parsons, Sherk и Shearson*, као и предмет *M.A. McNulty v. Mc Mahon*, 482 U.S. L.Ed 2d, из 1987. године, где је суд стао на становиште да спорови који настају из промета хартија од вредности не могу бити решавани у арбитражи када се ради о домаћем уговору, али могу ако је реч о међународном уговору. И у предмету *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. (1985), суд је заузео став да се спорови о заштити слободне конкуренције, који су неарбитрабилни на унутрашњем плану, могу решавати у арбитражи у међународном контексту. Слично томе, немачки Федерални врховни суд сматра да се признање може одбити само „ако арбитражна процедура пати од тешког дефекта који погађа фундаменте државе и њених економских функција“ – видети *Bundesgerichtshof*, 15. мај 1986. година. У предмету *Parsons* суд је закључио да „одбрану јавног поретка треба конструисати уско. Извршење страних арбитражних одлука може се одбити по овом основу само ако би извршење повредило најосновније принципе моралности и правде државе.“ У предмету *Overseas*, приликом одбацивања аргумента да би извршење одлуке повредило амерички јавни поредак, пошто је *Overseas* напустио Египат само зато што су САД прекинуле дипломатске односе са овом земљом, суд је навео следеће: „Схватањем јавног поретка као парохизалног средства које штити националне политичке интересе озбиљно би се подрила сврсисходност Конвенције.“ И Van den Berg је нашао да је у међународној арбитражној пракси само у 5 од 140 случајева ово средство одбране коришћено са успехом. У овим случајевима извршење је одбијено зато што су арбитражи повредили право на правично суђење недостављањем поднесака тужиоца туженом, зато што имена арбитра нису учињена познатим странкама, зато што је суд нашао да се спорови везани за америчке ратне бродове не могу решавати пред арбитражним судом у Лондону и зато што је Белгијски суд нашао да се ради о спору који се може арбитражно решити само у Белгији. Одлука у петом случају успешног коришћења ове одбране коју је цитирао Van den Berg (предмет *Libyan American Oil Co.*) накнадно је укинута одлуком 684 F.2d 1032 (D.C. Cir. 198) па се не може више сматрати релевантном. Коначно, британски Апелациони суд, у предмету *Deutsche Schachtel und Tiefbohrergesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co.*, (1987) 2 All ER 769, навео је да примени јавног поретка, као средства одбране од признања и извршења страних арбитражних одлука, треба приступити „екстремно опрезно“.

поретка, као основа за одбијање признања и извршења стране арбитражне одлуке.⁴⁴ Притом, иако одредба чл. 36. ст. 1(б)(ii) не енумерише конкретне елементе садржине јавног поретка, многи судови третирају овај институт као последњу линију одбране правичности и једнакости у међународном систему решавања спорова.⁴⁵ У исто време, у складу са принципом рестриктивне примене основа за одбијање признања и извршења страних арбитражних одлука својственом правним изворима чији је циљ шира примена арбитраже, чак и принципи правичности и једнакости захтевају прецизно одређење садржине у међународним арбитражама. Стога, ни национални стандарди правичног суђења не могу контролисати одређивање садржине јавног поретка према Њујоршкој конвенцији и Модел закону. Потреба за стриктном конструкцијом нарочито је велика када су одредбе тако широко формулисане као што су оне које се односе на јавни поредак, и када се настоји да њихова примена буде заиста униформна, а не пароксијална.⁴⁶

Коначно, потребно је уочити још једну разлику између одбране на основу јавног поретка и арбитрабилности спора и одбране засноване на другим разлозима. Ова дистинкција састоји се у томе што државни суд може начелно применити правила о јавном поретку и арбитрабилности по сопственој иницијативи, док у случајевима оспоравања по осталим основима, странке против којих се признање и извршење тражи морају саме истицати и доказивати постојање по-

⁴⁴ Видети коментар *Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Cal. W. Int'l L. J., бр. 7, 1977. година, стр. 228 – 230, где се цитира Haight, G. – *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, U.S. Delegation Report, 1958. година, стр. 68. Видети и Aksen, G. – *American Arbitral Accession Arrives in the Age of Aquarius: United States Implements the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, S-W. Univ. L. Rev., бр. 3, 1971. година, стр. 1 – 13. О садржини јавног поретка видети Јанићијевић, Д. – Јавни поредак и извршење страних арбитражних одлука, СТА Арбитража, 2003. година, стр. 63 – 75.

⁴⁵ Видети Коментар, *op. cit.*, стр. 250.

⁴⁶ Видети Gaja – *New York Convention*, 1980. година, стр. 5, и предмет *Parsons*, где је наведено да широко тумачење одредбе о јавном поретку у Њујоршкој конвенцији може представљати подстицај за државе да усвоје сопствене моделе јавног поретка и да одбију извршење арбитражних одлука донесених у САД. Ради упоређења видети предмет *Mutshubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth*.

вреде. Могућност суда признања и извршења да по сопственој иницијативи одбије признање и извршење арбитражне одлуке из разлога неарбитрабилности спора или повреде јавног поретка, према неким ауторима, додатно указује на оправданост подвођења критеријума арбитрабилности под домен јавног поретка.

Уместо закључка

Дакле, листе разлога за одбијање признања и извршења страних арбитражних одлука, садржане у различитим правним изворима који регулишу ову материју, готово идентичне. На свакој од њих налазе се они основи, који се интегрално могу схватити као праг подобности једне стране арбитражне одлуке да постане део унутрашњег правног поретка. Иако на први поглед једнако значајни, сваки од ових разлога специфичан је по многим обележјима која се односе на практичну примену. Управо на ове специфичности покушали смо да укажемо, настојећи да кроз призму реалности и досадашње арбитражне праксе детаљно анализирамо сваки од основа и укажемо на његов значај у међународној трговинској арбитражи.

*Dejan Janićijević, SJD,
Assistant Professor at Faculty of Law in Niš*

***THE APPLICATION OF PROVISIONS PERTAINING TO
CONDITIONS FOR RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF
FOREIGN ARBITRAL AWARDS***

Summary

The lists of reasons for refusal of recognition and enforcement of foreign arbitral awards contained in different legal documents regulating this subject matter are almost identical. Each of them includes those grounds that could be seen as a threshold criteria for an arbitral award to become an integral part of the internal legal order. Although all of the grounds are prima faciae equally important, each of them is specific in numerous respects related to practical application. It's just these peculiarities that this paper deals with, representing the expression of author's endeavors to reflect on each of the grounds for refusal through the detailed analysis of existing arbitral practice, and to point out their real significance in international commercial arbitration.

Keywords: *foreign arbitral award, recognition, enforcement, conditions, arbitration practice.*

*Др Марко Трајковић,
Асистент на Правном факултету у Нишу*

UDK: 343.24:17

ТЕОРИЈСКОПРАВНИ И ЕТИЧКИ ПРИСТУП КАЗНИ

***Апстракт:** Теоријскоправни и етички приступ казни јавља се као неопходност заштите људског достојанства на свим нивоима друштвеног и државног делања. Теоријскоправно и етичко промишљење казне од Канта, Хегела па све до Херберта Харта, показује жељу да се човек не схвати као средство, већ као сврха. На тај начин се остварује „царство сврхе“ и постиже јединство вредности.*

***Кључне речи:** казна, морал, вредност, правда.*

УВОД

Већ неколико деценија проблем казне је несумљиво један од оних који се налазе у средишту пажње правника и етичара.¹ То није случајно: за овакво интересовање за проблем казне постоје два добра разлога. Најпре, реч је о једном од оних правних и етичких проблема чији се непосредни и велики практичан значај уопште не мора посебно истицати.² Теоријскоправно разматрати проблем казне заправо значи настојати да се искаже и можда разреши дилема са којом се безбројне судије, поротници, осуђеници и жртве њихових преступа свакодневно на веома озбиљан начин суочавају.³ Други разлог је теоријски: проблем казне је изузетно погодан за суочавање и критичко испитивање два основна етичка становишта чија је супротност битно обележје целокупне модерне филозофије морала: деонтолошке етике и утилитаризма.⁴

Шта је казна и на који начин она представља етички проблем? У систематској и исцрпној анализи било би разуме се неопходно почети од питања да ли уопште имамо право да говоримо о казни, односно да ли уопште у свим контекстима у којима говоримо о казни – теолошком, моралном, правном, педагошком – постоји неко заједничко језгро, неки скуп одредаба који представља нужан и довољан разлог за примену те речи или можда божју казну, моралну осуду, казну у правном смислу, казну као васпитно средство повезује само оно што Витгенштајн назива „породичним склоностима“?⁵ Потребно је нагласити да су се у етици контроверзе готово искључиво водиле и још увек се воде око казне у правном смислу речи.⁶ У том смислу казна се може дефинисати као: поступак којим се намерно

¹ Детаљније о томе видети у: А. R. Duff, *Trails and Punishments*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986 и W. Moberly, *The Ethics of Punishment*, Faber and Faber, London, 1968.

² J. Hampton, *The Moral Education theory of Punishment*, Philosophy & Public Affairs, Princeton University Press, 1984, p. 208.

³ Детаљније о теоријском приступу кажњавању видети у: Др Слободанка Константиновић Вилић Др Миомира Костић, *Пенологија*, СВЕН, Ниш, 2006, стр. 51-68.

⁴ J. Hampton, *The Moral Education theory of Punishment*, p. 209.

⁵ Н. J. McCloskey, *The Complexity of the Concepts of Punishment*, *Philosophy* vol. XXXVII, 1962, p. 34.

⁶ T. Honderich, *Punishment; The Supposed Justification*, Penguin Books, 1976, p. 38.

наноси неко зло некоме ко је починио преступ, због тога што је починио преступ, при чему је, онај ко то зло наноси неки човек или група људи који су овлашћени да то чине.⁷

У чему се састоји етички проблем казне – за разлику од оних проблема везаних за казну којим се баве социологија, правне науке – лако је видети већ из ове дефиниције. Прва је одредба казне да је то наношење неког зла.⁸ Нанети некоме какво зло може да буде морално допуштено само уколико за то постоје одговарајући морални разлози. Нанети некоме зло без таквих разлога несумњиво је нешто морално недопустиво. Етички проблем је у следећем: могу ли се навести такви разлози који ће моћи да морално оправдају наношење зла кажњавањем – разлози због којих судија, кад наноси зло досуђујући казну, поступа морално исправно за разлику од оног ко наноси зло из користољубља или обести? И ако је могуће који су то разлози? Покушаји да се на ово питање одговори су многобројни и међусобно мање или више различити: али сви се могу сврстати у две групе. У првој групи су утилитаристичке теорије које оправдање казне виде у њеним добрим последицама – у томе што казна онемогућава преступника да свој преступ понови или доприноси томе да он више то не чини, било застрашивањем или преваспитавањем, као и у томе што она застрашујуће или васпитно утиче на друге, потенцијалне преступнике, отклањајући или бар смањујући њихову склоност да крше закон. Све ове теорије о оправдању казне окренуте су ка будућности.⁹ У другој групи су ретрибутивне теорије: насупрот утилитаристичким, оне су окренуте прошлости. Њихов основни принцип је да морално право кажњавања проистиче једино из самог прекршаја.¹⁰ Најпознатији и најутицајнији међу класичним представницима ретрибутивне теорије су Имануел Кант и Хегел, као и Херберт Харт који својом теоријом наткриљује јаз између различитих теорија.

⁷ T. S. Champlin, *Punishment without Offence*, American Philosophical Quarterly, vol. XIII, 1976, p. 78.

⁸ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 210.

⁹ Детаљније видети у: J. Bentham, *Principles of Moral and Legislation*, C. Johnson, *Philosophy of Law*, p. 554-563, J. S. Mill, *Speech Before the House of Commons*, Hansard Parliamentary Debates, Cornelius Buck, 1868, London, C. Johnson, *Philosophy of Law*, p. 564-569 i T. Hoobbes, *Leviathan*, Clarendon Press, London, p. 158-169.

¹⁰ Детаљније видети у: I. Kant, *Metaphysik der Sitten*.

1. Кантова теорија казне

У свом најпотпунијем облику ретрибутивна теорија казне садржи следећих пет основних теза: морално право да неког казнимо проистиче једино из тога што је он починио преступ; из престапа проистиче не само право да преступника казнимо већ и морална дужност да то учинимо; казна треба да буде по тежини сразмерна преступу (*lex talionis*); казна утемељена и одмерена према предходно наведеним принципима представља нешто на шта преступник има морално право; казна је негација, укидање престапа.¹¹

Кант је своју теорију казне најисцрпније и најсистематичније изложио у „Метафизици морала“. Поред тога, разматрања о проблему казне могу се наћи у белешкама и предавањима из преткритичког периода, посебно у предавањима из етике која је држао у периоду између 1775. и 1781. године.¹² У „Метафизици морала“ изложио је основе свог система практичне (тачније морално-практичне) филозофије, односно дао утемељење и систем умних, априорних начела етике и филозофије права. Како су за њега етика и филозофија права нормативне дисциплине ова начела могу бити само нормативна, односни закони.¹³ Метафизика морала, према томе, представља систем умних, априорно важећих моралних и правних закона.

За свако законодавство, било да оно прописује само одређени начин поступања или одређени начин поступања из одређених мотива, било да проистиче из самог ума, или је израз нечије воље, потребно је двоје: прво, сам закон који каже да на одређени начин треба поступати или – Кантовом терминологијом – „који радњу која треба да се догоди представља објективно као нужну“; друго, неки мотив да се на неки начин који закон налаже заиста и поступи – „покретач који одредбени разлог хтења да се то учини субјективно повезује са представом закона“.¹⁴ Морални и правни закон не разликују се по

¹¹ J. D. Mabbott, *Punishment*, у: Н. В. Acton, *The Philosophy of Punishment*, Macmillan, London, 1969, p. 30.

¹² Белешке и предавања из преткритичког периода и предавања из етике која је Кант држао у периоду између 1775. и 1781. године објављена су тек 1924. године.

¹³ Н. Ј. Paton, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1971, p. 59.

¹⁴ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 44.

садржају – и морал и право, на пример, захтевају да не убијамо, не крадемо – већ по томе на какве се мотиве њихово извршавање ослања. Морал захтева не само да поступамо на одређени начин већ и да на тај начин поступамо баш зато што нам сам морални закон то прописује из поштовања према њему, а не из ма ког другог мотива.¹⁵ Они наши поступци који су у складу са оним што морални закон налаже али нису мотивисани њиме, него – рецимо – симпатијом или алтруизмом, односно „патолошки“, немају моралне вредности, нису морални већ само легални. Насупрот томе, закони у правном смислу захтевају да поступамо на одређени начин и ништа више; право је задовољено ако извршимо свој део уговора и не улази у то да ли нас покреће увиђање да нам је дужност да тако поступимо или страх да не изгубимо поверење које уживамо ако то не учинимо. Кад се морал и право не би на овај начин разликовали онда би, на пример, извршење онога на шта смо се обавезали каквим уговором имало исти вредносни и морални статус као и акт милосрђа; а то је, мисли Кант, апсолутно неприхватљива последица.¹⁶

Наравно, свако законодавство нам налаже да поступамо на начин на који по правилу или бар веома често нисмо непосредно склони да поступамо. Морално законодавство нашим непосредним склоностима супротставља увиђање обавезности онога што од нас захтева.¹⁷ Право нема ту могућност; према томе, оно се мора ослањати на спољашњи утицај на наше склоности. Какав утицај? „Лако је увидети“ каже Кант „да се овај од идеје дужности различити мотив мора узети из патолошких одредбених разлога хтења, из склоности и аверзије, и то из овог другог, јер то треба да буде законодавство које принуђује, а не нешто примамљиво и привлачно“. Правно законодавство се ослања на спољашњу принуду. Нема сумње да се право темељи на принуди; али да ли је правна принуда легитимна? Према чувеној Кантовој дефиницији право је „целокупност услова под којим се хтење једног може ускладити са хтењем другог према неком универзалном закону слободе“.¹⁸ По овој дефиницији сагласан с

¹⁵ H. J. Paton, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, p. 61.

¹⁶ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice, The Metaphysical Elements of Justice*, Macmillan Publishing Company, 1985, p. 544.

¹⁷ T. Honderich, *Punishment; The Supposed Justification*, p. 41.

¹⁸ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 68.

правом биће сваки поступак који је у складу са слободом свих према неком универзалном закону. Зато универзални закон права – који он сматра постулатом практичног ума – гласи: поступај (у смислу спољашњег поступања, дакле апстрахујући мотиве) тако да твоје слободно хтење може да постоји са слободом сваког другог према неком универзалном закону. Казна је један облик правне принуде зато се ова аргументација односи и на њу. Домет те аргументације је, очигледно, ограничен: она пружа само оправдање казне у оквиру правног система, дакле правно, а не етичко оправдање. Ипак она је и етички релевантна: она показује да уколико већ имамо неко етичко оправдање правног система онда то оправдање важи и за правну принуду па и за казну као један од њених облика.¹⁹ У контексту филозофије права каква је Кантова за коју законске обавезе поред правне имају и моралну санкцију етичка релеванција овог аргумента је осигурана.

Кант кривично право дефинише као право владара у односу на поданика да га због тога што је починио злочин казни наношењем неког бола. Наравно, ту није реч о природној казни (*poena naturalis*), „којом порок сам себе кажњава и коју законодавац уопште не узима у обзир“ већ о казни у правном смислу о судској казни (*poena forensis*).²⁰ Таква казна никада се не може изрећи само као средство да се унапреди неко друго добро било за самог злочинца или за грађанско друштво, већ се увек мора изрећи само зато што је он починио злочин.²¹ Јер са човеком се никад не може поступати као са пуким средством за постизање циљева неког другог и он се не може мешати са предметима стварног права; од тога га штити његов урођени персоналитет, иако, наравно, он може да буде осуђен да изгуби свој грађански персоналитет.²² Пре него што се уопште може помишљати на то да се из његове казне извуче било каква корист за њега самог или за његове суграђане мора се утврдити да је он кажњив. Кривични закон је категорички императив и „тешко ономе ко се провлачи стазама еудомонизма“ да би пронашао нешто што ће предношћу коју обећава разрешити злочинца казне или бар једног њеног дела пре-

¹⁹ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 545.

²⁰ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 84.

²¹ H. J. Paton, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, p. 65.

²² I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 549.

ма фарисејском геслу: „Боље да један човек умре за народ, него ли да народ сав пропадне“.²³ Јер ако нестане правде више не вреди да „људи живе на земљи“.²⁴ Шта дакле да се мисли о предлогу да се једном на смрт осуђеном злочинцу ако се он сложио да се подвргне опасним експериментима помоћу којих би лекари дошли до неког новог, за заједницу корисног сазнања и ако би имао среће да добро прође поштеди живот? Суд би медицински колегијум који би то предложио са презрењем одбио јер правда није више правда ако се продаје без обзира каква је цена.²⁵ Из чињенице што је неко починио преступ, по Кантовом мишљењу, непосредно проистиче морално право да га казне; зло које је у казни садржано нема никакве потребе даље оправдати позивањем на разне добре последице које ће казна имати.²⁶ Починени преступ је сасвим довољно оправдање. Ако је преступ учињен праведно је да онај ко га је починио буде кажњен. И не само то: из починеног престапа проистиче и морална дужност да се преступник казни. Не само да нам правда допушта да преступника казнимо – она од нас такође захтева да то учинимо. При том из урођеног персоналитета сваког човека проистиче његово право да буде кажњен само уколико је починио преступ и само зато што га је починио – дакле, да никада не буде кажњен зато што би се његовим кажњавањем постигли извесни циљеви и тако буде сведен на пуко средство, на ствар.²⁷

У прилог тврдњи да је ретрибутивна казна морално оправдана код њега, поред аргументације коју смо већ изнели и која је само индиректно етичка, налазимо још два аргумента – један у „Метафизици морала“ други у „Предавањима из етике“. Казнити неког зато да би се постигле неке добре последице и по мери ових последица, значи казнити га произвољно што је директно супротно ономе што у кажњавању захтева правда. „Злочинац се не може жалити да му се чини неправда само онда кад сам учини да се његово злодело врати на његову главу и кад му се, премда не дословно, али ипак у складу

²³ *Нови завјет и псалми, Јеванђеље по Јовану*, превео Вук Стефановић Караџић, Београд, 1974, стр. XI 50.

²⁴ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 550.

²⁵ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 158-159.

²⁶ H. J. Paton, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, p. 69.

²⁷ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 551.

са духом кривичног закона догоди оно што је он скривио другима“.²⁸ То није пука филозофска тврдња већ дубоко и чврсто уверење такозване обичне, нефилозофске моралне свести, уверење које битно карактерише начин на који ова свест доживљава и оцењује казну кад је она ретрибутивна. Никад се није чуло, сматра Кант, да би се неко ко је због убиства осуђен на смрт жалио да му се тиме дешава превише и према томе наноси неправда; свако би му се у лице насмејао кад би то изјавио.²⁹ Овде се, додуше, говори само о смртној казни али се аргумент може проширити на казну уопште: „обична“ морална свест на казну гледа баш онако како је она схваћена и образложена у ретрибутивној теорији. Ово ретрибутивно поимање казне је у „обичној“ моралној свести тако дубоко и чврсто укореењено, истиче Кант у једном другом контексту, да је њиме прожето и уверење „обичног“ човека о вечној, божанској правди, и на њему је заснована идеја загробног живота у којем ће се ова правда извршити ако до тога није дошло у овоземаљском животу. Ако нам се ретрибутивно схватање не чини убедљивим треба да узмемо у обзир да је казна само једна страна оног истог односа чија је друга страна награда – да је казна тако рећи наличје награде, њен негативни корелат.³⁰ А за награду ваљда нема сумње да је не добијамо зато да бисмо убудуће поступали на пожељан начин већ на основу тога што смо тако већ поступили. Наравно, у награђивању је често присутна и намера да се онај кога награђујемо подстакне да се на одређени начин понаша и убудуће или да се други подстакну да се тако понашају; али овај момент је од другостепеног значаја јер се ту претпоставља да је већ учињено нешто што завређује да се награди. Кад не би било тако људи би били награђивани и кад нису учинили апсолутно ништа што би се могло навести као заслуга за то да буду награђени, зато да би се подстакли да после тога нешто учине. Да се то никад не дешава, види се из тога што би било бесмислено некоме рећи: „Награђујем те иако знам да ниси учинио ништа за шта би те могао наградити“.³¹

²⁸ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 196.

²⁹ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 553.

³⁰ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 215.

³¹ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 162.

2. Хегелова теорија казне

Најраније Хегелове рефлексije о казни налазимо у тексту који је Херман Нохл, први издавач његових раних теолошких списа, насловио „Дух хришћанства и његова судбина“. Одмах на почетку својих разматрања о казни – разматрања која су већ у томе спису прилично подробна – Хегел као основно начело сваког промишљања казне поставља начело одмазде. За њега је одмазда свети принцип сваке праведности, на којем мора почивати сваки државни поредак.³² У контексту оваквог приступа проблему моралне основе казне кључни појам ће бити појам заслуге.³³ Самим тим што је починио преступ преступник је заслужио да буде кажњен, ова је заслуга већ садржана у акту преступа, и то не на основу неког накнадног, спољашњег, можда чак арбитрерног повезивања, већ нужним начином. Према томе кад је почињен преступ нема никакве потребе трагати за овим или оним добрим последицама које би кажњавање тог преступа могло имати да би се позивањем на те последице казни прибавило морално посвећење. Сам чин преступа је нужан и довољан морални основ казне: она је заслужена зато праведна и морално оправдана. То је смисао његових речи да се казна налази непосредно у прекршеном закону.³⁴ Али каква је заправо природа те нужне везе? Одговор на ово питање налази у схватању преступничковог чина као нечег општег. Преступничков чин поприма карактер нечег општег тиме што је закон који је тим чином прекршен и на основу којег се тај чин идентификује као преступ нешто опште.³⁵ Не само што је преступник „проиграо“ право које је својим преступом погазио код другог већ је његов чин противречан закону који је прекршио и тај се закон може одржати само ако се ова противречност укине, ако се изузетак од закона који је преступник хтео да чини за себе поништи и поново успостави општост закона. Зато је почињени преступ не само извор мо-

³² G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, *Hegels theologische Jugendschriften*, hrsg. V. H. Nohl, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1907, S. 271.

³³ I. Benn, *An Approach to the Problems of Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 1958, p. 145.

³⁴ G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 278.

³⁵ J. E. McTaggart, *Hegel's Theory of Punishment*, University of New York Press, New York, 1972, p. 482-499.

ралног права да се изрекне и изврши казна већ такође намеће дужност да се то учини.³⁶ Овде се мора нагласити да ово схватање казне није позитивна теорија којом филозоф жели да одговори на питање о моралној основи казне већ има другачији смисао. У „Духу хришћанства“ Хегелу је циљ да изгради властите филозофско, етичко и религиозно становиште чије је основно обележје радикални антиномијанизам; зато он свој подухват започиње критиком и одбацивањем целе једне традиције укорењене у библијском поимању правде и закона.³⁷ Ова критика која се унеколико наставља на критику оног позитивног у религијском, извршену у претходним теолошким списима, иде у неколико праваца: њен је предмет, на религијско-теолошкој страни, старозаветно схватање закона и све што је на том схватању утемељено и њиме прожето – јеврејство као религија и култура, Павлово учење о искупљењу, легализам лутеранске догматике.³⁸ На филозофској пак страни видимо дуализам између моралног закона и човекових склоности, хтења који чини основну претпоставку Кантове етике. Кључни појмови Хегеловог становишта формулисаног у овој конфронтацији јесу појмови „живота“, „љубави“ и „измирења“ а основна теза – превазилажење супротности између склоности и закона, онога што јесте и онога што треба да буде, ирационалног и рационалног, субјективног и објективног, индивидуалног и универзалног, кад је реч о човеку, односно супротности трансценденције и иманенције, кад је реч о односу Бога и човека, измирењем ових супротности унутар готово пантеистички схваћеног живота путем љубави.³⁹ У таквом контексту казна – интерпретирана као ретрибуција – приказана је као један од основних елемената легалистичког поимање религије, човековог односа према Богу, моралности, права, човековог односа према другом човеку и према самом себи; њена природа открива природу тог легализма, њена ограничења сведоче о битним ограничењима легалистичког становишта.

³⁶ W. B. Wines, *On Hegel's Idea of the Nature and Sanction of Law*, Clarendon Press, London, 1984.

³⁷ G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 277, 280-281, 288.

³⁸ Детаљније о томе видети у: B. Blanshard, *Retribution Revisited*, Oxford University Press, Oxford, 1968, p. 112.

³⁹ D. E. Cooper, *Hegel's Theory of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1971, p. 18.

А њено најзначајније ограничење је то што не омогућава измирење поменутих супротности, што преступника не може да поправи; напротив и казна и правда коју она извршава, закон који се њоме поново успоставља за преступника остају нешто спољашње, страно, непријатељско.⁴⁰ Мотив „измирења“ остаће трајно присутан у Хегеловом филозофирању све до коначног уобличења његовог система; али током даљег филозофског развитка он ће путеве измирења видети на сасвим другачији начин него и у „Духу хришћанства“.⁴¹ Концепција казне која се овде јавља као нешто што произлази из туђег становишта и сведочи о неопходности превазилажења тог становишта о немогућности измирења унутар тог становишта. Касније ће – у допуњеном и развијеном виду али без битних измена у ономе већ изреченом – добити статус његовог позитивног учења о казни у оквиру којег се она интерпретира баш као један вид измирења.

Насупрот сваком утилитаристичком поимању казне као нечег чија је бит и легитимитет у последицама Хегел истиче да је у казни једино одмазда оно умно.⁴² Казна схваћена као ретрибуција представља поновно успостављање слободе.⁴³ Њоме је, додуше, почињени преступ савладан али то не значи да је она инструмент принуде. Напротив, кажњени преступник је остао слободан или, боље, учињен слободним као што је онај ко кажњава поступио умно и слободно. Казна долази из слободе и чак као савлађујућа остаје у слободи. Одмазда је нешто што се у односу на вољу онога на коме се извршава јавља као принуда. Принуда је, наравно, супротност слободе.⁴⁴ Али ако је слобода супстанција права и његово одређење, ако систем права није ништа друго до царство остварене слободе – како је онда могуће да принуда буде у складу с правом, праведна и легитимна? Насупрот освети која веома често није праведна, а и кад је праведна она је таква само по садржају, као одмазда, али не и по форми, пошто је субјективни чин – казна је праведна и по садржини и по фор-

⁴⁰ S. W. Dyde, *Hegel's Conception of Crime and Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1956, p. 48.

⁴¹ D. E. Cooper, *Hegel's Theory of Punishment*, p. 22.

⁴² G. W. F. Hegel, *Philosophy of Right*, Clarendon Press, Oxford, 1952, p. 66-74.

⁴³ T. Honderich, *Punishment*, Penguin Books, Harmondsworth, 1976, p. 58.

⁴⁴ D. E. Cooper, *Hegel's Theory of Punishment*, p. 38.

ми.⁴⁵ Она је одмазда извршена преко неке опште воље и у њено име, па се тако у њој остварује правда ослобођена субјективног интереса и форме. Она против злочина прибавља важење општем утврђеном правилу и извршава се према општим нормама преко својих органа јавне власти, преко судова и судија који су као личности нешто акцидентално. Судија који изриче и одмерава казну мора бити хладан, без срца и мора имати само интерес да се изврши закон. Казна је, дакле, одмазда ослобођена од оба ограничења која су освету чинила проблематичном; у њој се правда може остварити на прави начин и у правој мери. Зато тамо где постоји институција казне освете више није ни потребна нити пак дозвољена.⁴⁶

Хегел своју тезу о оправданости казне као одмазде заснива на три аргумента и позива се на: природу преступа и прекршени закон, однос казне према опшој вољи и однос казне и емпијске воље преступника.⁴⁷ Настојећи да рашчлани његову аргументацију Флешхем је разликовао објективно и субјективно оправдање казне у тој теорији и то тако што је прву и другу аргументацију означио као објективно а трећу као субјективно оправдање. У прилог оваквој подели могло би се рећи да се општа воља у контрасту спрам емпијске воље појединаца која је по дефиницији субјективна заиста јавља као нешто наиндивидуално, опште, објективно.⁴⁸ Према Хегелу, битне одредбе преступа су негативност, противречност, привидност, ништавост. Преступ није оно право, позитивно, за којим би казна дошла као негација већ нешто негативно, односно гажење нечијег права, кршење неког закона, и у том смислу негација тог права и тог закона.⁴⁹ Али као негација права и закона он је једино могућ у контексту права и закона. Право и закон су логичке претпоставке преступа па тамо где не би било никаквих права и никаквог закона не би могло бити ни преступа. Тиме што негира оно што представља његову неопходну претпоставку преступ је иманентно противречан. Из истог разлога преступ је привид јер он појам привида дефинише као

⁴⁵ G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 289.

⁴⁶ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 225.

⁴⁷ Детаљније о томе видети у: G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 291-293.

⁴⁸ D. E. Cooper, *Hegel's Theory of Punishment*, p. 39.

⁴⁹ G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 296.

оно негативно којем припада битак, али у нечему другом, у његовој негацији; он је несамосталност, која је ништавна. Субјективно оправдање казне било би њено оправдање позивањем на вољу самог преступника. Казна је по дефиницији нешто непожељно, зло, некаква принуда, ограничавање, лишавање.⁵⁰ Како јој се онда може дати субјективно оправдања? Субјективно оправдање казне састоји се најпре у томе што казна проистиче из опште воље која је и воља самог преступника.⁵¹ Закони нису ништа друго до објективизација опште воље. Општа воље је у односу на појединца његова властита, истинска воља, односно воља која изражава оно више и боље у њему по којој он партиципира у свету моралности и права и којом достиже истинску, апсолутну слободу. Због тога се мора тврдити да преступ погађа не само оног чије је право погажено као и закон који стоји иза тог права и општу вољу која је у закону објективизирана а тиме посредно и све остале, него он исто тако погађа и општу вољу у самом преступнику, општу вољу као вољу самог преступника; може се, дакле, тврдити да преступ погађа и самог преступника. А када за преступом уследи казна за њу се из истих разлога може рећи да проистиче не само из опште воље свих и њене објективизације у закону већ исто тако проистиче из опште воље као воље самог преступника – она изражава властиту вољу преступника.

3. „Компромисна“ теорија казне Херберга Харта

Проблем казне произлази из чињенице, премда се на њу не може свести, да пракса кажњавања укључује свесно nanoшење патње или боли. Нема сумње како је тачно да су све врсте казни које су прописане и примењују се у савременим друштвима далеко хуманије у поређењу с врстама казни које су постојале у прошлости. Зато се често тврди како казна више не представља nanoшење патње него само одузимање неког добра.⁵² Без обзира да ли казну схватамо као nanoшење патње или као одузимање неког добра, пракса кажњавања по-

⁵⁰ W. H. Walsh, *Hegelian Ethics*, Macmillan, London, 1969, p. 19.

⁵¹ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 229.

⁵² Детаљније о томе видети у: W. Moberly, *The Ethics of Punishment*, Faber&Faber, London, 1968, p. 33.

ставља пред нас задатак да одговоримо на питање о њеној моралној оправданости.⁵³ Расправа о моралној оправданости праксе кажњавања води се разлозима којима се та пракса може морално оправдати: разлозима због којих судија, који доноси пресуду одређује казну, и тамничар, који је извршава – поступа морално исправно.⁵⁴

Различити оправдани приговори које су присталице теорије застрашивања или преваспитавања упућивали присталицама теорије ретрибуције и обратно имали су последицу да се у новије време јављају барем када је реч о стању ствари у англо-америчкој филозофији различите „компромисне“ теорије. Једна од таквих је и Хартова теорија о казни.⁵⁵ Институција кажњавања је сложена и пружа различита међусобно повезана обележја која захтевају одвојено објашњење; или, ако се оспорава моралност институције, одвојено оправдање. У складу с тим генералним ставом, Харт у расправама о моралности казне „Моралност кривичног права“ и „Казна и одговорност“, разликује дефиницију, општи принцип оправдања и дистрибуцију казне.⁵⁶ Дефиниција казне треба да одговори на питање на који начин разумемо и употребљавамо израз казна за одређену постојећу праксу у заједници. Општи принцип оправдања садржи циљ или вредност путем које оправдавамо увођење, одржавање или укидање дефинисане друштвене праксе кажњавања. Дистрибуција казне укључује оправдање кажњавања неке особе, те оправдања строгости казне.⁵⁷

При дефинисању појма казне Харт разликује „примарни случај кажњавања“ и „секундарни случај“.⁵⁸ „Примарни случај кажњавања“ укључује пет елемената, а казна је неугода, предвиђена за кршење правних правила, намењена стварном или будућем прекршитељу

⁵³ W. Moberly, *The Ethics of Punishment*, Faber&Faber, London, 1968 p. 231.

⁵⁴ Детаљније о томе видети у: E. Ulman-Margalit, *The Emergence of Norms*, Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 3-4.

⁵⁵ О Хартовој „компромисној теорији казне“ видети такође у: Др Слободанка Константиновић Вилић Др Миомира Костић, *Пенологија*, стр. 61.

⁵⁶ H. L. A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1965 i H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

⁵⁷ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. 4.

⁵⁸ H. L. A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, p. 12.

за његов прекршај, коју спроводе људска бића, различита од прекршитеља, наметнута је те спроводи ауторитет конструисан правним системом. Поред „примарних случајева кажњавања“ постоје „секундарни случајеви кажњавања“, јер на казну наилазимо и у: породици, школи и осталим срединама у којима постоје нека правила и где се кажњавају они који их крше, правним поретцима у којима постоји систем децентрализованих санкција које спроводе особе које нису органи тог правног поретка, случајевима када се нека особа кажњава за дела неке друге особе које прва особа није одобрила, контролисала. Основна сврха навођења тих „секундарних случајева кажњавања“ јесте да се предухитри оно што он назива „прекидом“ у правима о казни.⁵⁹ Утилитаристи тврде како се пракса кажњавања може оправдати њеном друштвеном користи те да претња казном и њено спровођење одвраћа припаднике заједнице од вршења деликта.⁶⁰ Дакле, премда кажњавање укључује наношење зла особама које се кажњавају, институција казне се оправдава тиме што се њоме постиже веће добро, мањи је број деликата него што би то био да институција казне не постоји, него што је то зло које се њоме наноси прекршитељу. Такво расуђивање води ка добро познатом питању ретрибутивиста: „Зашто се тада не би кажњавали и невини?“, ако морална оправданост казне произлази из њених добрих последица, тада, ако су околности такве да би кажњавање невинне особе имало боље последице него њено ослобађање, те ако би те добре последице његовог кажњавања биле у већој мери добре но што би лоше последице таквог чина биле лоше, произлази – из утилитаристичке теорије – да је морално да невина особа буде кажњена. Таква импликација утилитаристичке теорије је неприхватљива јер је свако кажњавање невиног човека морално недопустиво. Да би избегли наведену импликацију властите теорије и отклонили приговор ретрибутивиста неки утилитаристи су тврдили како реч „казна“ увек значи наношење зла прекршитељу, те да се наношење зла некоме ко није прекршитељ не може описати као кажњавање невиних.⁶¹ Овакво објашњење није

⁵⁹ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 5.

⁶⁰ H. L. A. Hart, *Beccaria and Bentham*, *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, *Accademia delle Scienze di Torino*, *Memorials Academy Series 4a no. 9*, Roma, 1969, p. 26.

⁶¹ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 6.

прихватљиво. Харт оправдано наглашава да у расправама о казни треба разликовати нека питања. Свака расправа о казни мора поћи од увида да казна као постојећа друштвена институција функционише на темељу компромиса између различитих и делимично конфликтних принципа. Ти принципи се јављају као резултат пропитивања различитих питања о казни и отклањају могућност да се морални проблем казне реши давањем одговора на једно једино питање. Реч је о следећим питањима: којим се принципом може оправдати институција казне? Које особе се смеју кажњавати? Које врсте казне се могу толерисати.⁶²

Морални императив, који представља ограничење примене институције казне, гласи: Смеју се кажњавати само оне особе које су имале прилику да изаберу хоће ли или неће прекршити право и које су се определиле да исто прекрше. Тај морални императив представља оно што Харт назива „дистрибуцијом“ казне.⁶³ Дистрибуција казне, према Харту, обележава границе унутар којих имамо морално право да кажњавамо људска бића, без обзира на дугорочне или краткорочне циљеве који се имају остварити путем институције казне. Институција казне се има применити само на особе које свесно чинећи деликт преузимају на себе ризик да дођу под удар санкција кривичног права. Такве особе су само креатори властите зле судбине, зато је неоправдан приговор да су оне само средство за остварење туђих циљева.

Поставке да само особе које су починиле одређени преступ треба кажњавати и да тежина казне треба да одговара тежини преступа произлазе из самог појма праведности. Разлика између Хартове концепције дистрибуције казне и ретрибутивистичких концепција је у томе што из његове концепције не следи да је морално оправдано кажњавати свесно кршење одређених моралних правила.⁶⁴ Наглашава да постоји значајна разлика између тврдње да је морално допустиво казнити само хотимичне радње и да је морално допустиво казнити само хотимично чињење онога што је морално лоше. Његова концепција прихвата само ову прву, а не и другу од наведених тврд-

⁶² H.L.A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, p. 31-32.

⁶³ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 8-9.

⁶⁴ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 233.

њи. Све оно што није у складу са позитивним или критичким моралом није, и не треба да буде санкционисано кривичним правом. Са становишта општег интереса заједнице, право оправдано забрањује многе радње које ни један морални кодекс не осуђује.⁶⁵ Принципи праведности у дистрибуцији казне захтева намеру као услов одговорности за све или већину правних деликата, али не захтева да они буду морални преступи.⁶⁶ Ограђујући се од чистог ретрибутивизма с обзиром на морално право кажњавања, Харт се ограђује и од чистог ретрибутивизма с обзиром на строгост кажњавања коју треба оправдати у односу на појединачне преступе.⁶⁷ Ни једна казна није оправдана ако је последица веће зло од онога што га је проузроковао сам деликт, или би га проузроковао кад не би био забрањен. Полазећи од тог утилитаристичког становишта ваља утврдити степен пропорционалности између тежине преступа и строгости саме казне. Не прихвата традиционалне ретрибутивистичке идеје о изравњавању у моралном смислу између казне и преступа, које, у крајњу руку, имплицирају примену принципа „око за око, зуб за зуб“. Поред генералног принципа оправдања строгости казне постоји и принцип правичности да се с једнаким случајевима поступа једнако, а с неједнаким неједнако. Ако је у одређеним случајевима оправдано да суд изрекне изузетно оштру казну у намери да тиме спречи нове злочине прекршиоцу на којег се примењује таква казна наноси се неправда. То што су такви поступци суда оправдани с утилитаристичког становишта, не значи да се тиме не чини неправда над преступником.⁶⁸ То значи да је у одређеним случајевима, као што је баш наведени, цена да се почини неправда она цена коју треба платити уколико се жели да сачува друштвени мир.⁶⁹

⁶⁵ Детаљније о томе видети у: *United States Supreme Court, Gregg v. Georgia*, C. Johnson, *Philosophy of Law*, p. 608-622 i *United States Supreme Court, Payne v. Tennessee*, C. Johnson, *Philosophy of Law*, p. 623-633.

⁶⁶ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 40.

⁶⁷ J. Hampton, *The Moral Education theory of Punishment*, p. 240.

⁶⁸ J. Rawls, *Rules and Punishment*, p. 575.

⁶⁹ H. L. A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, p. 39.

Закључак

Да би се оправдала казна мора се показати да понашање које се кажњава штети појединцима или њиховој слободи или угрожава колективни интерес који припадници заједнице имају у одржавању властите организације или заштите. Будући да је казна сама по себи зло, њено постојање као друштвене институције може се оправдати само уколико се може доказати да она резултира неким већим добром од зла које је конституира, те да је добро могуће упоређивати са злом о којем је реч. Зло које садржи казна, требало би да представља противтежу зла у заједници које се постиже застрашивањем.

Marko Trajkovic, LL.D.
Teaching Assistant

**THEORETICAL, LEGAL AND ETHICAL APPROACH
TO THE PUNISHMENT**

Summary

For the decades the issue of punishment has certainly been at the center of attention of the lawyers and ethicists. Due to the fact that punishment is in itself evil, its very existence, as the social institution, can be justified only if proved that it could result in some goodness as opposed to the evil that constitutes it, therefore if goodness and evil could be compared. Evil incorporated in punishment should act as a counterbalance to the evil in the community, thus achieve intimidation. Theoretical, legal and ethical approach to the punishment emerges out of necessity for protection of human dignity on all the levels of social and state functioning.

Kant's, Hegel's and all the way to the Herbert Hart's theoretical, legal and ethical approach to the concept of punishment show the wish for man not to be taken for the means but for the ends. Thereby, "the realm of the ends" is realized and the unified values are reached.

Keywords: *punishment, morality, value, justice*

UVJETI ZAŠTITE U SUVREMENOM HRVATSKOM ŽIGOVNOM PRAVU

Sažetak: Novi hrvatski Zakon o žigu određuje žig kao svaki znak koji se može grafički prikazati te koji je pogodan za razlikovanje roba i usluga jednog poduzeća od roba i usluga drugog poduzeća. Temeljna karakteristika europskog i hrvatskog žigovnog prava se ogleda u tome da svaki znak koji se rabi kao indikator podrijetla, može biti registriran kao žig, iako postoje neki znakovi koji, zbog javnog interesa, ne mogu biti uopće registrirani kao žigovi ili mogu biti registrirani samo pod određenim uvjetima. Možemo govoriti o apsolutnim razlozima zabrane registracije, koji se ne ogledaju u odnosu žiga prema drugim žigovima kao kod relativnih zabrana, nego u imanentnim obilježjima samog znaka. Relativni razlozi za odbijanje registracije mogu biti odlučni za odbijanje registracije žiga radi sukoba tog znaka s ranijim žigom ili ranijim pravom, a ne radi obilježja koje taj znak sadrži.

Ključne riječi: žig, registracija, asolutni razlozi za odbijanje, relativni razlozi za odbijanje, raniji žig

1. Općenito o zabranama u žigovnom pravu

Razlozi ograničenja u izboru znakova razlikovanja nalaze se najčešće u javnom interesu jer određene riječi ili slike moraju ostati slobodne poradi opće uporabe. Nadalje, uporaba nekih znakova kao žigova uzrokovala bi zabunu kod kupaca robe ili korisnika usluga označenih takvim znakom odnosno izazvala bi pomutnju na tržištu ili bi dovela do povrede morala ili dobrih poslovnih običaja, pa čak i zakona. Kako bi žig uopće mogao funkcionirati u svrhu označavanja nužno je da su ostvarene dvije pretpostavke: znak koji se štiti kao žig mora biti vizualan i perceptivan, te oblik njegovog vanjskog manifestiranja mora biti trajan.

Zbog toga je zakonodavac svake zemlje propisao određena ograničenja, određujući da određene vrste ili grupe znakova ne mogu imati zakonsku žigovnu zaštitu, i to propisujući razloge zbog koji se može ili mora odbiti registracija prijavljenog znaka. Iz same definicije pojma žiga proizlazi da znakovi koji ne ispunjavaju neki od navedenih uvjeta ne mogu uživati pravnu zaštitu propisanu propisima o žigovima. Međutim kako su definicije pravnih pojmova date obično u širokim općenitim formulacijama, što se *mutatis mutandis* odnosi i na žigove, to iste nisu pogodne za sudske sporove, te stoga svaki pravni sustav, više ili manje precizno, određuje slučajeve u kojima se neće pružiti zaštita određenom znaku u smislu prava žiga.¹

Kako kao opće načelo vrijedi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje roba i usluga u gospodarskom prometu, to se u zakonodavnim rješenjima obično koristi negativna metoda određivanja, odnosno navode se taksativno slučajeve kada zakon priječi zaštitu određenih znakova ili grupa znakova, bilo da je to ograničenje predviđeno kao apsolutna zabrana registracije žiga ili apsolutni razlozi za odbijanje registracije (engl. absolute grounds for refusal, njem. absolute schutzhindernisse) ili kao relativna zabrana ili relativni razlozi za odbijanje registracije (engl. relative grounds for refusal) otklonjiva pod određenim uvjetima.²

Ova negativna metoda pokazuje se kao najbolje rješenje, koje bi jedino otpadalo kada bi postojala posve iscrpna definicija žiga uz točnu i sveobuhvatnu enumeraciju znakova koji se mogu štititi kao žigovi. Međutim

¹ Zlatović, D., Zabrane u žigovnom pravu (Apsolutni i relativni razlozi za isključenje), Zbornik Prav. Fak. Sveuč. Rijeka, 2001., vol. 22., br. 2., str. 736.

² Giefers: Markenschutz, 4. Auflage, R. Haufe Verlag, Freiburg i.Br., 1995., str. 31.

metoda negativne enumeracije ili taksativnog nabiranja razloga za isključenje, iako nalazi legislativnu potvrdu u brojnim primjerima, trpi značajne prigovore u predmetnoj materiji. Ovi prigovori se kod žigova naročito jasno manifestiraju budući da se enumeracijom isključuje ono što u njoj nije obuhvaćeno, primjerice kod uslužnog žiga koji se u nekim pravnim sustavima uopće ne navodi u definiciji žiga, a ova metoda je teško prilagodljiva brojnim novinama u praksi koja stalno stvara nove pojavne oblike znakova i sredstava razlikovanja roba različitih titulara. Na kraju očit je i interes pravnog poretka da se precizno utvrdi što se sve može štiti kao žig, do čega se lakše dolazi primjenom negativne metode.

To se rješava na taj način što, neovisno daje li se zakonska definicija žiga, zakonodavac obvezno navodi što ne može imati žigovnu zaštitu. Kako je već kazano, neki se znakovi isključuju apsolutno od zaštite, što drugim riječima znači da ne mogu postati žigovima, dok su neki drugi znakovi samo relativno zabranjeni tako što je njihova registracija kao žigova biti moguća ukoliko podnositelj prijave dokaže da je dobio potrebno odobrenje od nadležnog organa ili ovlaštene osobe za korištenje znaka kao žiga.

Međutim ni apsolutna zabrana registracije ne može se tumačiti tako da jedan određen znak koji spada u neku od zakonskih kategorija apsolutne zabrane registracije više nikada neće moći uživati žigovnu zaštitu. To se pogotovo odnosi na apstraktno postavljene slučajeve apsolutne zabrane, primjerice znakova koji su protivni moralu kod kojih njihova mogućnost da postanu zaštićeni znakovi ovisi o eventualnim promjenama poimanja moraliteta.

Uostalom pitanje ćudorednosti znaka ovisno je o pojedinom pravnom odnosno društvenom uređenju, te može biti različito od države do države, tako da bi ga upravni organi u nekoj državi mogli odbiti u postupku registracije žiga, dok bi ga drugi u potpunosti zaštitili.

Također moguće je da određeni tzv. slobodni znak, odnosno znak koji je uobičajen za označavanje određene vrste robe te se tako niti ne može zaštititi kao žig, izgubi to svoje svojstvo odnosno prestane biti uobičajen za označavanje iste robe. U toj situaciji moguće je taj znak zaštititi kao žig kako za tu robu tako i za bilo koju drugu robu ili usluge.

U pravnoj teoriji znakovi koji se ne mogu štiti žigom svrstani su u temeljne grupe:

a) znakovi koji predstavljaju državne ili druge javne grbove, zastave, ambleme, njihovo oponašanje, nazive ili kratice naziva neke države, međunarodne organizacije i sl.;

b) znakovi koji su javno dobro:

- deskriptivni znakovi (znakovi koji opisuju robu, njenu namjenu, vrijeme i način proizvodnje, kvalitet, cijenu, težinu, geografsko porijeklo, naziv mjesta, rijeke, planine i dr.)

- znakovi koji su služili za razlikovanje roba ali su postali uobičajeni za označavanje određene robe

- znakovi sastavljeni od slova i brojeva

- znakovi protivni zakonu, moralu i dobrim poslovnim običajima.³

Međutim ova teoretska klasifikacija nije najčešće potvrđena u legislativnim rješenjima, već se obično posebno ekspliciraju apsolutni te relativni razlozi za odbijanje registracije žiga.

Ipak treba posebno naglasiti da se ne mogu ekstenzivnim tumačenjem proširiti zakonski slučajevi zbog kojih je zabranjeno registriranje žigova, budući da u tom pogledu važi kao opće pravilo da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje u gospodarskom prometu robe odnosno usluga. Izuzeci od općeg pravila imaju se, dakle, najuže tumačiti.⁴

2. Zabrane u međunarodnom pravu

Do razvitka industrijskog vlasništva došlo je na iznimno potvrđenim zasadama pojedinih država na ovom području. Međutim, specifičnosti svake pojedine zemlje i njezine legislative te ukupne pravne tradicije nužno je rezultiralo da se pojedina pitanja ove grane prava, pa tako i problematika robnih i uslužnih žigova, različito rješavaju i bitno odudaraju u odnosu na druga zakonodavstva.

Takva raznolikost u zakonima o industrijskom vlasništvu, sve veća tržišna pokretljivost i gospodarska potreba odstupanja od načela teritorijalnosti, zaštita prava i izvan domicilnih granica, te svekolik razvitak među-

³ Cornish, Intellectual Property, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 582.

⁴ Vidi presudu VpS U-4/68, od 6.11.1969.

narodnog privatnog prava i potreba unifikacije trgovačkih pravila, bila su poticaj za uređenje međunarodnih odnosa i na ovom pravnom području.⁵

Sagledavajući međunarodne pravne akte iz industrijskog vlasništva u svjetlu problematike koja se razmatra u ovom radu, bitno se je osvrnuti na odredbe Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva i Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova.

Pariška konvencija najstariji je izvor međunarodnog prava industrijskog vlasništva i najznačajniji instrument međunarodne zaštite svih prava iz područja industrijskog vlasništva, pa tako i žigovnog prava.

Kada su u pitanju odredbe o zabranama zaštite na području prava žiga, Pariška konvencija u svojim člancima 6-bis i 6-ter regulira pitanja apsolutnih zabrana u pogledu općepoznatih žigova i relativnih zabrana glede uporabe državnih ablema, službenih znakova za kontrolu i ablema organizacija.

Tako odredba članka 6-bis predviđa da se zemlje Unije⁶ obvezuju da *ex offio*, ukoliko to nacionalno zakonodavstvo dopušta, ili na zahtjev zainteresiranog, odbiju ili ponište registraciju i zabrane uporabu tvorničkog ili trgovačkog žiga koji je takva reprodukcija, oponašanje ili prijevod da može stvoriti zbrku s nekim žigom što bi nadležna vlast zemlje registriranja ili uporabe smatrala da je u toj zemlji nedvojbeno poznat kao žig osobe koja uživa pravo da se koristi Pariškom konvencijom i upotrebljuje se za istovjetne ili slične proizvode. Isto pravilo vrijedi i u slučaju kada je bitni dio žiga reprodukcija jednog takvog žiga koji je nedvojbeno poznat ili oponašanje koje može stvoriti zbrku s tim žigom. Nadalje određen je rok od pet godina u kojem se treba postaviti zahtjev za brisanje takvog žiga, izuzev slučaja žigova registriranih ili upotrebljivanih zlonamjerno kada nema ograničenja glede zahtjeva za brisanje ili zabranu uporabe

U članku 6-ter predviđeno je da zemlje Unije, ako nema dozvole nadležnih vlasti, odbiju ili ponište registraciju i da zabrane, odgovarajućim sredstvima, uporabu grbova, zastava i drugih državnih amblema zemalja Unije, službenih znakova i punceva za kontrolu i garanciju kao tvorničkih ili trgovačkih žigova, ili kao sastavnih dijelova tih žigova, te svako

⁵ Čizmić, J., Ogleđi iz prava industrijskog vlasništva, II, Pravni fakultet Mostar, Mostar, 1999., str.151.

⁶ Verona, A, Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str.30., Besarović, V., Žarković, B., Intelektualna svojina 2, Međunarodni ugovori, Dosije, Beograd, 1999., str 59.

oponašanje u heraldičkom pogledu. Ista se relativna zabrana odnosi također i na grbove, zastave i druge ambleme, kratice ili nazive međunarodnih međudržavnih organizacija članovi kojih su jedna ili više zemalja Unije, osim grbova, zastava i drugih amblema, kratica ili naziva koji su već bili predmetom ranijih postojećih međunarodnih sporazuma namijenjenih osiguravanju njihove zaštite. Zemlje Unije nisu obvezne primijeniti ove odredbe kada premetna uporaba ili registracija nisu takve naravi da javnost navedu na misao da postoji neka veza između organizacije o kojoj je riječ i grbova, zastava, amblema, kratica ili naziva, ili pak nije vjerovatno da su ista upotreba ili registracija takve da javnost mogu dovesti u zabludu o postojanju neke veze između korisnika i organizacije. Nadalje je određeno da zabrana službenih znakova i punceva na kontrolu ili garanciju se primjenjuje samo ako bi žigovi, koji bi ih sadržavali, bili namijenjeni upotrebi na robi iste vrste ili slične vrste.

Kako bi se osigurala primjena ovih odredbi zemlje Unije se dalje obvezuju da dostave jedna drugoj, preko Međunarodnog ureda kao tijela konvencije i Unije, popis državnih amblema, službenih znakova i punceva za kontrolu i garanciju za koje one žele ili će željeti staviti, neograničeno ili u stanovitim granicama, pod narečenu zaštitu, i svaku buduću izmjenju učinjenu u tom popisu. Ova obveza ne odnosi se na državne zastave. Što se tiče znakovlja međunarodnih organizacija pod zaštitom su ona koja su te organizacije priopćile zemljama Unije preko Međunarodnog ureda. Zemlje Unije obvezale su se na zabranu u trgovini nedopuštene upotrebe državnih grbova drugih zemalja Unije kad bi ta upotreba bila takve naravi da dovodi u zabludu o podrijetlu proizvoda.

Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova je međunarodni ugovor iz područja industrijskog vlasništva koji regulira stjecanje zaštite žigova u zemljama ugovornicama podnošenjem jedne prijave žiga Međunarodnom uredu WIPO-a. U odnosu na razmatranu problematiku ovaj sporazum u svom članku 5- bis regulira da su dokazna sredstva o zakonitoj uporabi stanovitih elemenata što ih sadrže žigovi, kao što su grbovi, štitovi, portreti, počasni znaci, titule, trgovačka imena ili imena osoba osim imena prijavitelja, ili drugi slični natpisi, koja bi mogla zahtijevati administracija zemalja ugovarateljica, oslobođena od svake legalizacije i od svake druge potvrde, osim potvrde administracije zemlje podrijetla. Prema tome pripadnici Hrvatske mogu tako jednom prijavom i registracijom kod Međunarodnog ureda WIPO-a zaštititi svoj žig u svim ili

samo nekim od zemalja ugovornica, s tim da prijavi treba priležiti i potvrda nadležnih organa zemlje podrijetla kada prijavljeni žig sadrži navedeno znakovlje neke zemlje ugovarateljice.

Sredinom 19.stoljeća većina nezavisnih država donijela je nacionalne zakone o industrijskom vlasništvu, koji su temeljem načela teritorijalnosti bili isključivo rezervirani za domaće državljane. Pa iako je s vremenom rasla potreba za zaštitom prava industrijskog vlasništva međunarodnom planu, ipak pravo industrijskog vlasništva teritorijalno je ograničeno, postoji i upotrebljava se samo pod jurisdikcijom one države ili onih država čiji zakoni to dopuštaju.

3. Uvjeti zaštite u europskom žigovnom pravu

U postupku priznanja žiga Zajednice, Uredba o žigu Zajednice, na tragu rješenja njemačkog prava⁷, propisuje apsolutne i relativne zabrane za stjecanje žiga Zajednice.⁸

Člankom 7. Uredbe predviđene su apsolutne zabrane koje isključuju priznanje žiga Zajednice, a na koje OHIM reagira *ex officio* u postupku po prijavi.⁹ Tako se među ovim smetnjama navode znakovi koji nisu distinktivni, generički znakovi, slobodni znakovi, prevarni znakovi, znakovi protivni javnom poretku i moralu, crteži, amblemi ili zastave od posebnog javnog interesa te oni znakovi koji nemaju suglasnost sukladno čl.6. ter Pariške konvencije. Među apsolutne razloge za isključenje od žigovne zaštite Uredba naznačava i nedostatak funkcionalnosti kod trodimenzionalnih žigova, bilo da se radi o formi potrebnog za postizanje tehničkih učinaka, ili o formi vezanoj za vrstu robe ili formi koja robi pridaje bitnu vrijednost.¹⁰ Prema čl.7.st.2. Uredbe prijava je predmet odbijanja, ako apsolutna smetnja postoji u Europskoj zajednici ili u dijelu Europske zajednice.

⁷ Berlitz: Das neue Markenrecht, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1999, str.35-66.

⁸ Krneta: Europsko pravo žiga, Hrvatski patentni glasnik, I, 1994, br.2-3., str.237.

⁹ Giefers: Die europäische Gemeinschaftsmarke, prilog knjige istog autora: Markenschutz, 4.Aufl.,1995.,str.6.

¹⁰ Pagenberg – Munzinger : Manual on the European Community Trade Mark, Carl Heymanns Verlag KG, Koeln-Berlin- Bonn-Muenchen, 1996., str.7.

Za razliku od apsolutnih smetnji OHIM na relativne razloge za isključenje od žigovne zaštite pazi samo na temelju prigovora zainteresirane osobe podnesenog unutar tri mjeseca po objavi prijave.¹¹ Relativne smetnje nazivaju se i tzv. "starijim pravima" među koje spadaju prije svih priznati ili ranije prijavljeni žigovi Zajednice, priznati ili prvenstveno prijavljeni nacionalni žigovi te notorni well-known žigovi iz čl.6bis Pariške konvencije, a radi se o istovjetnosti znakova i identičnosti roba i usluga na koje se odnose. Među ove zabrane Uredba uvrštava i stariji priznati poznati žig i za slučaj kada se radi o različitim proizvodima ili uslugama na koje se odnose konkurentni znakovi.¹² Konačno u starija prava spadaju i raniji nepriznati žigovi i druge oznake u tržišnom prometu, čije značenje nije lokalno ukoliko postoji odgovarajuća zaštita i na razini nacionalnog zakonodavstva.

4. Žigovne zabrane u hrvatskom pravu

4.1. Relativni razlozi za odbijanje

Po našem ranijem pravu relativno su bili isključeni od zaštite znakovi koji su navedeni u stavku 1.točka 9., te stavcima 2.-4. Zakona o industrijskom vlasništvu, te se sukladno zakonskoj sistematici mogu isti podijeliti u dvije grupe. U tadašnjem žigovnom pravu relativne zabrane nisu bile strogo određene, odnosno mogle su se otkloniti posredstvom posebne dozvole nadležnog organa ili ovlaštene osobe. Prva grupa relativno nepodobnih znakova, kako je to bilo određeno u citiranom stavku 1.točka 9. ZIV-a, sastojala se iz onih znakova koji sadrže državni ili drugi javni grb, zastavu ili amblem, naziv ili kraticu naziva neke zemlje ili međunarodne organizacije te njihovo podražavanje. Da bi se neki znak iz narečene kategorije mogao zaštititi kao žig potrebno je bilo postići odobrenje nadležnog organa te zemlje ili organizacije. Kako je razvidno ova odredba odgovara odredbi članka 6-ter Lisabonske revizije Pariške konvencije. Druga grupa relativno nepodobnih znakova predstavljala je lik ili ime neke osobe (članak 30. stavak 2.-4. ZIV).

¹¹ Zlatović: Prigovor na objavljenu prijavu žiga, Informator br. 4795 iz 2000., (male stranice).

¹² Upućuje se na slučaj žiga „DIMPLE“ poznatog za viski čije je korištenje uskraćeno za mušku kozmetiku. BGS GRUR 1985/550.

Imena odnosno likovi pojedinih osoba danas često koriste u međunarodnom trgovačkom prometu u čistoj funkciji robnih žigova, a posebno u reklamama preko televizije, radija i drugih masovnih medija. U tom kontekstu i u našoj novijoj praksi ima slučajeva da pojedini poduzetnici koriste na tržištu fenomen popularnosti određenih osoba kod potrošačkih masa, koja se popularnost pretvara u pravi komercijalni magnetizam ogromnog marketinškog intenziteta.

Sudionici u gospodarskom prometu samo su u načelu slobodni u izboru znakova za označavanje svojih roba ili usluga. U nastavku obradit ćemo ograničenja u izboru znakova koji se ne mogu zaštititi kao žig, posebice relativne zabrane u našem, međunarodnom i uporednom žigovnom pravu.

Kako kao opće načelo vrijedi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje roba i usluga u gospodarskom prometu, to se u zakonodavnim rješenjima obično koristi negativna metoda određivanja, odnosno navode se taksativno slučajevi kada zakon priječi zaštitu određenih znakova ili grupa znakova kao relativne zabrane.

U ranijim rješenjima relativno zabranjeni znakovi određivali su se oni čija je registracija kao žigova biti moguća ukoliko podnositelj prijave dokaže da je dobio potrebno odobrenje od nadležnog organa ili ovlaštene osobe za korištenje znaka kao žiga. Situacija je bitno izmijenjena odredbama čl.6. ZOŽ-a iz 1999., koje su donekle izmijenjene u novom ZOŽ-u iz 2003.¹³ (čl.6.), koji predstavlja pozitivan zakonski izvor nacionalnog hrvatskog prava u ovom području.

U čl.6. ZOŽ-a navedeni su relativni razlozi za odbijanje, koji se u koncepciji bitno razlikuju od dosadašnjih, jer se više ne radi o razlozima koji su otklonjivi pristankom određenog ovlaštenika, nego o razlozima (tzv. raniji žig odnosno ranija prava) zbog kojih može (ali i ne mora) doći do uskrate zaštite takvog znaka.

Tako se temeljem podnesenog prigovora žigom neće registrirati ni znak:

a) ako je istovjetan s ranijim žigom registriranim za istovjetne proizvode ili usluge¹⁴,

¹³ "Narodne novine", br. 173/03 i 76/07. Pravilnik o žigu objavljen je u "Narodnim novinama", br. 117/07.

¹⁴Neki stariji autori izrazili su sumnju u opravdanost ovog rješenja, iz razloga što se ocjena da li je koji znak isti ili sličan ranijem žigu odnosno da li je sličnost tako izražena

b) ako zbog njegove istovjetnosti ili sličnosti s ranijim žigom i istovjetnosti ili sličnosti proizvoda ili usluga postoji vjerojatnost dovođenja javnosti u zabludu, što uključuje vjerojatnost dovođenja u svezu s ranijim žigom.¹⁵

Ukoliko unatoč postojanju relativnih razloga za isključenje od zaštite, ipak bude propustom u postupku registracije propušten sličan znak ranije zaštićenom žigu, a posebice kad su osnovni elementi u označavanju dva proizvoda raznih proizvođača, riječi koje su po zvučnosti izgovora slične do identičnosti, proizvođač koji ima zaštićeni žig, osnovano može zahtijevati upravnu i sudsku zaštitu, odnosno da se zabrani drugom proizvođaču uporabu slične riječi za označavanje svog proizvoda, bez obzira na kombinacije u detaljima upotrebljene riječi pri obilježavanju proizvoda.

da bi mogla dovesti do zabune na tržištu, prenosi tako iz nadležnosti sudova u ovlaštenje Zavoda koji nije organiziran da donosi odluke o ovim pitanjima koja su po istom stajalištu zapravo imovinski sporovi. Usp. Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str.169. Međutim rješenja kao u novom hrvatskom žigovnom pravu harmonizirana su i postoje u većini pozitivnih zakonodavstava država članica WIPO-a. Za europsku praksu vidi odluke u predmetima OHIM-a : SOMAC/SOMAC B 693 921; ENIGMA ITALY/ ENIGMA R/1998-2; NOVA COL/NOVACOL B 742 033 (ne radi se o identičnim znakovima); FLOWER-POWER/flowerpower OD 2469/2000 (nisu istovjetni znakovi).

¹⁵Za praksu zemalja Beneluxa iz 1975 fonetski identični raniji žig KLAREIN (za tekućine za čišćenje) i kasniji žig CLARYN (za đin) su zamjenjivi. Navest ćemo neke poznate slučajeve sličnosti žigova i znakova : NESTLE/BESTLAIT, NIKE /NIKKE, AVIOLINA/AVIO LANOL, COCTA / COCKTA i dr. Za našu praksu vidi slučaj sličnosti znakova VIM/BIM iz presude VpS, SI-1687/67, od 20.11.1967. Za noviju praksu vidi presudu ECJ u slučaju Sabel, C-251/95, od 11.11.1997. Zanimljiva je i presuda CFI T-33/03 u sporu Shark v. Hai, u kojem se ocjenjivala sličnost verbalnih figuativnih znakova koji imaju isto značenje – morski pas, ali jedan izražen u engleskom jeziku, a drugi u njemačkom jeziku . Zauzet je stav kako se ne radi o sličnim znakovima neovisno što je jedan znak prijevod drugoga. U sporu ECJ C-39/97, od 29.9.1998. povodom predmeta Life v. Thompson Life, ocijenjeno je da postoji sličnost znakova ukoliko raniji žig ima nezavisni razlikovni karakter, bez obzira što taj segment u kasnijem znaku nema prevladavajući karakter. U slučaju SHARK/HAI CFI T-33/03 zauzeto je stajalište kako ovi znakovi, iako predstavljaju prijevode iste riječi – morski pas, ne predstavljaju slične znakove, dok su žigovi CINCO OCEANOS i 5 OCEANS ocijenjeni sličnima. Kriteriji glede sličnosti proizvoda i usluga postavljeni su u slučaju CANON prema presudi ECJ C-39/97, od 29.rujna 1998.

Relativni razlozi odbijanja koji se odnose na "ranije žigove" (earlier trade marks) dijele se na četiri vrste¹⁶:

a) žigove registrirani u Republici Hrvatskoj koji uživaju ranije pravo prvenstva (prvenstvo podnošenja prijave, unijsko pravo prvenstva i izložbeno pravo prvenstva)¹⁷;

b) žigovi registrirani na temelju međunarodnih sporazuma koji vrijede u Republici Hrvatskoj i koji uživaju ranije pravo prvenstva¹⁸;

c) žigovi koji su na dan prijave za registraciju žiga ili, ako je zatraženo pravo prvenstva, na datum prava prvenstva zatraženog u prijavi, dobro poznati¹⁹ u Republici Hrvatskoj u smislu u kojemu se riječi »dobro poznat« rabe u članku 6.bis. Pariške konvencije.²⁰

¹⁶U britanskom pravu (TMA 1994., s.5) također nalazimo tri vrste ranijih žigova i to:

a) kada su predmetni žigovi identični kao i usluge i proizvodi koje pokrivaju, mogućnost konfuzije se ne traži jer se radi o automatskom isključenju od registracije;

b) kada robe ili usluge nisu identične nego samo slične, ili kada su žigovi samo slični za identične ili slične proizvode ili usluge, mora biti ukazivo da postoji mogućnost izazivanja zabune u javnosti, koja uključuje opasnost od asocijacije sa ranijim žigom;

c) ranijeg "well-known" žiga sukladno odredbi čl.6.bis. Pariške konvencije .

Detaljnije kod Cornish, W.R., Intellectual property, Sweet & Maxwell, London, 1996., str.597-598.

¹⁷Usp. Zlatović: Pravo međunarodnog prvenstva uz naznake glede prava izložbenog prvenstva, "IN" glasnik inovatora, br. 11-12/97, str. 23. Pregledom Uredbe o žigu Zajednice razvidno je da se pod ranijim žigom podrazumijevaju svi ranije registrirani žigovi Zajednice bilo pred OHIM-om ili putem međunarodne registracije, te svi žigovi država članica registrirani pred nacionalnim uredom ili putem međunarodne organizacije. Cit. prema Rački Marinković, A.,op.cit., str. 33.

¹⁸Usp. Tomasović: Međunarodna registracija žigova, "Hrvatski patentni glasnik", br.1/93, str.85.

¹⁹ Prema presudi ECJ-a u slučaju DAVIDOFF v. GOFKID C-292/00 od 9.siječnja 2000. godine ne znači da se ovaj relativni razlog može primijeniti samo u slučajevima kada proizvodi i žigovi nisu slični, nego obuhvaća i ranije registrirane žigove s reputacijom za slične proizvode i usluge. Što znači da žig ima ugled, možemo izvesti iz presude ECJ-a u predmetu GENERAL MOTORS/YPLON SA C-375/97 od 14.rujna 1999.godine, kada se utvrđuje da žig ima ugled kad je poznat znatnom dijelu javnosti na koju se taj proizvod ili usluga označena tim žigom odnosi. Postojanje ugleda žiga nije notorna činjenica nego mora biti dokazana kad se radi o poznatim žgovima (NIKE/NIKE known R 212/1999-2 od 23.rujna 2003.) Treba napomenuti da prema čl. 7.st.2.toč.3. ZOŽ-a nositelj žiga može zabraniti trećim osobama upotrebu za svaki znak koji je istovjetan s njegovim žigom ili sličan njegovu žigu u odnosu na proizvode ili usluge koji nisu slični onima za koje je žig registriran, kad taj žig ima ugled u Republici Hrvatskoj i kad upo-

d) prijave za registraciju žigova u Republici Hrvatskoj koji uživaju ranije pravo prvenstva, pod uvjetom da žigovi budu registrirani.

Pariška konvencija sadrži odredbu članka 6-bis kojom se predviđa da se zemlje Unije obvezuju da *ex offio*, ukoliko to nacionalno zakonodavstvo dopušta, ili na zahtjev zainteresiranog, odbiju ili ponište registraciju i zabrane uporabu tvorničkog ili trgovačkog žiga koji je takva reprodukcija, oponašanje ili prijevod da može stvoriti zbrku s nekim žigom što bi nadležna vlast zemlje registriranja ili uporabe smatrala da je u toj zemlji nedvojbeno poznat kao žig osobe koja uživa pravo da se koristi Pariškom konvencijom i upotrebljuje se za istovjetne ili slične proizvode. Isto pravilo vrijedi i u slučaju kada je bitni dio žiga reprodukcija jednog takvog žiga koji je nedvojbeno poznat ili oponašanje koje može stvoriti zbrku s tim žigom. Nadalje određen je rok od pet godina u kojem se treba postaviti zahtjev za brisanje takvog žiga, izuzev slučaja žigova registriranih ili upotrebljivanih zlonamjerno kada nema ograničenja glede zahtjeva za brisanje ili zabranu uporabe .

Na temelju podnesenoga prigovora nositelja ranijega žiga neće se registrirati ni znak ako je istovjetan s ranijim žigom ili sličan ranijem žigu, a zatražena je registracija za proizvode ili usluge koji nisu slični onima za koje je registriran raniji žig kada raniji žig ima ugled u Republici Hrvatskoj i kada bi uporaba kasnijega žiga bez opravdanoga razloga nepošteno iskoristila razlikovni karakter ili ugled ranijega žiga ili im naštetila.²¹

Relativne razloge za isključenje iz zaštite žigom prema čl.6. u svezi s čl.27. ZOŽ-a može prizvati samo podnositelj ranije prijave ili nositelj ranijeg žiga ili ranijeg prava.²² Prema tome relativne razloge ne može ispi-

raba toga znaka bez opravdanoga razloga nepošteno iskorištava razlikovni karakter ili ugled žiga ili im šteti.

²⁰ Takova je poznatost žiga prema čl.6.st.3. ZOŽ-a iz 1999.godine uključivala i poznatost žiga u bitnom dijelu javnosti koja je stečena kao rezultat promidžbe žiga.

²¹U britanskom pravu ranija prava obuhvaćaju :

a) pravo zaštite neregistriranog znaka koji se upotrebljava u skladu sa trgovačkom praksom (djelomično kroz "passing - off zaštitu);

b) ostala prava iz autorskog prava, ili neregistrirana prava dizajna ili registrirana prava industrijskog oblička.

Detaljnije kod Marett, P., Intellectual property Law, Sweet & Maxwell, London, 1996., str.165.

²² Prigovor u odnosu na članak 6. stavak 1. i 3. ZOŽ-a prema čl.27.st.1.toč.1. ZOŽ-a može podnijeti nositelj ranijega žiga, ali i stjecatelj licencije u skladu s člankom 39.

tivati Državni zavod *ex officio* niti na njih mogu ukazivati zainteresirane osobe, nego je krug takvih osoba sužen samo na navedene u zakonu izričito ovlaštene osobe.²³

Slijedom navedenog razvidno je da se ispitivanje po službenoj dužnosti svih uvjeta zaštite tzv. strogo ispitivanje, kako je bilo uređeno u ranijem ZIV-u, u novom hrvatskom pravu napustilo, a razdvajanje uvjeta zaštite na apsolutne i relativne razloge poradi kojih se neko znaku može uskratiti registracija za žig, osigurava brži, jeftiniji i jednostavniji postupak ispitivanja. Prilikom ocjene da li je jedan znak čija se zaštita traži istovjetan sa ranijim žigom, mora se polaziti od načela jedinstva i načela specijaliteta. Kod razmatranja pitanja novosti kod žigova, pravilo jedinstva žiga odnosi se na to da žig čine znak i popis proizvoda ili usluga koje znak pokriva, dok načelo specijaliteta određuje da znak koji je zaštićen žigom pokriva samo određene proizvode odnosno usluge za koje je zaštićen.

Prva smjernica vijeća 89/104/EEZ u čl.11.st.2. daje državama mogućnost da odrede kako se pozivanje na relativni razlog za odbijanje na temelju ranijeg žiga mora potkrijepiti dokazima o uporabi ranijeg žiga, međutim naš ZOŽ neuporabu žiga ne uzima kao razlog za podnošenje prigovora u postupku registracije žiga, nego samo kao razlog za pokretanje postupka opoziva žiga.

Znak se neće registrirati kao žig ukoliko je istovjetan²⁴ s ranijim žigom za istovjetne proizvode i usluge. Ova odredba koju sadrži naš ZOŽ u čl.6.st.1. harmonizirana je sa odredbama čl.4.st.1a. Prve smjernice vijeća, te čl.8.st.1a. Uredbe o žigu Zajednice. Pri tome se ne traži postojanje opa-

stavkom 4. ili 5. ZOŽ-a. Kako su novelom ZOŽ-a iz 2007. brisane odredbe čl.39.st.4. i 5. ZOŽ-a, to bi tumačenjem proizlazilo da pravo na prigovor više nema stjecatelj licencije jer je to pravo direktno izviralalo iz sada brisanih odredbi: Zakonodavac je propustio eksplicitno u noveli urediti to pitanje i izvršiti odgovarajuću korekciju odredbe čl.27.st.1.toč.1. ZOŽ-a.

²³Prema čl.5.st.5. britanskog TMA 1994. registracija je moguća neovisno o postojanju relativnih razloga za isključenje iz zaštite žigom ako vlasnik ranijeg žiga ili ranijeg prava pristane na takvu registraciju.

²⁴Znak se smatra istovjetnim ranijem žigu kada reproducira, bez ikakvih promjena ili dodatak, sve elemente koji čine raniji žig ili cjelovito gledano sadrži azlike koje su toliko nebitne pa ih prosječni kupac niti ne primjećuje. Vidi presudu ECJ u sporu Arthur v. Arthur et Felice, C-291/00, od 20.3.2003. Istovjetnost roba i usluga postoji ne samo kad su naznae istovjetne nego i u slučaju sinonima, o kojima se zaključak donosi po komercijalnoj a ne jezičnoj osnovi.

snosti od dovođenja javnosti u zablusu, što se presumira i tako se olakšava pozicija nositelja ranijeg žiga u opozicijskom postupku.

Znak iz prijave žiga je istovjetan sa protivnim znakom ako predstavlja njegovu potpunu reprodukciju i ako se odnosi na iste proizvode odnosno usluge koji su pokriveni protivnim znakom (čl.6.st.1.toč.1. ZOŽ-a)²⁵, pri čemu protivni znak može imati širi opseg zaštite, dok se sličnost mora dovesti u svezu sa mogućnosti opasnosti od izazivanja zabune u gospodarskom prometu uključivo sa mogućnosti asocijacije predloženog znaka na raniji žig²⁶.

Na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako bi njegova uporaba vrijedala neko od sljedećih ranijih prava:

1. pravo na osobno ime,
2. pravo na osobnu sliku,
3. autorsko pravo,
4. prava industrijskoga vlasništva.²⁷

Pod pojmom »ranije pravo« razumijevaju se prava stečena na datum koji je raniji od datuma prijave za registraciju žiga ili, ako je zatraženo pravo prvenstva, od datuma prava prvenstva zatraženog u prijavi.

Na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako bi

²⁵ Voćni sok spada u grupu bezalkoholnih pića, te se ne može dati zaštita niti registrirati žig u kome se nalazi ista riječ koja se nalazi već na zaštićenom znaku koji se stavlja na bezalkoholna pića. Vidi slučaj znaka "FRISCO" iz presude VpS, U-2/65, od 18.6.1965.

²⁶U ZIV-u se govorilo o kriteriju zablude prosječnog konzumenta, dok je sadašnja formulacija šira i obuhvaća misaonu (asocijativnu) reakciju javnosti. Za raniju praksu po kojoj je za ocjenu da li se radi o sličnim znakovima odnosno oponašanju zaštićenog žiga mjerodavan ukupan utisak prosječnog potrošača vidi odluku PSH, Pž-46/93, od 16.3.1993. u čijem obrazloženju između ostalog stoji: " ... bitan je ukupni utisak sličnosti znaka, dakle prvenstveno samog naziva proizvoda ili usluge, što u konkretnom slučaju ne postoji, kraj nesporne činjenice da tužitelj koristi naziv "Trius", a tužanik naziv "Trade centar". Osim toga kao što je rečeno i to grafičko rješenje koje koristi tužitelj i tuženik je različito i distinktivno za prosječnog kupca odnosno potrošača, a prosječni kupac ne mora obratiti posebnu pažnju, da bi uočio razliku naziva – tvrtki tužitelja i tuženika, pa u konkretnom slučaju nema mjesta primjeni odredbe čl.118.st.3.citiranog zakona (radi se o ZIV-u, op.aut.) tj. ne radi se o oponašanju tužiteljevog znaka – tvrtke."

²⁷ Ovaj razlog je u Prvoj smjernici vijeća utvrđen kao fakultativan (čl.4.st.4.c.), dok u Uredbi o žigu Zajednice nije naveden kao relativna zabrana nego kao razlog za traženje poništenja registriranog žiga (čl.52.st.2.).

njegova uporaba vrijedala pravo osobe koja je u vrijeme podnošenja prijave za registraciju žiga imala tvrtku, pod uvjetom da je ta tvrtka ili bitni dio tvrtke istovjetan s prijavljenim znakom ili sličan prijavljenom znaku i pod uvjetom da su istovjetni ili slični proizvodi ili usluge predmet djelatnosti te tvrtke, osim ako je podnositelj prijave u trenutku prijave imao istovjetnu ili sličnu tvrtku.

Također, na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako je istovjetan s ranijim žigom ili sličan ranijem žigu koji je bio registriran za istovjetne ili slične proizvode ili usluge, a iz kojega proizlazi pravo koje je isteklo zbog neproduženja registracije žiga u razdoblju od najviše dvije godine od datuma isteka vrijednosti žiga, osim ako je nositelj ranijega žiga dao svoju suglasnost za registraciju kasnijega žiga ili nije rabilo svoj žig.

Dakle, sadašnje ispitivanje žiga na novost vezano je za prizivnu reakciju podnositelja ranije prijave ili nositelja ranijeg prava odnosno ranijeg žiga, pa se i novost prijavljenog znaka po tom prizivu raspravlja prema trenutku prava prvenstva, a u odnosu na znakove podnositelja prigovora koji imaju ranije pravo prvenstva bilo da su već zaštićeni ili su predmet ranije prijave žiga.

4.2. Apsolutni razlozi za odbijanje

U ranijem hrvatskom pravu apsolutno se nisu mogli kao žig zaštititi znakovi taksativno navedeni u odredbi članka 30. stavak 1. točke 1.-8. ZIV-a. Na taj način isti znakovi isključeni su od žigovne zaštite, te ne mogu uživati zaštitu niti uz određene pretpostavke ili suglasnost ili pristanak određenih ovlaštenika.

Prema citiranom propisu nije se mogao zaštititi znak :

- 1) koji je protivan zakonu ili moralu;
- 2) koji nije prikladan za razlikovanje robe odnosno usluga u gospodarskom prometu;
- 3) koji označava vrstu robe odnosno usluga, njihovu namjenu, vrijeme ili način proizvodnje, kvalitetu, cijenu, količinu, težinu, ime mjesta odnosno geografsko podrijetlo;
- 4) koji je uobičajen za označavanje određene vrste robe odnosno usluga;
- 5) koji svojim izgledom ili sadržajem može stvoriti zabunu u gospodarskom prometu, a osobito dovesti u zabludu prosječnog potrošača što se tiče podrijetla, vrste, kvalitete ili drugih svojstava robe odnosno usluga;

6) koji sadrži službene znakove ili punce za kontrolu i garanciju kvalitete ili ih podražava;

7) koji je istovjetan s ranije zaštićenim znakom druge osobe za istu ili sličnu vrstu robe odnosno usluga; te konačno i onaj znak

8) koji je sličan ranije zaštićenom znaku druge osobe za istu ili sličnu vrstu robe odnosno usluga ako ta sličnost može dovesti u zabludu prosječnog potrošača.²⁸

Izvorno hrvatsko žigovno zakonodavstvo, na tragu ranijih rješenja, ipak drugačije pristupa ovoj problematici, sukladno modernim rješenjima na ovom području i prihvaćenom konceptu uvjeta žigovne zaštite.

Tako je u čl. 5. ZOŽ-a iz 1999. godine, glede apsolutnih zabarana, bilo predviđeno da se neće zaštititi znak:

1) koji je protivan javnom poretku i ćudoređu,
2) koji se ne može grafički prikazati,
3) koji svojim izgledom nije prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga u gospodarskom prometu,

4) koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji u prometu služe za označavanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnog podrijetla, vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluga ili za označavanje nekih drugih obilježja proizvoda ili usluga,

5) koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji su uobičajeni u svakodnevnom ili stručnom govoru ili ustaljenoj trgovačkoj praksi,

6) koji je isključivo oblik određen vrstom proizvoda ili oblik proizvoda potreban za postizanje određenog tehničkog rezultata ili oblik koji proizvodu daje bitnu vrijednost,

7) koji svojim izgledom može dovesti u zabludu javnost, posebice u odnosu na zemljopisno podrijetlo, vrstu, kakvoću ili neko drugo obilježje proizvoda ili usluge,

8) koji sadržava ili se sastoji od oznake zemljopisnog podrijetla kojom se identificiraju vina ili jaka alkoholna pića, a odnosi se na vina ili alkoholna pića koja nisu toga zemljopisnog podrijetla, te

9) koji sadržava državni grb ili drugi javni grb, zastavu ili amblem, naziv ili kraticu naziva neke zemlje ili međunarodne organizacije te njihovo oponašanje, osim uz odobrenje nadležnog tijela te zemlje ili organizacije.

²⁸ Manigodić: Robni i uslužni žigovi, Pronalazaštvo, Beograd, 1989., str.15-16.

Naš novi ZOŽ iz 2003.godine uređuje apsolutne razloge za odbijanje na način da se neće registrirati:

1. znakovi koji se ne mogu zaštititi kao žig u skladu s uvjetima iz članka 2.ZOŽ-a,

2. znakovi koji nemaju razlikovni karakter u odnosu na proizvode ili usluge za koje je zatražena registracija,

3. znakovi koji se sastoje isključivo od oznaka ili podataka koji u trgovini mogu služiti za označavanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnoga podrijetla ili vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluge, ili za označavanje drugih karakteristika proizvoda,

4. znakovi koji se sastoje isključivo od oznaka ili podataka koji su postali uobičajeni u svakodnevnom govoru ili u dobroj vjeri i ustaljenoj trgovačkoj praksi,

5. znakovi koji se sastoje isključivo od oblika koji proizlazi iz same vrste proizvoda, ili oblika proizvoda potrebnoga za postizanje nekoga tehničkog rezultata, ili oblika koji proizvodima daje bitnu vrijednost,

6. znakovi koji su protivni javnom interesu ili prihvaćenim moralnim načelima,

7. znakovi koji mogu javnost dovesti u zabludu, primjerice u odnosu na vrstu, kakvoću ili zemljopisno podrijetlo proizvoda ili usluga,

8. znakovi koji nemaju odobrenje nadležnih tijela i koji moraju biti odbijeni prema članku 6.ter. Pariške konvencije za zaštitu industrijskoga vlasništva (u daljnjem tekstu »Pariška konvencija«),

9. znakovi za vina koji sadržavaju ili se sastoje od zemljopisnih oznaka koje služe za označavanje vina i znakovi za jaka alkoholna pića koji sadržavaju ili se sastoje od zemljopisnih oznaka koje služe za označavanje jakih alkoholnih pića, u odnosu na vina ili jaka alkoholna pića koja nisu toga zemljopisnog podrijetla,

10. znakovi koji sadržavaju naziv ili kraticu, državni grb, amblem, zastavu ili drugi službeni znak Republike Hrvatske ili nekoga njezina dijela te njihovo oponašanje, osim uz odobrenje nadležnoga tijela Republike Hrvatske.²⁹

²⁹ Detaljnije o europskoj i hrvatskoj praksi glede apsolutnih razloga za odbijanje v. kod Rački Marinković, A., op.cit., str.5.

Ne može se ekstenzivnim tumačenjem proširivati slučajevi zbog kojih je zabranjeno registriranje žigova budući da u tom pogledu kao opće pravilo važi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje u gospodarskom prometu roba ili usluga. Izuzeci od općeg pravila imaju se najuže tumačiti (v. presudu VSJ,U-4/68, od 27.11.1969.).

U nastavku osvrnut ćemo se na neke specifičnosti svake pojedine navedene apsolutne zabrane .

a) Negrafički znakovi

Naš ZOŽ određuje da se neće zaštititi znak koji se ne može zaštititi kao žig u skladu s uvjetima iz čl.2. ZOŽ-a, odnosno da se ne može grafički prikazati (čl.5.st.1.toč.1.).³⁰

Ova odredba proizlazi iz same definicije žiga koja je dana u odredbi čl.1.st.1. ZOŽ-a. Naime žig se određuje kao znak koji se, kao prvo, može grafički štiti, a tek ako je ispunjen taj uvjet, traži se i drugi odnosno da je prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga jednog sudionika u gospodarskom prometu od proizvoda ili usluga drugoga sudionika u gospodarskom prometu. Prema tome grafičko određenje znaka je *conductio sine qua non* žiga, te svi oni znakovi koji se ne mogu izraziti u bilo kojoj grafičkoj formi ne uživaju žigovnu zaštitu. Žigovi moraju biti prikladni za razlikovanje proizvoda ili usluga jednog poduzetnika od proizvoda ili usluga drugoga poduzetnika. Sukladno članku 2. nijedan znak nije automatski isključen iz mogućnosti registracije. Znakovi navedeni primjerično predstavljaju najčešće korištene znakove kojima poduzetnici označavaju proizvode ili usluge (tzv. konvencionalni znakovi), međutim lista ne isključuje mogućnost drugih znakova. Dakle znakovi koji nisu izričito navedeni mogu biti zaštićeni žigom ukoliko udovoljavaju uvjetima ovoga članka. Pri ispitivanju ovog apsolutnog razloga, ispitivač mora utvrditi da li prijavljeni znak udovoljava dvjema osnovnim pretpostavkama žiga: da se može grafički prikazati i da je prikladan za razlikovanje.³¹

³⁰ U čl.15. TRIPS sporazuma utvrđeno je da države mogu tražiti kao uvjet za registraciju žiga da su znakovi vizualno uočljivi. Ipak neke države ne traže taj uvjet, npr. SAD. Vidi kod Rački Marinković, A., Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga, u Matanovac, R. (op.red.) et al., Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 6.

³¹ DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, 2007.

Sukladno navedenoj zakonskoj definiciji žiga, žigovnu zaštitu mogu uživati znakovi u riječi, uključujući osobna imena, crteže, slova, brojke, oblike proizvoda ili njihova pakiranja, žigovi u slici, boje, trodimenzionalni žigovi³², kratice, grafički prikazi, kombinacije svih tih znakova, pod uvjetom da su razlikovni, kao i kombinacije svih naprijed navedenih znakova.

Iz ovog proizlazi da u nas ZOŽ i dalje eksplicite ne priznaje zaštita znakovima u zvuku³³ ili mirisu³⁴, iako se radi o raširenoj pojavi u suvremenoj trgovini i prodaji³⁵, posebice onoj u SAD. Međutim, širim tumačenjem i uvažavanjem prakse europskih institucija žigovnog prava zaštitu mogu uživati i zvučni znakovi, koji se mogu izraziti grafičkim prikazom znaka, bilo crtežom, pisanjem, fotografiranjem, ukoliko to omogućava vizualnu oučljivost znaka, odnosno da se unatoč nevidljivosti znaka može taj znak prepoznavati.³⁶

Iz citirane presude Europskog suda pravde u slučaju Sieckmann, razvidni su strogi dodatni uvjeti u tom smislu priznavanja zaštite žigovima koji nisu klasično razvidni, te takav znak mora biti prikazan slikama, linijama ili znakovima, biti jasan, precizan, sadržan u sebi, lako dostupan, čitljiv, trahan i objektivan.³⁷

³² Radi se o bitnoj novini ZOŽ-a u odnosu na ranija rješenja kada oblici i tijela nisu bila navedena. U novom zakonu trodimenzionalni oblici su izričito navedeni, kako bi normirano bilo ono što godinama postoji u praksi (boca COCA COLE, Mercedesova zvijezda), čime se unosi pravna sigurnost glede zaštite trodimenzionalnih žigova. Slično za jugoslavensku praksu kod Besarović – Žarković: *Intelektualna svojina - Industrijska svojina i autorsko pravo 1*, Dosije, Beograd, 1998., str.64.

³³ Trebalo bi razmisliti o eksplicitnoj zakonskoj dozvoli registracije žiga kao glazbenih fraza koje se mogu grafički, odnosno notalno prikazati, jer bi se time slijedila szajališta žigovne prakse.

³⁴ U slučaju mirisnog znaka, DZIV će smatrati neodgovarajućim prikazom sljedeće: kemijsku formulu - zbog njene nečitljivosti uslijed čega se ne može odmah prepoznati o kojem se mirisu radi; opis riječima jer nije dovoljno jasan, precizan i objektivan; depozit uzorka koji nije trajan. Cit. prema DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, 2007.

³⁵ Vidi stanje u danskoj praksi u članku " Sound marks must be described", *Trademark World* br.124, str.4.

³⁶ Tako Philips, J., *Trade Mark Law, A Practical Anatomy*, Oxford, 2003., str.65.

³⁷ Rački Marinković, A., op.cit., str. 7.

b) Nedistinktivni znakovi

U čl.5. ZOŽ-a taksativno su nabrojani razlozi za apsolutno isključenje od žigovne zaštite. Pa iako je navedena među prvima, toč.2. st.1. ovog članka razumijeva se kao temelj za pokrivanje svih onih situacija nerazlikovnosti znaka koji nisu navedeni u ostalim točkama ove odredbe. Stoga bi nomotehnički ova točka trebala biti na posljednjem mjestu kako bi se na taj način pocrtao njen supsidijarni karakter kao opće odredbe.

Dakle naš ZOŽ zabranjuje zaštitu znaka koji svojim izgledom nije prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga za koje je zatražena registracija u gospodarskom prometu.³⁸ Na ovaj način izbjegavaju se negativni mogući efekti primjene metode negativne enumeracije, pa se ovom odredbom pokrivaju i oni slučajevi koje ne možemo podvesti pod ostale odredbe čl.5.ZOŽ-a. Razlikovni karakter može se postići dodavanjem figurativnih elemenata ili drugih elemenata koji su razlikovni. Minimalni razlikovni karakter može se postići upotrebom ornamentalnog ili ukrasnog fonta slova, ovisno o stupnju stilizacije, što će ispitivač utvrditi za svaki konkretni slučaj. Korištenje uobičajenih fontova slova ne pridonosi postizanju razlikovnosti. Smatrat će se kako razlikovni karakter nije postignut samo gramatičkom greškom u pisanju, zamjenom slova znakom, pisanjem skraćenica prema izgovoru i slično. Znakovi koji se sastoje od nekoliko elemenata koji su svaki za sebe nerazlikovni mogu njihovim spajanjem steći razlikovnost, ali ovisno o konkretnom slučaju takvo spajanje

³⁸ Europsko pravo žiga odbija zaštitu onim znakovima koji nemaju nikakav razlikovni karakter, dok se registracija dopušta onim znakovima koji imaju i najmanju distinktivnost (vidi slučaj kod CFI-a u predmetu BABY-DRY (T-163/98, od 8.srpnja 1999.), ali tada se radi o tzv.slabim žigovima.. Iz slučaja CFI-a u predmetu LITE (T-79/00) razlikovnost određujemo kao mogućnost znaka da ispunjava temeljnu funkciju žiga, tj.da identificira podrijetlo proizvoda ili usluga koje označava, te da kod potrošača izazove asocijaciju na te proizvode ili usluge obilježene tim žigom. Znakove koji sadržavaju gramatičku pogrešku u pisanju u odnosu na opisni pojam, postignutu zamjenom slova, zamjenom slova znakom, pisanjem skraćenica prema izgovoru Zavod neće smatrati razlikovnim. Navedeno je utvrđeno u već spomenutom predmetu LITE. LITE je odbijen na osnovu nerazlikovnosti. Izgovor znaka 'LITE' identičan je izgovoru pojma 'LIGHT' u engleskom jeziku, koji u odnosu na prehrambene proizvode ima opisni karakter (lagana hrana). S obzirom da se zbog ovakve pogreške u pisanju znak ne sastoji 'isključivo' od opisnog pojma, temelj odbijanja neće biti opisnost znaka već nerazlikovnost. Ispitivač će u utvrđivanju razlikovnog karaktera procijeniti da li je znak neuobičajen, upečatljiv i da li je navednim elementima postignut odmak od opisnog elementa znaka.

nerazlikovnih elemenata ne mora dovesti do razlikovnosti znaka, pogotovo ako je spajanje učinjeno prema gramatičkim pravilima ili na uobičajeni način.

Ovi neprikladni znakovi, koji nemaju karakteristiku izvornosti i posebnosti, pokrivaju tako, između ostalih, neposredno i posredno generičke riječi, slova, slogane, kratice, kovanice, brojevi, poznati i jednostavni geometrijski oblici i tijela, slike proizvoda ili ambalaže, boje, te kombinacije ovih elemenata, koji nisu distinktivni.³⁹

Neposredno generičke riječi u načelu ne mogu imati razlikovni učinak jer direktno ukazuju na proizvod⁴⁰, pa ni kao kombinacija više takvih riječi kako pojedinačno tako ni kao skup riječi. Posredno generičke riječi, iako samo asociraju na neku robu, također nemaju razlikovni učinak i zbog svoje učestalosti u korištenju ostaju izvan dosega žigovne zaštite.⁴¹

U žigovnom pravu vrijedi načelo da se jedno slovo u svom redovnom obliku ne može zaštititi kao žig, ukoliko se ne radi o opisanim slovima koja se mogu tumačiti⁴², odnosno ako nije grafički izraženo.⁴³ Međutim kod ovih posljednjih, radi se o slaboj zaštiti jer svatko drugi može koristiti isto slovo u grafičkoj inačici ili kombinirano sa drugim znakom ili drugim elementom istog znaka.⁴⁴

³⁹ Tako i Manigodić: op.cit., str.20. Boja sama po sebi nije razlikovna, jer se to stječe uporabom. Oznaka datiranja proizvoda ne može vršiti funkciju žiga ni dugotrajnom uporabom. Slično i bar kodovi i oznake moneta. Zavod će odbiti zbog nerazlikovnosti jednostavne geometrijske oblike kao što su kružnica, kvadrat, jednako kao i jedno slovo ili broj, jer ih potrošač zbog njihove jednostavnosti neće moći doživjeti kao žig. Prilikom ispitivanja znakova koji se sastoje od ovakvih oblika, ispitivač će uzeti u obzir korištenje figurativnih elemenata, korištenje boja, odnosno opći dojam ovakvog znaka u smislu obavljanja funkcije žiga.

⁴⁰ Primjerice riječi "HLADNJAK", "LOPTA", "MUŠKO ODIJELO" i sl.

⁴¹ Tako riječ "LED" za hladnjake, ili "FREDO" odnosno "CALDO" za kućanske aparate. U praksi OHIM-a nalazimo na presudu ECJ, C-104/00 P, COMPANYLINE, od 19.rujna 2002.

⁴² Ovo je karakteristično za starija pisma, pa zaštitu uživaju riječi "ALFA", "OMEGA", "ZETA", "RO", "DELTA", "GAMA" i sl.

⁴³ Tako je poznata zaštita žiga u obliku stiliziranog slova "P" za tekstilne i kozmetičke proizvode poznatog modnog kreatora Pierrea Cardina, kao i stilizirano slovo "M" s karakterističnom bojom kao žig tvrtke McDonald's. Prema stajalištu BoA (Žalbenog odbora OHIMa) R0304/2005-2, od 29.rujna 2005., slovo *per se* u načelo ima apstraktnu mogućnost da posluži kao žig.

⁴⁴ Tako usporedno postoje žigovi "R" poznatog kreatora Pacco Rabana i žig drugog nositelja "RR".

Znak od dva ili više slova koja su arbitrarno određena, a nisu generičkog značenja, može biti priznat kao žig.⁴⁵ Danas se zaštita priznaje i sloganu (od škotskog pokliča “sluagh-ghairm”) i to ne samo ako je sastavljen barem od jedne razlikovne riječi⁴⁶, već ako ne sadrži riječi koje direktno ne upućuju na karakter ili kvalitet proizvoda.⁴⁷ U svakodnevnoj komunikaciji i korištenju uobičajeni znakovi ne mogu biti zaštićeni žigom ako ukazuju na određene proizvode.⁴⁸ Različite kratice mogu biti izuzete od žigovne zaštite, posebice one u vidu radikala, ukoliko mogu asocirati na neke proizvode ili usluge.⁴⁹

Kovanice mogu biti izražene od dvije generičke riječi, iz dvije izmišljene riječi, ili njihove kombinacije. Ukoliko je kovanica sastavljena od dvije neposredno generičke riječi ne uživa zaštitu⁵⁰, dok se kovanica od izmišljenih riječi ne ispituje u odnosu na apsolutne razloge za isključenje od žigovne zaštite, nego samo u odnosu na relativne zabrane. S obzirom da su u svakodnevnoj općoj uporabi pojedini brojevi ne mogu biti sami za sebe predmet zaštite: Pod određenim uvjetima da ne dovode u zabludu javnost glede karakteristika robe, zaštitu mogu imati dva ili više brojeva zajedno, broj u slovnom izrazu i sl. Geometrijski oblici i tijela nemaju distinktivne karakteristike, tako da zaštitu uživaju samo višedimenzionalni oblici sa makar jednim razlikovnim elementom. ZOŽ eksplicite ne priznaje zaštitu znaka koji sadrži isključivo jednu boju, jer se žigom mogu štititi znakovi kao kombinacije boja i njihovih tonova, međutim praksa

⁴⁵ Vidi žig “GMV” za mušku kozmetičku kolekciju Gian Marca Venturia ili čuvene žigove “BMW”, “IBM” i dr..

⁴⁶ Vidi kod nas zaštićeni žig Z20000506A “TORBA GLAVU ČUVA AKO JE U NJOJ ANDOL C”.

⁴⁷ Vidi kod nas za nositelja “Večernji list” priznati slogan “ODVJETNIK SVOJIH ČITATELJA”.

⁴⁸ Takvi su znakovi “%”, “?”, “+” itd.

⁴⁹ Ne može uživati zaštitu znak “TERMO” kao kratica-radikal za kućanske uređaje, odnosno znakovi “C” ili “mA” za elektrotehničke uređaje, jer predstavljaju kratice određenih mjernih jedinica.

⁵⁰ Npr. “SUPERNOVA”. Suprotno prihvaćena je podobnost znaka – kovanice “TECHNODENT”, za koji je ocijenjeno da navedeni znak predstavlja kovanicu koja ne označava vrstu robe za koju se traži zaštita (tehnička sredstva ili instrumente koji se koriste u zubarstvu – op.aut.), već samo može ukazati na grupu proizvoda među koje spada i roba za koju se tražila zaštita. Pošto se u ovom slučaju nije radilo o izrazu odnosno o znaku koji isključivo označava vrstu robe, usluge, njenu namjenu itd., to nije bilo temelj da se odbije zatražena registracija (presuda VpS, U-4/68, od 27.11.1969.).

DZIV-a pod utjecajem europskih rješenja e izmijenila i priznaje i takvu zaštitu pod određenim uvjetima razlikovnosti.. Konačno naš zakon priznaje zaštitu kombinacijama navedenih elemenata i oblika, jer se smatra da i skup nerazlikovnih elemenata može tvoriti kao cjelina originalni distinktivni znak.

Zaštita žiga, koji se sastoji od slova ili kombinacije riječi ili slova, obuhvaća te riječi, slova i kombinacije ispisane bilo kojim tipom slova, u bilo kojoj boji ili izražene na bilo koji drugi način.⁵¹ Jednostavni znaci, geometrijski oblici, te znakovi koji se sastoje od jednog slova ili brojke nemaju razlikovni karakter jer zbog presimplificiranosti ih javnost ne doživljava kao žigove, već isključivo u svom izvornom značenju kao brojke, slova ili oblike.⁵² Znakovi koji se sastoje od dva ili više slova ili brojki ili kombinacija dugo nisu uživali zaštitu ako nisu imali značenje i mogli se izgovoriti. Ipak suvremena praksa je liberalizirana dopuštajući zaštitu i takvim znakovima osim ako se ne radi o uobičajenim kraticama čije je značenje opisno glede proizvoda ili usluga na koje se znak odnosi.⁵³ Znak koji se sastoji od osobnog imena, prema presudi Europskog suda pravde u slučaju NICHOLS može biti registriran kao i drugi znakovi ako ima stupanj razlikovnosti, međutim ukoliko je značenje imena opisno i nerazlikovno, znak se odbija od registracije bez obzira što je identično imenu podnositelja prijave.⁵⁴

⁵¹ Vidi odluku PSH, PŽ-291/93, od 14.4.1993., Informatör, br.4095, od 5.6.1993.

⁵² Tako su odbijeni znakovi u obliku slova S, M i L, jer se radi o oznakama veličine odjeće, kao i slovo L za autoškole radi svoje uobičajenosti. Dodavanje točke iza slova ili brojke Zavod ne smatra dovoljnim razlikovnim elementom, jer se točkom obično označavaju kratice. Kod znakova kojima su dodani drugi elementi kao što su znakovi uskličnika i upitnika, pisanje kurzivom ili podvučeno, Zavod će ispitati da li takav znak u odnosu na proizvode i/ili usluge za koje se traži zaštita ima dostatni razlikovni karakter. Kod utvrđivanja razlikovnosti stiliziranih znakova ispitivač će procijeniti da li uzimajući u obzir opći dojam prevladava sam broj/slovo kao dominantan dio znaka, ili znak ima, u cjelini, minimalni razlikovni karakter. Pri procjeni se mora posebno u obzir uzeti i moguće značenje slova u odnosu na određene proizvode i/ili usluge zbog kojeg bi znak mogao biti opisan. Cit. DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, Zagreb, 2007.

⁵³ Primjerice zaštita kod OHIM-a nije odobrena kratici DLC (diamond.like carbon koji služi za izradu žileta) iako široj javnosti nije poznato značenje te kratice. Odbijene su i kratice TDI (Turbo Diesel Intercooler) za motore, te ECO (jer se radi o uobičajenoj kratici u ekologiji). Prihvaćena je kratica MEDI-CARE CTM319202.

⁵⁴ ECJ, C-404/02, od 6.studenoga 2004. Vidi situacije glede takvih žigova koji sadržavaju imena poznatih osoba (celebrities) u praksi europskih institucija (CTM 642777

Znak koji nema razlikovni karakter u odnosu na proizvode ili usluge za koje je zatražena registracija neće se registirati. U okviru ovog apsolutnog razloga, ispitivač mora procijeniti razlikovni karakter prijavljenog znaka u odnosu na proizvode i/ili usluge za koje se traži zaštita znakom. Ispitivač će razlikovni karakter procjenjivati gledajući znak u cjelini, ne secirajući ga i procjenjujući razlikovnost samo njegovih elemenata.

Zaključno napominjemo da je pitanje znakova koji nemaju distinktivna karakter ipak prvenstveno faktično pitanje, pa se trebaju pri tome uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, eventualna ranija uporaba znaka, reakcije u gospodarskom prometu i slično.

c) Deskriptivni znakovi

Prema čl.6 quinquies B. st.2. Pariške konvencije odbit će se registracija žiga kad je bez ikakvog distinktivnog obilježja ili kad je isključivo sastavljen od znakova ili obilježja koji bi mogli poslužiti u trgovini da označe vrstu, kvalitetu (kakvoću), količinu, namjenu, vrijednost, mjesto podrijetla proizvoda ili vrijeme proizvodnje, ili za označavanje drugih karakteristika proizvoda..

Ovi znakovi u pravnoj literaturi koji se odnose na podatke o robi ili uslugama nazivaju se i deskriptivnim ili opisnim znakovima (engl. descriptive trade marks), koji kao opće dobro ne mogu uživati žigovnu zaštitu, jer proizvode odnosno usluge samo opisuju umjesto da ih individualiziraju.⁵⁵

Naime iz zakonske definicije žiga iz čl.2. ZOŽ-a izvodi se jedno od temeljnih načela u žigovnom pravu – načelo razlikovanja ili distinktivnosti, po kojem žig mora biti, između ostalog, upravo razlikovan znak. Za razliku od ranijeg ZIV-a⁵⁶, odredba čl.5.st.1.toč.3. ZOŽ-a pravilno interpretira

«Phil Collins», CTM 630566 «Diana, Princess of Wales», CTM 513663 «Mozart», CTM 2152007 «Zinedine Zidane»). Imena državnih suverena i vođa nisu distinktivna (vidi rješenje BoA, R – 198/04-4, kojim se odbija registracija žiga «Queen Elizabeth II»).

⁵⁵ Vlašković, B., Deskriptivni znaci u pravu o žigovima, Prizma, Kragujevac, 1996., str. 11.

⁵⁶ Naime Pariška konvencija govori o žigovima koji su isključivo sastavljeni od navedenih znakova, dok čl.30.st.1.toč.3. ZIV-a navodi da se ne može kao žig zaštititi znak koji označava određene karakteristike robe ili usluga. Tako i presuda VPS, br.U-4/67-3, od 11.11.1968.

i slijedi citiranu odredbu Pariške konvencije, jer je ovdje bitno utvrditi sadrži li prijavljeni znak isključivo deskriptivni znak, a ne da li opisni znak ima isključivo deskriptivno značenje ili ima i druga neopisna značenja.⁵⁷

Naš ZOŽ tako regulira da se žigom neće zaštititi znak koji se sastoji isključivo⁵⁸ od oznaka ili podataka koji u prometu služe za označavanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnog podrijetla⁵⁹, vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluga ili za označavanje nekih drugih obilježja proizvoda ili usluga.

Kad govorimo o prvoj podvrsti opisnih znakova koji se sastoje isključivo od oznaka ili podataka koji u trgovini služe za označavanje vrste, kakvoće, vrijednosti i količine proizvoda ili usluga, te oznake ili podaci mogu biti izraženi verbalno⁶⁰ ili grafički⁶¹. Također i oni znakovi koji

⁵⁷ Ukoliko neki znak pored opisnog ima i neka druga značenja koja nisu deskriptivna već razlikovna, tada ne bi postojali razlozi za uskratu zaštite takvog znaka kao žiga. Ipak i u tim situacijama moguće je da neki takav žig se može zaštititi u dvije ili više zemalja, ali zbog razlika u značenju toga žiga u pojedinim zemljama njegova uporaba nije uvijek oportuna. Primjerice u SAD i u Meksiku može se valjano zaštititi žig CHEVROLET NOVA kao znak za novi tip automobila, ali će rijetko koji Meksikanac kupiti novi tip automobila koji "no va" (koji ne ide – prev.aut.).

⁵⁸ Pojam 'isključivo' odnosi se na dodatne razlikovne elemente koje znak može sadržavati, a ne na jedino značenje znaka. Npr. složenica Doublemint u odnosu na gume za žvakanje može imati više značenja, može značiti gume za žvakanje s pojačanim okusom pepermintu ili s dva različita okusa pepermintu. Ispitivač mora utvrditi da je barem jedno od mogućih značenja u odnosu na proizvode i usluge opisno. U tom slučaju znak će biti odbijen. Navedeno je utvrđeno presudom ECJ-a, 'Doublemint', C-191/01). Ispitivač ne mora dokazati da je ovakav opisni znak već u upotrebi, već se ovaj apsolutni razlog primjenjuje pod pretpostavkom da bi znak mogao biti korišten vezano uz prijavljene proizvode ili usluge. To proizlazi i iz dijela odredbe "može služiti" (prema presudi ECJ-a upredmetu 'Doublemint', C-191/01). Cit. DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, Zagreb, 2007.

⁵⁹ DZIV će zemljopisne pojmove smatrati opisnima samo ako se u relevantnom dijelu javnosti povezuju sa proizvodima ili uslugama za koje se traži zaštita, ili bi u budućnosti mogli biti korišteni kao oznaka zemljopisnog podrijetla za te proizvode i/ili usluge. (prema presudi ECJ-a, 'Chiemsee', C-108-109/97).

⁶⁰ U praksi su poznati primjeri uskrate zaštite za znakove "FOTONEGATIV", "BAKELIT", " 50 KN ", "SOMMA", "DOLAR", "GRAM" " 220 V ", "PROSAT-HMAN", "MINI KUHINJA", "TOKYO MUSIC FESTIVAL", "IDEAL MILK", "SUPER MILK", " 2 kg", " 500 KOM ", "PRIMA", " TOP", "EXTRA", "EXCLUSIVE", "PERFECTION", "WE SOUND BETTER" i sl.

upućuju na namjenu proizvoda ili usluga predstavljaju opće dobro, može ih svatko upotrebljavati te stoga ne mogu uživati žigovnu zaštitu odnosno ne mogu biti zaštićeni samo u korist jednog nositelja žiga.⁶²

Ipak napominjemo da jedna oznaka ili podatak, koji su isključeni od zaštite u odnosu na određenu vrstu proizvoda ili usluga, mogu biti prikladni da učine razlikovnom neku drugu vrstu proizvoda ili usluga pa im se u tom slučaju neće odbiti zaštita.⁶³ Pri tome je odlučno shvaćanje u gospodarskom prometu odnosno poslovni običaji i uzance. Poznati su slučajevi u inozemnoj praksi, primjenjivi i kod nas, gdje je zaštita određenih znakova odbijena⁶⁴, što ne znači da isti znakovi nisu pogodni za zaštitu u odnosu na neku drugu robu ili usluge za koje bi imali u potpunosti razlikovni karakter. Također je praktično mogući slučajevi gdje su fine nijanse između znaka koji sadrži podatke o robi te fantastičnog odnosno distinktivnog znaka, a naročito kada se radi o asocijativnoj svezi znaka i karakteristike proizvoda.⁶⁵

Kada je riječ koja predstavlja generični pojam i označava isključivo vrstu robe zaštićena kao žig, takav žig poništiti će se po zahtjevu koji može podnijeti svaka osoba.⁶⁶

Nadalje od žigovne zaštite isključeni su znakovi koji se sastoje od oznaka načina i vremena proizvodnje, tako da se ovdje može raditi o ver-

⁶¹ Primjerice odbijeni su znakovi sa slikom naliv-pera (IR 366934) i slikom četkice za zube (IR 385626).

⁶² Primjerice znak "FOR BRUNETTES ONLY" (Ž.643/74). Postoje dvojbe glede registracije znaka koji indirektno ukazuje na namjenu robe (npr. znak "STEP" za uloške za cipele, IR 439/82 ili priznati znak "4 WAY" za farmaceutske proizvode po presudi SS, br. Us-514/79, od 16.1.1980.), međutim možemo se prikloniti onom stajalištu koji isključuje od zaštite kao žiga onog znaka koji neposredno upućuje na namjenu robe, dok bi se posredno upućivanje, koje traži misaoni napor potencijalnog korisnika ili kupca, toleriralo.

⁶³ Primjerice "TELEFON" kao žig za cigarete, ili "KLJUČ" za trikotažu, te "EXTRA VIOLA" za farmaceutske proizvode.

⁶⁴ Tako je uskraćena žigovna zaštita znakovima "EXACTUS" za satove, "DURABLE" za tekstil, "MULTEYES" za optičke proizvode, "POPULAIRE" za cigarete i duhanske proizvode i dr.

⁶⁵ Tako se ne mogu štititi znakovi "MALEN", "PICCOLO", "VELIKI" i sl., za razliku od mogućih žigova "LILIPUT" ili "GOLIJAT".

⁶⁶ Vidi presudu VpS, SI-683/70, od 22.12.1970. O poništenju žiga detaljnije kod Zlatović: Modaliteti prestanka žiga u novom hrvatskom žigovnom pravu, Godišnjak 7, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2000., str.552.

balnim znacima izraženim jednom ili više generičnih riječi, kovanica⁶⁷, dodacima⁶⁸, sintagmama⁶⁹ i sl.

Najsloženije pitanje distinktivnosti znakova javlja se kod podvrste znakova koji se sastoje od imena mjesta odnosno oznaka zemljopisnog podrijetla.⁷⁰ Oznakom zemljopisnog podrijetla štiti se naziv mjesta u užem smislu riječi (lokalitet), područja ili, u iznimnim slučajevima, zemlje iz koje potječe proizvod ili usluga, kakvoće, ugleda ili drugog svojstva koje se u biti smatra nastalim pod utjecajem zemljopisnog podrijetla. Tako su isključeni od žigovne zaštite nazivi rijeka, jezera, planina, odnosno sve zemljopisne oznake neovisno što ih zakon takstativno ne nabraja.

U smislu ZOŽ-a pod zemljopisnim podrijetlom smatra se mjesto koje ukazuje na podrijetlo proizvoda, koje se sastoji od geografske oznake odnosno naziva jednog užeg lokaliteta, zatim od imena neke općepoznate ulice, gradske četvrti i sl.⁷¹ Posebna se pozornost kod ispitivanja pridaje prevarnom korištenju ovih oznaka u cilju dovođenja potrošača u zabludu glede podrijetla robe ili usluge. Kod toga se odbija zaštita i znakova koji nisu doslovni ali su slični oznakama zemljopisnog podrijetla.⁷²

Zaštita se može odobriti onim zemljopisnim oznakama za koje je notorno poznato da ne mogu predstavljati mjesto proizvodnje⁷³ ili za koje je

⁶⁷ Vidi slučaj znaka "SONNIGER SEPTEMBER", BpatGE 10/120.

⁶⁸ Npr. "NAČIN", "SUSTAV", "A LA" .

⁶⁹ Zanimljivo je da je u Njemačkoj odbijena zaštita primjerice znaka "MAERZENBIER", jer su isključene od zaštite sintagme sa naznakom godišnjeg doba, mjeseca, dana u tjednu ili dijela dana .

⁷⁰ Radi se o posebnoj vrsti industrijskog vlasništva, u nas uređenim Zakonom o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga ("Narodne novine", br.173/03 i 76/07). Više kod Čizmić: Zaštita naziva podrijetla u hrvatskom pravu, Informator, br. 4403, od 18.5.1996., str.16-17.

⁷¹ Primjerice znakovi "EUROP", "GERMANIA", "HELVETIA", "SAHARA", "DALMATINAC", "ŠIBENIK", "ILICA", "MAKSIMIR", "SPLIČANIN", "CHAMPS ELYSEE", "YORK TRAILERS" i sl. U praksi OHIM-a nalazimo na različitu praksu ovisnu o klasama proizvoda ili usluga za koje se zaštita traži, jer su tako prihvaćeni žigovi MALLORCA, KENT, SUDAN i TOGO, a dobijen žig WIEN.

⁷² Poznat je slučaj odbijanja zaštite znaka "CUTINA" ili "BARY" koji su slični nazivima gradova Kutina i Bari.

⁷³ Primjerice znak koji sadrži isključivo ime vrha neke planine predstavlja distinkti van znak i može uživati zaštitu kao žig. Ali odbijena je u Njemačkoj primjerice zaštita znak "SAMOS" za informatičku opremu iako se radilo o doduše velikom, poznatom i

podnesena međunarodna prijava za registraciju a zaštićena je u matičnoj zemlji⁷⁴. U praksi postoje dvojbe glede zaštite turističkih motiva kao žigova, ali mišljenja smo da takvi znakovi, posebice oni grafički odnosno likovno riješeni, imaju svojstvo originalnosti pa i sve kondicije za zaštitu žigom.⁷⁵

Oznaka zemljopisnog podrijetla ne uključuje samo određeni geografski pojam već može egzistirati i kao oznaka podrijetla bez sadržavanja zemljopisnog naziva.⁷⁶

Znak koji isključivo označava ime mjesta, prema starijoj praksi može se izuzetno zaštititi kao robni žig ako je kontinuirano upotrebljavan za obilježavanje određenih roba određenog proizvođača u razdoblju koje predstavlja značajno vremensko razdoblje. Tako je poznat slučaj žiga "NEWPORT" za obilježavanje cigareta, za koje je proizvođač uspio ishoditi zaštitu stojeći na stajalištu da taj znak ne označava isključivo ime mjesta, nego da ta riječ označava i osobna imena, da znak uzet sam za sebe nije podoban da odredi geografsko podrijetlo, da ga rabi desetljećima, te da na ovim prostorima ne može stvoriti nikakvu zabunu glede podrijetla robe, jer da prosječnom potrošaču može ukazivati samo na američko podrijetlo, koje uistinu i jeste. Sud je u ovom slučaju stao na stajalište da se samo u iznimnim slučajevima ovakvom znaku može dati zaštita. Zaštita se takvom znaku može dati samo ako je ispunjena određena pretpostavka za to a koja se očituje u sljedećem: ako bi takav znak, koji se sastoji isključivo od riječi – riječi same za sebe- bez ikakvih distinktivnih obilježja, kojim se označava ime mjesta - kontinuirano rabio za obilježavanje određenih roba određenog proizvođača u razdoblju koje predstavlja značajno vremensko razdoblje, onda bi takav znak u tom razdoblju svojim stalnim postojanjem i korištenjem dobio novi sadržaj i tako dobio nov i samostalan pojam. Takav znak, zbog takve uporabe i novog sadržaja mogao bi se zaštititi. Takav znak svojom stalnom pojavom na tržištu, a

slabo razvijenom otoku, ali gdje je moguće da u daljnjem industrijskom razvoju dođe do proizvodnje takve robe.

⁷⁴ Primjerice žig "HEIDELBERG" zaštićen u Njemačkoj. Naime može biti slučaj da znak koji sadrži isključivo oznaku mjesta može kao općepoznat i uslijed duge uporabe ishoditi žigovnu zaštitu (npr. WINCHESTER ").

⁷⁵ Primjerice znakovi koji sadrže grafizme Nacionalnog parka Krka ili Plitvice, odnosno šibenske katedrale Sv. Jakova, zvonika Sv. Duje u Splitu i sl.

⁷⁶ Primjerice "DINGAČ" ili "POSTUP".

vezan za određenu robu i određenog proizvođača s vremenom se otuđuje od prvotnog značenja i u svijesti javnosti te u privrednom prometu, izaziva poseban i svojstven pojam različit od prvobitnog značenja te riječi. Takav znak odvojen od svog izvornog značenja mogao bi se zaštititi kao žig jer je postao pogodan i podoban da izvrši osnovne funkcije žiga. Ovo naročito i zbog toga što takav znak, uslijed novog sadržaja u označavanju novog pojma, ne može ugroziti interese trećih osoba, koji bi takav znak koristili u njegovom prvotnom značenju, budući bi takav znak upotrijebljen u prvotnom značenju ostao u javnoj domeni.⁷⁷

Zaštita znaka sa zemljopisnom oznakom kao žiga moguća je ako prema *prima facie* utisku isti nije u potpunosti generičan odnosno nema prijtarne efekte niti asocijacije.⁷⁸ Naime naš zakon slijedeći rješenja iz europskog žigovnog prava odbija zaštitu znaka koji svojim izgledom može dovesti u zabludu javnost, posebice u odnosu na zemljopisno podrijetlo, vrstu, kakvoću ili neko drugo obilježje proizvoda ili usluga (čl.5.st.1.toč.7.).

U ovoj odredbi izostavljen je ranije korištena sintagma “ prosječni potrošač” kao kriterij za ocjenu prikladnosti znaka za zaštitu žigom. Iz dugogodišnje prakse proizašlo je da je raniji termin prilično nepouzdan kriterij, s obzirom da postupak priznanja provode stručne osobe u Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo, koje uz stručno znanje i višegodišnju praksu teško mogu fingirati ulogu prosječnog potrošača. Kako osim potrošača odnosno korisnika usluga u gospodarskom prometu sudjeluju i trgovci na veliko i malo, distributeri, dobavljači i drugi sudionici u prometu, to je sadašnji termin “javnost” adekvatniji ne samo za Državni zavod, nego i za sudove koji odlučuju o povredi žiga.⁷⁹ Na ovaj način ZOŽ je usklađen sa Pariškom konvencijom koja također, kao i brojna usporedna zakonodavstva, ne poznaje kriterij “prosječnog potrošača”.

Posebno ZOŽ uvažava specifičnosti vinarstva i vinske industrije kada određuje da se žigom neće štiti znak za vina koji sadržavaju ili se sastoje od oznake zemljopisnog podrijetla kojom se identificiraju vina ili jaka alkoholna pića, a odnosi se na vina ili jaka alkoholna pića koja nisu tog

⁷⁷ Vidi presudu VpS, U-5/67, od 11.11.1968.

⁷⁸ Primjerice ne može se zaštititi verbalni znak “FRANCUSKA SALATA” na ime hrvatske firme.

⁷⁹ Žigovi mogu sadržavati pojedine distinktivne dijelove za koje prosječni potrošači i ne mogu znati da kao takvi jedino i uživaju žigovnu zaštitu.

zemljopisnog podrijetla (čl.5.st.1.toč.9.). Kod toga je bitno napomenuti u odnosu na toč.3. istog članka ZOŽ-a da je u ovom slučaju ograničenje šire određeno, jer se ne traži da je takva oznaka isključivi sastojak znaka nego je sama pojava te oznake u znaku razlog za isključenje od zaštite, neovisno što znak može sadržavati i druge distinktivne sastojke.⁸⁰

Kod ove podvrste razloga za isključenje od žigovne zaštite nužno je imati stalan i recentan uvid u komparativnu praksu i zakonoslovlje, te u svakom pojedinom slučaju sagledati reakciju javnosti .

d) Slobodni znakovi

Polazeći od rješenja iz čl.6. quinquies B.st.1.toč.2. Pariške konvencije, naš ZOŽ određuje u čl.5.st.1.toč.4. da se žigom neće zaštititi znak koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji su postali uobičajeni u svakodnevnom govoru ili u dobroj vjeri i ustaljenoj trgovačkoj praksi. I ovdje treba obratiti pozornost na redakciju navedene zakonske odredbe, koja je drugačija u odnosu na ranije rješenje iz ZIV-a, odnosno na činjenicu da se za postojanje okolnosti za zabranu traži da znak isključivo sadrži narečene oznake ili podatke, što znači da ukoliko znak uz te podatke sadrži neke druge distinktivne elemente postoji mogućnost zaštite takvog znaka žigom sukladno zakonu.

Znači pod navedenim kondicijama znak koji je inače bio prikladan za razlikovanje roba ili usluga, ali je taj element s vremenom izgubio, odnosno postao općim dobrom dostupnim svakome, jer se pretvorio u uobičajenu oznaku određene robe ili usluga, ne može uživati žigovnu zaštitu ukoliko je isključivi sadržaj potencijalnog žiga.

Ovakvi znakovi u pravnoj teoriji nazivaju se slobodnim ili vulgariziranim znakovima (njem. Freizeichen)⁸¹, jer su raspoloživi za korištenje svim zainteresiranim osobama budući da nitko na njima nema neko apsolutno pravo. Radi o znaku koji je uslijed dugotrajne i raširene uporabe, te posebice naglašene propagande ušao u svijest potrošača i izgubio distink-

⁸⁰ Primjerice ne bi se mogao zaštititi znak “ CRVENI CHAMPAGNE IVIĆ” za alkoholna pića ili “NOĆNI ZUERICH” za satove. Za praksu OHIM-a upućujemo na slučaj odbijanja žiga DUQUE DE VILLENA (CTM 1215540) za razred 33. – vina.

⁸¹ Usp. Giefers: Markenschutz, Haufe Verlag, Freiburg i. Br., 4.Auf., 1995., str.50; David – Honsell – Vogt: Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2.Aufl., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

tivnost te postao gotovo sinonimom za tu vrstu robe, odnosno koji je postao pojmom kao sastavnim dijelom suvremenog jezika.⁸²

Ipak u praksi nije jednostavno utvrditi činjenicu slobodnog znaka, jer je pitanje gubitka razlikovnosti znaka uslijed njegovog poistovjećivanja sa određenom vrstom robe i uobičajene široke upotrebe istog kao naziva takove robe u prometu vrlo složeno i traži detaljnu raspravu i precizno utvrđenje svih relevantnih činjenica u svakom pojedinačnom slučaju, uz stalno praćenje domaće i međunarodne trgovinske prakse i usporedne pravne prakse. Kod znaka kod kojeg ispitivač utvrdi da se sastoji isključivo od generičkog pojma, neće se u obzir uzimati opisni karakter. Znak koji će se odbiti na temelju apsolutnog razloga generičnosti, ne može istovremeno biti odbijen i na temelju apsolutnog razloga opisnosti.⁸³

Ovo pitanje može se pojaviti i za trajanja zaštite nekog žiga koji je postao generičnim a ne više distinktivnim znakom, što može biti temelj za pokretanje odgovarajućeg postupka prestanka žiga.⁸⁴

Pojedini znak uživa pravnu zaštitu u jednoj zemlji (npr. ASPIRIN za tablete u Kanadi), ali ne može dobiti zaštitu u drugoj jer se taj isti znak smatra generičkim pojmom (npr. BAYER aspirin u SAD, ali ne i BAYER ASPIRIN, s obzirom da se u SAD riječ aspirin koristi kao generički pojam).

e) Protuzakoniti i nemoralni žigovi

Ne može se zaštititi kao žig onaj znak koji je protivan javnom interesu ili prihvaćenim moralnim načelima u smislu čl.5.st.1.toč.6. ZOŽ-a 2003., ili kako je to određivao ZOŽ iz 1999. koji je protivan javnom poretku i ćudoređu prema. Dakle ne rabi se više ranija sintagma iz odgovarajućeg čl.30.st.1.toč.1. ZIV-a – “protivan zakonu ili moralu”, jer je pojam “javni interes” precizniji i širi u odnosu na “zakon”, a ranija stipulacija bila je suviše uopćenog karaktera..Time se u cilju daljnje harmonizacije doma-

⁸² Primjerice pojmovi kalodont, najlon, celofan, vazelin i sl. proizašli od ranijih poznatih žigova, ili pojmovi magnetofon, geštetner, singer, dizel i sl. proizašli iz imena izumitelja i nositelja istoimenih žigova, koji su postali slobodnim znakovima po isteku patentne zaštite.

⁸³ Prema presudi ECJ-a u predmetu BRAVO, C-517/99.

⁸⁴ Usp. Zlatović, D., Modaliteti prestanka žiga u novom hrvatskom žigovnom pravu, Godišnjak br.7. „Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse“, Organizator, 2000.

ćeg zakonodavstva slijede međunarodna rješenja jer prema čl.6 *quienquies B*, st.1.toč.3. Pariške konvencije, znak neće biti zaštićen žigom ako je protivan moralu ili javnom poretku, a naročito ako može biti prevaran.⁸⁵

Citirana odredba prvenstveno se odnosi na znakove protivne ćudoređu i dobrim običajima, jer su žigovi protivni zakonu rijetka pojava u praksi.⁸⁶ Naime svi žigovi isključeni od zaštite su *contra legem*. Kako javni poredak jedne države čine prvenstveno imperativne norme, i to ne samo zakoni nego cijeli pozitivni pravni sustav različite razine i snage pojedinih pravnih propisa, u praksi možemo naći primjere povrede odredaba određenih pravnih propisa. Primjerice, znak koji sadrži tuđe likovno autorsko djelo, ne može biti zaštićen žigom. Javni interes još je širi pojam od javnog poretka, te podrazumijeva ne samo društvene norme uobličene u zakonska i druga pravna rješenja, nego i sve općeprihvaćene društvene norme.

U odnosu na znakove protivne ćudoređu, radi se o znakovima “*mala fide*” kojima se vrijeđaju nacionalni, vjerski, spolni, rasni i drugi osjećaji, i to kako riječima (neprikladna uporaba imena ili naziva, psovke i sl.) ili grafizmima (pornografski crteži, vinjete, slike i sl.).⁸⁷ U nas nije formirana šira praksa na ovom području za razliku od bogate inozemne prakse.⁸⁸ U teoriji prevladava stajalište da se prigodom raspravljanja podobnosti za žigovnu zaštitu religioznih pojmova, imena poznatih junaka iz povijesti i narodne baštine, božanstava, svetaca i čuvenih ljudi treba svestrano ocjeniti okolnosti svakog slučaja, bez apriornog negativnog određenja glede mogućnosti zaštite tih oznaka žigom. Kod toga bi primarno trebalo kao kriterije utvrditi očuvanje postignute vrijednosti tih pojmova ili nazi-

⁸⁵ Slično i u Modelu zakona o žigu WIPO-a koji u čl.5(1)(e), štp primjerice podrazumijeva i uskratu opscenih slika i simbola javnih ustanova ili zabranjenih političkih stranaka kao mogućih priznatih žigova.

⁸⁶ Vidi slučaj znaka “*COSA NOSTRA*”, BpatG, GRUR 1996, S.408.

⁸⁷ Proizvođač sportske opreme UMBRO uklonio je robnu marku “*ZYKLON*” sa svoje sporstke obuće nakon prosvjeda židovskih organizacija da je uporaba tog naziva uvreda svim žrtvama holokausta, jer su nacisti prigodom pogubljenja Židova tijekom Drugog svjetskog rata rabili smrtonosni insekticid Zyklon B.

⁸⁸ Po ovoj osnovi po ranijoj praksi odbijeni su primjerice znakovi “*Antikrist*”, “*Antibog*”, “*Penny’s*”, “*Kidnapper*”, “*SOS*”, “*MAKRO*”, “*PEDOFIL*”, “*ANARHIST*”, naci-simboli i sl.

va, vrsta i karakter robe ili usluga koje se označavaju tim riječima, te njihovo čuvanje od zlouporabe, vulgarizama i banalizacije.⁸⁹

Kod toga treba voditi računa o stalnim promjenama i prilagodbe ćudoređa i običaja novim društvenim okolnostima, jer neki znak koji još jučer ne bi mogao biti zaštićen radi moralne upitnosti, već poslije kratkog vremena biva sasvim podoban i bez amoralnih asocijacija u odnosu na javno mijenje i stavove društvene sredine. Isto se, ako ne i u znatnijem izrazu, odnosi na vrtoglave promjene u trgovačkim ili poslovnim običajima, koji uslijed izražene brzine razvitka tehnologije, tržišta i trgovačkih odnosa traže još veću fleksibilnost i stalno praćenje aktualnog stanja, pa i kad je zaštita žiga u pitanju.

Prema tome na Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo je odgovoran, stručan i trajan zadatak da prateći suvremene društvene trendove i stajališta javnost u svakom pojedinom slučaju formira pravilan stav koji bi štiti javni moral i poredak a u isto vrijeme ne bi bio kočnica modernim i brzim oblicima novih raznolikih gospodarskih i tržišnih pojavnih oblika.

I na strani potencijalnog nositelja žiga je odgovornost kod izbora i stvaranja znaka kako isti ne bi bio protivan postojećim propisima koji reguliraju pitanja prometa određenih roba, posebice pića i proizvoda od duhana, odnosno njihovog reklamiranja.

f) Javne, državne i međunarodne oznake

Naš zakon u čl.5.st.1.toč.8. i 10. izuzima od žigovne zaštite i znakove koji nemaju odobrenje nadležnih tijela i koji moraju biti odbijeni prema čl.6.ter Pariške konvencije, odnosno koji sadržavaju naziv ili kraticu, državni grb, amblem, zastavu ili drugi službeni znak Republike Hrvatske ili nekog njezina dijela te njihovo oponašanje, osim uz odobrenje nadležnog tijela Republike Hrvatske.

Za pravilnu i potpunu interpretaciju ove odredbe treba konzultirati čl.6 ter Pariške konvencije, kojeg smo uvodno raspravili . Dodatno napominjemo da se ograničenja i mjere iz citirane odredbe Pariške konvencije primjenjuju na državne zastave samo na žigove registrirane nakon 6.stu-

⁸⁹ Primjerice ne bi se mogao koristiti i zaštititi znak "Da Vinci" za boje ili platno loše kvalitete odnosno isključen bi od zaštite bio znak u riječi "Chopin" za audio tehniku slabih performansi zvučne slike.

denoga 1925. godine, a u slučaju zle namjere, zemlje članice imaju mogućnost brisanja i žigova registriranih prije navedenog datuma, ako sadržavaju državne ambleme, znakove i punce. Također su se ovom Konvencijom zemlje članice obvezale zabraniti u trgovini neovlaštenu uporabu državnih grbova drugih zemalja članica kada bi ta uporaba bila takve naravi da dovodi u zabludu o podrijetlu robe.

Držimo da zakonska odredba pokriva sve državne oznake pa tako i odlikovanja iako nisu eksplicitno navedena. Međutim naročitih propisa o izdavanju prethodnih dozvola za registracijom takvih žigova nema. Što više Zakon o grbu, zastavi i himni Republike Hrvatske te zastavi i lenti predsjednika republike Hrvatske ("Narodne novine", br.55/90, 26/93 i 29/94) dopušta uporabu dijelova grba ili zastave Republike Hrvatske kao sastavnog dijela drugih amblema odnosno znakova, pod uvjetima da se time ne vrijeđa ugled i dostojanstvo Republike Hrvatske te da je takova uporaba predviđena statutom ili drugim propisom pravnih osoba. Iako je doduše ovakva uporaba određena kao iznimka i u korist samo pravnih, a ne i fizičkih osoba, uvjeti su preopćenito regulirani. Bilo bi korisnije da se ovim zakonom precizno propisalo tko je ovlašten davati prethodne dozvole za korištenje državnih simbola u trgovinske svrhe, jer smo svjedoci raširene i raznolike upotrebe ovih oznaka u trgovini koja često prelazi razinu dobrog ukusa. Kako se radi o starijem propisu trebalo bi ga uskladiti sa konvencijskim odredbama i rješenjima iz ZOŽ-u kako bi se izbjegli mogući sporovi i zaštitilo državno znakovlje kako to priliči modernim državama.

Držimo da se izrazi kao što su "Croatia" ili njene izvedenice, mogu upotrebljavati bez prethodne dozvole. Verbalni ili figurativni znakovi koji sadrže riječi Hrvatska ili CRO, ili pak kraticu RH, bit će odbijeni jedino ako se utvrdi da ovakav znak dovodi u vezu sa državom kao institucijom, odnosno ako će biti shvaćen kao aluzija na službeni znak ili su navedene riječi opisne u odnosu na drugi dio znaka. Ispitivač će u obzir uzeti i postojanje dodatnih razlikovnih elemenata znaka. Kad je u pitanju državna zastava bitna je kombinacija boja, pa je prema čl.5. ZOŽ-a zabranjeno bez prethodne dozvole registrirati znakove koji sadrže već samu kombinaciju boja izraženu u poznatom rasporedu trikolora. Pojedine boje državne zastave naprotiv, ako nisu upoređene ili ne stoje jedna do druge kao i na državnoj zastavi, mogu se nalaziti na žigu.⁹⁰

⁹⁰ Za stariju praksu na ovim prostorima kod Šuman: Zakonski propisi iz oblasti industrijske svojine, Zagreb, 1931., str.59.

Od zaštite su prema čl.5. ZOŽ-a isključeni ne samo žigovi, koji predstavljaju javne grbove u svojoj potpunosti, nego i žigovi koji su toliko slični sa kakvim državnim ili javnim grbom, da se u gospodarskom prometu mogu smatrati identičnima. Slobodno je uporabiti pojedine dijelove jednog grba kao sastavne dijelove jednog žiga, ako se u njima ne predstavlja sam grb u njegovim bitnim heraldičkim elementima.⁹¹

Još je Zakonom o robnim i uslužnim žigovima iz 1961. godine bilo propisano da se ne može zaštititi kao žig onaj znak koji predstavlja naziv, skraćenicu naziva ili znak Crvenog križa (čl.3.st.1.toč.7.). Ovakvu odredbu ispuštaju svi kasniji propisi uključujući važeći ZOŽ. Međutim to ne znači da je upotreba znaka Crvenog križa dozvoljena u gospodarskom prometu, odnosno da se radi o slobodnom znaku.

Status međunarodne organizacije Crvenog križa proizlazi iz Ženevskih konvencija od 12.kolovoza 1949.godine i njihovih dopunskih protokola. U slučaju neutralnog posrednika u slučaju oružanih sukoba ili nemira, Međunarodni komitet Crvenog križa, zajedno sa ligom društava Crvenog križa i Crvenog polumjeseca te takova nacionalna priznata društva, pokušava osigurati vlastitom inicijativom ili na temelju Ženevskih konvencija, zaštitu i pomoć žrtvama međunarodnih i građanskih ratova, kao i unutarnjih nemira i zategnutosti, te na taj način doprinosi miru u svijetu. Znak crvenog križa ili crvenog polumjeseca na bijeloj podlozi, simbol pomoći ranjenima i bolesnima, služi za označavanje zgrada, uređaja, prijevoznih sredstava, te osoblja i materijala koji imaju pravo na zaštitu. On se prema ovim međunarodnim aktima ne smije upotrebljavati u druge svrhe, niti postavljati bez odobrenja nadležne vlasti, Uvijek ga se mora strogo poštovati.

U Republici Hrvatskoj ova materija regulirana je bila prvo Zakonom o zaštiti znaka i naziva Crvenog križa („Narodne novine“, broj 75/93), a danas i odredbama Zakona o Hrvatskom crvenom križu („Narodne novine“, broj 92/01 i 28/03), koji, s obzirom na navedenu šutnju ZOŽ-a, predstavljaju i svojevrsni supsidijarni izvor žigovnog prava kod nas.

Znak Crvenog križa je križ jednakih krakova crvene boje na bijeloj podlozi, koji se rabi kao znak obilježavanja, pripadnosti i zaštite, suklad-

⁹¹ Neka zakonodavstva imaju i šira ograničenja. Tako britanski TMA 1994 propisuje da nije moguće, bez odobrenja, registrirati različite vojne odore, zastave, grbove i predstavnike kraljevske obitelji. Usp. Cornish: Intellectual Property, 3.ed., Sweet & Maxwell, London, 1996., str.596.

no Ženevskim konvencijama. Pravo na naziv Crvenog križa ima samo Hrvatski crveni križ kao nacionalna i humanitarna društvena organizacija ili njegova tijela. Nitko ne može uporabljivati znak ni naziv Crvenog križa ako Ženevskim konvencijama i posebnim zakonom nema na to pravo, odnosno nije za to ovlašten. Narečenim zakonom propisana je uporaba ovog znaka kao znaka obilježavanja, znaka pripadnosti te znaka zaštite. Nadzor nad izvršavanjem tog zakona obavljaju Ministarstvo zdravstva i Ministarstvo obrane, svaki u okviru svog djelokruga. U obavljanju tog nadzora nadležni organi imaju pravo i dužnost narediti uklanjanje znaka Crvenog križa koji se rabi, odnosno nosi protivno zakonskim uvjetima.

Prema tome znak Crvenog križa se ne može rabiti za označavanje roba ili usluga u gospodarskom prometu u smislu pojma i svrhe žiga kao znaka razlikovanja roba odnosno proizvođača. I onda kada se isti nalazi na određenim robama (sanitetski materijal i sl.) isti nema funkciju žiga, odnosno ne služi za razlikovanje roba različitih sudionika u prometu, već to znači da se radi o robama obilježenim ovim znakom na temelju posebnih propisa sa područja zdravstva ili obrane koji tretiraju znak Crvenog križa kao znaka obilježavanja ili zaštite .

Pri tome napominjemo da žigovnu zaštitu ne mogu uživati ni znakovi koji podražavaju službeni znak Crvenog križa, niti oni koji predstavljaju prijevog naziva Crvenog križa (npr. Crveni krst, Red Cross i sl.) ili njegovu kraticu.⁹²

Prema čl. 1.st.3. ZOŽ-a iz 199.godine žigom se nisu smatrali pečat, štambilj i punca – službeni znak za obilježavanje dragocjenih kovina, mjera i sl. Odredba ovakvog sadržaja bila je sadržana još u čl.6. prvotnog teksta Pariške konvencije, a sada se nalazi u odredbi čl.6 ter st.10. Stokholmskog akta iste konvencije. Iako ova odredba nije uključena u uvjete zaštite iz čl.5. ZOŽ-a iz 2003.,kao niti u definicijsku zakonsku odredbu o žigu iz čl.2. ZOŽ-a, s obzirom na činjenicu da punce predstavljaju originalnu tvorevinu na kojima država ima direktno pravo, ipak možemo zaključiti da se i ovdje radi o apsolutnom razlogu za isključenje. Zakonska zabrana odnosi se i na sve znakove koji su slični službenim znakovima.

⁹² Tako i Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str.169.

Pečat i štambilj⁹³ u upravnom ili drugom oficijelnom postupku služe za potvrđivanje vjerodostojnosti akata, kojima se državni organi, tijela i pravne osobe koja imaju javne ovlasti međusobno ophode ili ih upućuju pravnim osobama i građanima. Pečat je okruglog oblika, izrađen od gume ili drugog odgovarajućeg materijala a služi za otiskivanje na papir ili drugu podlogu. Štambilj je okruglog oblika, izrađen od metala ili drugog odgovarajućeg materijala a služi za utiskivanje u papir ili drugu podlogu. Osim u upravnim i sudskim stvarima, u svakodnevnoj poslovnoj praksi vladajuće je stajalište o obveznoj uporabi pečata, odnosno da nema valjanog pravnog posla bez pečata. Takva poslovna praksa u inozemstvu, posebice kod velikih korporacija je gotovo napuštena. Međutim kod nas brojni propisi obvezuju trgovačka društva na izradu, čuvanje i obveznu uporabu pečata u poslovnoj komunikaciji.⁹⁴ Ove instrumente, s obzirom na njihovu funkciju, ipak moramo razlikovati od žiga kao oblika industrijskog vlasništva, što je ZOŽ i eksplicitno utvrdio.

Službeni znakovi za obilježavanje plemenitih kovina (punce) u Republici Hrvatskoj regulirani su posebnim propisima, od kojih izdvajamo Zakon o nadzoru predmeta od plemenitih kovina („Narodne novine“, broj 76/93), Pravilnik o oblicima državnih žigova („Narodne novine“, broj 107/93 i 73/03) i Naredbu o znaku proizvođača predmeta od plemenitih kovina („Narodne novine“, broj 9/94). Žigove za označavanje predmeta od plemenitih kovina čine osnovni oblik žiga za pojedinu plemenitu kovinu, oznaka stupnja čistoće plemenite kovine, osnovni mjeriteljski simbol, državna oznaka i znak proizvođača takvog predmeta. Sve ove oznake ne smatraju se žigovima u smislu propisa o industrijskom vlasništvu, jer ZOŽ implicate utvrđuje razliku između ovih znakova.⁹⁵

⁹³ Za štambilj se rabi i termin žig, kojeg bi trebalo razlikovati od žiga kao oblika industrijskog vlasništva. Vidi Zakon o pečatima i žigovima s grbom Republike Hrvatske („Narodne novine“, broj 33/95).

⁹⁴ O uporabi pečata u trgovačkoj praksi detaljnije kod Čuveljak: Uloga pečata trgovačkog društva u pravnom prometu, Godišnjak 6, „Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse“, Organizator, Zagreb, 1999., str. 421.

⁹⁵ Ovakva uporaba pojma žig za označavanje predmeta za obilježavanje vjerodostojnosti pravnih ili poslovnih akata odnosno za obilježavanje predmeta od plemenitih kovina, aktualizira pitanje podobnosti pojma žig glede njegovog korištenja za naziv jedne vrste industrijskog vlasništva. Kako je u poslovnoj i propagandnoj praksi česta upotreba drugih pojmova (marka, robni znak, robna marka, trademark) to se treba raspraviti

Iako to u odnosu na raniju odredbu čl.30.st.1.toč.6. ZIV-a sadašnji ZOŽ eksplicitno ne propisuje, zaštitu kao žig ne bi, dakle, mogao uživati ne samo znak koji sadrži službene znakove ili punce za kontrolu kvalitete i jamstvo kvalitete, nego ni znak koji ih oponaša.

g) Nedopušteni trodimenzionalni znakovi

Odredbom čl.5.st.1.toč.5. ZOŽ-a propisano je da se neće žigom zaštititi znakovi koji se sastoje isključivo koji proizlazi iz same vrste proizvoda, ili oblika proizvoda potrebnoga za postizanje određenog tehničkog rezultata, ili oblika koji proizvodima daje bitnu vrijednost.

Kako je ZOŽ formalno priznao zaštitu trodimenzionalnim žigovima, to je u uvjetima zaštite, sukladno poznatih suvremenim rješenjima država koje također poznaju zaštitu trodimenzionalnih žigova, predviđeno da se isključuju od zaštite oni oblici koji se sastoje isključivo iz oblika određenih karakterom odnosno prirodom robe.

Prigodom utvrđivanja može li se određeni znak zaštititi kao žig ili za to postoje konkretne apsolutne ili relativne zabrane, nužno je poći od definicije žiga te imati u vidu načelo jedinstva žiga po kojem žig čine znak i popis proizvoda ili usluga na koji se znak odnosi, te funkciju žiga da ukazuje na razlikovost roba ili usluga odnosno subjekata u gospodarskom prometu.

Znakovima navedenim u čl.5.st.1.toč.2., 3 i 4. ZOŽ-a neće biti odbijena registracija ako podnositelj prijave za registraciju žiga, dokaže da je znak prije dana podnošenja prijave slijedom njegove uporabe stekao razlikovni karakter u odnosu na proizvode ili usluge za koje je zatražena registracija.⁹⁶

Razlozi ograničenja u izboru žigova očituju se u javnom interesu da određeni znakovi moraju ostati slobodni i u općoj uporabi, pa je redovita pojava da se zakonima i međunarodnim aktima uređuju uvjeti žigovne zaštite. Naime, uporaba nekih znakova kao žigova, kad ne bi bilo sustavno određenih uvjeta zaštite, uzrokovala bi zabunu kod javnosti odnosno izazvala bi pomutnju na tržištu ili bi dovela do povrede zakona ili čudoređa.

da li je ovaj pojam pravilno odabran na području industrijskog vlasništva, ili se radi o pojmu zaostalom iz ranije pravne terminologije neprimjerene hrvatskom pravu.

⁹⁶ Vidi čl.5.st.2. ZOŽ-a. Ipak, moramo uputiti i na rješenje ECJ C-191/01 (DOUBLEMINT) u kojoj je navedeno kako ne znači da znak mora obvezno biti u uporabi u vrijeme ispitivanja kod OHIM-a.

h) Zabludni znakovi

Znak ne može biti registriran kao žig ako može javnost dovesti u zabludu, primjerice u odnosu na vrstu, kakvoću ili zemljopisno podrijetlo proizvoda ili usluga (čl.5.st.1.toč.7. ZOŽ-a). Pri utvrđivanju ovog apsolutnog razloga za odbijanje ne mora se utvrditi da se znak sastoji 'isključivo' od pojmova koji mogu dovesti u zabludu. Znak koji uz ovakav pojam sadrži i dodatne razlikovne elemente, odbiti će se na temelju ovog apsolutnog razloga. Nužno je utvrditi radi li se o realnoj zabludi koja je relevantna za kupnju, odnosno da li će potrošač očekivati određenu karakteristiku proizvoda koja je odlučna za njegovu odluku o kupnji, a proizvod i/ili usluga je nemaju iz čega proizlazi potrošačeva zabluda.⁹⁷

Zabluda će se u svakom pojedinačnom slučaju ocjenjivati u odnosu na prijavljeni popis proizvoda i/ili usluga. Kod znakova koji se sastoje od oznake zemljopisnog podrijetla, same za sebe ili u kombinaciji s nekim opisnim pojmom, ispitivač će utvrditi da li postoji realna mogućnost da će potrošač odluku o kupnji temeljiti na vezi između zemljopisnog podrijetla kao bitne karakteristike i proizvoda/usluge za koje se traži zaštita. Ukoliko se radi o proizvodima koji nisu s tog zemljopisnog područja, smatrat će se da postoji zabluda, te će znak biti odbijen. Također, znakovi koji su samo sugestivni u odnosu na određene proizvode i/ili usluge, te ne postoji realna mogućnost zablude, bit će registrirani.⁹⁸

⁹⁷ Cit. DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, Zagreb, 2007.

⁹⁸ Tako znak 'Metal Jacket' (registriran pri OHIM-u) neće dovesti u zabludu u odnosu na jakne od tekstila.

Dragan Zlatović, dipl.iur.

**THE TERMS OF PROTECTION IN CONTEMPORARY
CROATIAN TRADEMARK LAW**

Summary

New croatian Trademark Law defines a trade mark as any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings. The basic of the european law and new croatian law is that any sign which is de facto operating as a trade mark in the market place, that is, acting as an indicator of origin, can be registered, although there are some signs which, on public interest ground, should not be registrable at all or should be registrable only in certain limited circumstances. There are absolute grounds for refusal of registration because it is the nature of the mark itself which renders it inappropriate for registration, not the mark's relationship with other marks as in the relative grounds for refusal. This latter category are termed «relative» since the mark will be refused registration, not because of any quality intrinsic to itself, but because it conflicts with an earlier trade mark or right.

Keywords: *trade mark, registration, absolute grounds for refusal, relative grounds for refusal, earlier marks*

ТИПИЧНИ СЛУЧАЈЕВИ МАНЉИВОСТИ ФОРМЕ УПРАВНИХ АКАТА У СРПСКОЈ УПРАВНО-ПРОЦЕСНОЈ ПРАКСИ

***Апстракт.** Полазна тачка у раду је принцип меке формалности у управном праву и његов значај за заштиту правне сигурности у савременим правним системима. Аутор наводи уобичајену поделу на опште-формализоване и упрошћено-формализоване управне акте и подцртава потребу теоријског признавања постојања посебне категорије управних аката у српском праву – тзв. конклюдентних управних аката. Након тога, користећи богату судску праксу, писац врши анализу основних видова аномалија у облику и саставним деловима управних аката. Између осталог, он констатује да се решењима у форми обичних дописа, што је честа пракса, нарушава ефикасно остваривање права на жалбу; да органи власти имају великих проблема да диспозитив формулишу на кратак, јасан и одређен начин; да велики број решења уопште не садржи образложење, или да оно није сачињено на одговарајући начин, односно да противуречи диспозитиву. Писац рада се залаже за укидање одредби ставова 3 и 4 члана 199 Закона о општем управном поступку, које отварају могућност да се разлози доношења решења не наведу, уколико је то у јавном интересу законом или уредбом изричито предвиђено. Пажња читаоца скренута је и на апсурд образложења у готовим обрасцима управних аката, односно на питање пуноважности и правног дејства решења која су потписала друга лица за која се не може утврдити у ком својству су то учинила, те на проблем правоваљаности решења која су оверена факсимилом овлашћеног лица.*

***Кључне речи.** Принцип меке формалности, конклюдентни управни акти, облик и саставни делови управних аката.*

I

У теоријско-догматској јуриспруденцији под формом правног акта најчешће се разуме метод његовог доношења, односно материјално средство његовог бивствовања. Исто тако, сматра се да форма правног акта обухвата надлежност субјекта за његово доношење, поступак доношења акта и његову материјализацију.¹ У правним системима данашњице обликовање правних аката у начелу је утемељено на *принципу слободне форме*. Начело слободне форме правног акта представља општи принцип модерног права отелотворен у слободи доносиоца акта да му самостално и неометено одређује облик, све док је јасно могуће препознати какво је опредељење доносиоачево воље.

Но, иако је принцип слободе уобличавања правног акта један од најзначајнијих у области приватног права, његова примена у домену савременог јавног права, а посебице управног, је лимитирана. Сви ћемо се сложити да се извесна субјективна права, те правно релевантне чињенице, не могу правилно одредити уколико нису констатоване на одређени начин.² То нас даље упућује на закључак да добре стране ограничавања слободе форме, односно принципа тзв. „меке“ формалности, у домену јавног права проистичу из нужности *заштите правне сигурности* – тј. потребе да се јасно зна шта је и како учињено, те из којих радњи и аката проистичу одређени правни односи. Правилност форме гарантује правилност поступака утврђивања чињеница, исправније доношење одлука и ефикаснију контролу законитости од стране државних органа. Другу, негативну страну формализовања приликом доношења правних аката, чине успорено уређивање животне појавности правом, неекономичност и одбијање правног дејства појединим актима.

Материјализација тј. уобличавање правног акта, као један од елемената његове форме, испољава се у материјалном средству које служи као гарант трајности правног акта, а карактеришу га лака опажљивост и релативна трајност. Најчешће средство материјализације

¹ М. Димитријевић, П. Димитријевић, Ј. Димитријевић, Увод у право (Општа теорија о држави и праву), Ниш, 2008, стр. 146.

² Изузетци од начела слободне форме постоје и у приватном праву. Типичан пример је тестамент.

је *писмо*, као систем графичких знакова начињених ради обавештавања и меморисања, којим се обезбеђује тачна и правремена спознаја правног акта од стране лица која за тим имају одговарајућег интереса – и то не само у моменту доношења, материјализације правног акта, већ и за убудуће.

До пре само 77 година, тј. до ступања на снагу првог Закона о општем управном поступку Краљевине Југославије 1931. године у нашем управном праву важио је *принцип неформалности управних аката*. Од тада, међутим, „...Неформални акти уступају места формалним; формалност управних аката претставља сада правило“.³

Сведочанство о озбиљности законодавчевог приступа регулисању форме писаних управних аката представљају одредбе чланова 196 – 204 Закона о општем управном поступку које детаљно прописују које делове решење мора садржати и елементе којима се утврђује његова аутентичност.

Наш данашњи управно-правни систем разликује *опште-формализоване управне акате*, и тзв. *упрошћено-формализоване управне акате*, као што су: решења донета по скраћеном поступку (члан 131. ЗУП-а); упрошћено образложени управни акти (члан 199); управни акти који се састоје само од изреке тј. језгра, у виду забелешке на спису, односно прописаног обрасца (члан 203); те управни акти материјализовани гласовним путем – усмено (члан 204). Теоретичари српске науке управног права такође се придржавају ове поделе.

Међутим, ми сматрамо да је у групу управних аката упрошћене форме потребно додати (гледано по степену формалности, при самом дну хијерархијске линије одмах испод усмених управних аката) и тзв. *конклюдентне управне акте*, као једну врсту – како позитивних, тако и негативних – појединачних „прећутних изјава воље“ органа управе и правних лица јавног права. Дискусију о томе да ли се о постојању конклюдентних управних аката у српском правном систему може говорити оставићемо за другу прилику, овде ћемо само напоменути да, на пример, немачка и руска управно-правна теорија и пракса познају такве случајеве.

Такође, поједини посебни закони у оквиру српског правног система у одређеним приликама од органа јавне управе не траже издава-

³ Л. Костић, Управно право Краљевине Југославије, Београд, 2000, стр. 409.

ње аката било какве форме (нити писмене, нити усмене) којима би се они определили по поднеску странке. До тога нарочито долази приликом пријаве одређених радњи, подухвата или друштвено-политичких активности које су у начелу дозвољене, па је законом прописано да се у таквим случајевима само поднесе пријава властима о делатности која се намерава предузети. „Ако власт нема ништа на ту пријаву да примети, она ће ћутасти. Њено ћутање тумачи се као непротивљење, неопонирање (Nichtbeanstandung) пријављеној активности. Из њеног ћутања странке изводе дату сагласност власти на радње одн. поступке које желе да предузму. Ћутање замењује позитивни управни акт; овакви акти су највећа противност формалним актима. Њих има и другде; ћутање може значити и повољно решење неке молбе. Али се увек претпоставља да је пријављена или замољена делатност законом у принципу дозвољена.“⁴ Конклюдентни управни акти код којих се ћутање сматра негативном изјавом воље, а они негативним управним актима, више су обрађивани у српској управно-правној теорији, пре свега као случајеви тзв. „ћутање управе“.⁵

У деловима рада који следе издвојили смо и заинтересованим читаоцима предочили основне погрешке које настају приликом материјализације управних аката у српској управно-правној пракси, пишући их према редоследу саставних делова које сваки појединачни акт управе мора да садржи.

II

Прва група аномалија чије узроке ћемо истражити, јесу случајеви везани за *називе и уводе (заглавља) управних аката* и јављају се када надлежни органи не поступају по одредбама чланова 196 и 197 (прецизније првих ставова у наведена два члана) Закона о општем управном поступку.

⁴ Лазо Костић, н. д., стр. 410.

⁵ В. више: П. Димитријевић, Одговорност управе за нечињење: са посебним освртом на „ћутање управе“. Источно Сарајево, 2005.

У складу са одредбом става 1. члана 196 у пракси управни акти могу носити различите називе: лиценца,⁶ одобрење,⁷ налог,⁸ наредба, сагласност и друго, али без обзира на сам назив морају бити донети у облику предвиђеном за решења.

Органи управе и правних лица јавног права понекад имају обичај да само *дописом обавесте странку* да нису у могућности да удовоље њеном захтеву. Понекад се у таквим дописима чак износе и разлози из којих захтеву странке није удовољено, па се то чак и поткрепљује наводима из одредби одговарајућих законских текстова. С тим у вези оправдано се поставља *питање правне природе таквих писмена* – без обзира што она формално-правно не испуњавају критеријуме који се постављају пред управне акте. Другим речима, да ли се материјално-правно посматрано у конкретном случају ради о тзв. негативним управним актима или не?

Судије Врховног суда су у таквим случајевима (можда и превише преко) заузеле позитиван став, *па су чак у појединим случајевима допуштали и вођење управног спора.*⁹

⁶ Тако је лиценца, на пример, предвиђена Законом о основама система образовања и васпитања ("Сл. гласник РС", бр. 62/2003, 64/2003 - испр., 58/2004, 62/2004 - испр., 101/2005 - др. закон, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона и 83/2005 - испр. др. закона - даље: Закон) и дефинисана је као дозвола за рад коју морају поседовати наставници, васпитачи и стручни сарадници за обављање послова у установама и делатности образовања и васпитања. Решења која министар просвете доноси по Закону у поступку издавања и важења лиценце, наставника, васпитача и стручних сарадника имају *карактер коначних управних аката* чија се законитост оцењује у управном спору.

⁷ На пример, одобрење за прикључење на електроенергетску мрежу објеката са одобрењем за изградњу, које се издаје под условима и на начин прописан Законом о енергетици ("Сл. гласник РС", бр. 84/2004) такође представља управни акт.

⁸ Нпр.: Налог водопривредног инспектора за предузимање мера ради спречавања загађења реке, који се доноси у складу са одредбом члана 61 Закона о водама ("Сл. гласник РС", бр. 46/91, 53/93, 67/93, 48/94, 54/96 и 101/2005).

⁹ „Из списка произлази да је оспореним решењем одбачена жалба тужиље изјављена против обавештења првостепеног органа у коме се наводи да првостепени орган неће удовољити захтеву тужиље за оглашавањем ништавим решења првостепеног органа уз давање образложених разлога.

По налажењу Врховног суда Србије, основано тужиља тужбом оспорава законитост решења туженог органа.

Ово са разлога што према схватању овог суда, иако обавештење првостепеног органа није донето у форми решења сагласно одредбама чл. 196 до 201 Закона о

Мишљење према коме је тумачење суда у потпуности исправно било би могуће оспорити са више страна. Ми ћемо се од тога овом приликом уздржати и констатовати да се у таквим случајевима ради о неправилном поступању субјеката управног одлучивања, које у најмању руку само *отежава примену жалбе* (јер не садржи упутство о правном леку) и инсистирати на доследном поступању по одредбама члана 196. Закона о општем управном поступку.

Под великим знаком питања јесте и законитост решења у чијим уводима се органи који су их донели *нису позвали на пропис о надлежности и овлашћење* органа за доношење решења. Пропусте таквог типа било је могуће срести чак и у решењима гувернера Народне банке Србије.¹⁰

III

Диспозитив или изрека представља најбитнији део писаног управног акта – његово *језгро*. Лазо Костић о њему каже: „То је суштаствени део одлуке, који мора бити прецизан и кратак: у њему се

општем управном поступку, првостепени орган је на тај начин мериторно решавао о основаности постављеног захтева.

Како по налажењу суда *обавештење првостепеног органа има све елементе управног акта*, то је погрешно тужени орган када је жалбу тужиље одбацио као недозвољену у смислу члана 229 Закона о општем управном поступку, па је Врховни суд Србије нашао да је оспореним решењем повређен закон на штету тужиље.“ Пресуда Врховног суда Србије, У. 1337/2002 од 17.1.2003. године.

Напомена: као извор ове и осталих судских одлука коришћена је електронска база судске праксе и билтени Врховног суда Републике Србије (Ресавска 42 и 41 11000 Београд) који се налазе на интернет страни Врховног суда: www.vrhovni.sud.srbija.yu, као и електронска правна база података Параграф Нет: www.paragrafnet.com, Привредног друштва за правно информатичку и издавачку делатност PARAGRAF CO д.о.о. (Таковска 42, 11000 Београд). Настојали смо да се у раду служимо што новијим судским одлукама, прилагођеним савременим установама српског правног система, јер су пресуде и решења коришћене за израду различитих коментара Закона о општем управном поступку углавном старе по 20 и више година.

¹⁰ „Увод решења гувернера Народне банке о одузимању дозволе за рад осигуравајућој организацији мора да садржи пропис о надлежности органа за доношење решења, а материјалноправне одредбе за доношење решења су саставни део образложења донетог решења.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 6108/2004(4) од 20.4.2005. године).

налази обавезна изјава одн. наређење власти у конкретном предмету; сви други делови одлуке само помажу и гарнирају диспозитив. Одлучење садржи главно решење предмета, т. зв. мериторно решење (*in meritum*), али се том приликом одлучује и о свим страначким предлозима у вези са главном стварју, свима оним предлозима који имају за циљ да главно питање скрену у једном или другом правцу (о споредним предлозима доносе се нарочите, споредне одлуке). Тиме се не разбија јединство и једноставност главне одлуке, она решава само један предмет, али предмет који је могао бити у детаљима различито схваћен и приказан. Главна одлука решава обично предмет "у целини"; нема ту као у грађанском процесу, међуодлука и делимичних одлука.¹¹

Сходно одредби члана 198 Закона о општем управном поступку у њему је, по правилу, садржана одлука о *целини* управне ствари која је била предмет поступка, изузев код делимичних и допунских решења. У изреци би морале бити садржане и одлуке о свим захтевима истакнутим у току поступка (уколико то претходно није било учињено одговарајућим закључцима), рок за извршење наложене радње-обавезе и напомена да жалба не одлаже извршење решења (уколико је такво што прописано).

Диспозитив мора бити *кратак, јасан и одређен*, може се поделити и на више тачака и треба да произилази из утврђених чињеница. Иако одредба о краткоћи, јасноћи и одређености одлучења на први поглед делује сасвим логично и лако оствариво, показало се да изазива пуно недоумица у пракси, када се службена лица нађу у ситуацији да примарне диспозиције материјалних управно-правних норми конкретизују на стварне животне ситуације. У вези с прецизношћу диспозитива проблеми у пракси су настајали када је одузету робу требало прецизније одредити тј. навести врсту и количину, како би решење могло да се „недвосмислено изврши по правилима извршног поступка“.¹² Исто тако, диспозитив закључка о прекиду поступка до доношења одлуке одговарајућег органа по претходном правном питању, мора да садржи назив органа и врсту одлуке због које се поступак прекида да би био правоваљан.¹³ Понекад се и у вр-

¹¹ Л. Костић, н.д., стр. 448.

¹² Пресуда Врховног суда Србије, У. 3809/2002 од 29.1.2003. године.

¹³ Пресуда Врховног суда Србије, У. 2926/2002 од 24.2.2003. године.

ховних управних надлештава, са ореолом „непогрешивих“, праве пропусти ове врсте. Тако је Министарство финансија донело закључак о одбацивању предлога за утврђивање општег интереса за експропријацију, односно административни пренос за наведену сврху, у чијем диспозитиву није конкретно навело за које конкретне непокретности, односно за које конкретне катастарске парцеле и коју катастарску општину се одбацује предлог, чиме је приморало Врховни суд да поништи његов акт.¹⁴ У ову групу мана спадају и решења којима се утврђује обавеза плаћања накнаде за промену намене обрадивог пољопривредног земљишта, а која морају да садрже површину за коју се плаћа накнада, као и износ накнаде.¹⁵

Следећу врсту погрешака чине диспозитиви решења којима се странци налаже да своје пословање уреди у складу са одговарајућом одлуком као општим правним актом, при чему „орган није на јасан и несумњив начин одредио које су обавезе тужиоца које су му наложене“.¹⁶

Када су послови управе у домену посебних управних области у питању, као што је заштите животне средине, онда је увек потребно „конкретније навести и које су све то потребне мере, радње и обавезе у оквиру истих, а које је тужилац дужан да предузме и изврши одмах, а којима би се "ризик од опасности по животну средину и здравље људи могао свести на најмању могућу меру".“ У конкретном случају, орган није навео која је то конкретно „најмања могућа мера“. „При том се конкретније не означавају ни која су то, пре свега, места и обим санације које је потребно извршити на постројењима и објектима, која су наводно "критична у смислу угрожавања животне средине", а које је тужилац иначе дужан да санира. Како су у конкретном случају наложене инспекцијске мере, то је, по налажењу овог суда, у решењу од 22.8.2005. године требало прецизно одреди-

¹⁴ Пресуда Врховног суда Србије, У. 2276/2005 од 17.11.2005. године.

¹⁵ Врховни суд Србије, У. 2229/2002 од 2.10.2002. године.

¹⁶ Пресуда Врховног суда Србије, У. 7764/2005 од 29.6.2007. године. У исту категорију спада и следећи случај: „Ово стога што став 1. диспозитива истог решења није одређен, јасан и прецизан у смислу одредбе члана 198. став 2. Закона о општем управном поступку јер се не може налагати држање домаћих животиња у складу са одредбама Одлуке о држању домаћих животиња, већ налог мора бити конкретно постављен и прецизиран како би решење могло представљати извршну справу.“ (Пресуда Врховног суда Србије, Увп. И 220/2004 од 8.6.2005. године).

ти које су то конкретне мере, посебно код чињенице што је тужилачко правно лице изузетно сложен производни и организациони систем са више засебних фабрика и погона.¹⁷

Напоследку, у диспозитиву другостепеног органа, уз све напред наведене елементе, неизоставно се мора наћи *одлука по поднетој жалби*.¹⁸ У супротном, управни акт неће бити законит.

IV

Овде треба нагласити чињеницу да, по значају који придаје *образложењу решења*, и некадашње југословенско и садашње српско законодавство предњачи у односу на већину упоредних управних процесних закона, континентално-правног типа (од којих су неки својевремено служили као узор законописцу при изради Закона о општем управном поступку). У великом броју правних система развијених држава западне Европе не постоји општа законска обавеза (која не постоји ни у државама англосаксонског типа) образлагања управних аката, иако је она препоручена Резолуцијом (77) 31 Савета Европе о заштити појединаца у односу на акте управе.¹⁹ Нпр. у аустријском Закону о општем управном поступку образложење решења није правило, већ се тражи само у одређеним случајевима (видети одредбу члана 58, став 2). Закон о општем управном поступку Краљевине

¹⁷ Пресуда Врховног суда Србије, У. 1076/2006 од 7.12.2006. године.

¹⁸ „Основано се тужбом тужиоца указује на незаконитост решења туженог органа, с обзиром на то да је тужени орган доносећи оспорено решење битно повредио правила поступка. Наиме, диспозитивом оспореног решења, ставом 1, поништен је закључак првостепеног органа, а да није одлучено о жалби, а у образложењу се наводи да је жалба неоснована. Стога је диспозитив побијаног решења непотпун и у супротности са одредбом члана 198 ст. 1 и 2 Закона о општем управном поступку. Ово из разлога што диспозитив као саставни део решења мора да буде концизно састављен, јасан, прецизан, кратак и одређен, тако да не даје повода различитим тумачењима. Из диспозитива оспореног решења се не види каква је судбина изјављене жалбе на решење првостепеног органа.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 1157/2002 од 29.11.2002. године).

¹⁹ В.: Д. Вучетић, „Европски стандарди заштите људских права приликом управног поступања – из угла Републике Србије“, Уставне и међународноправне гаранције људских права: зборник радова са међународне научне конференције. Ниш, 2008, стр. 180.

Шпаније применом начела енумерације у члану 43 набраја случајеве (разлоге) када се решење мора образложити.²⁰

Иво Крбек, писац првог Закона о општем управном поступку Краљевине Југославије из 1931. године, написао је 26 година после супања тог закона на снагу зашто образложењу треба придавати толики значај: “Образложење има велико практично значење: оно учвршћује начело законитости; принуђује доносиоца да темељито промисли о рјешењу које има донијети; странци даје упориште за оправдане правне лијекове односно увјерење да је рјешење исправно а правни лијек безизгледан; омогућује лакшу контролу управног акта. Образложење пружа важно и аутентично средство за исправно тумачење диспозитива.”²¹ На значај образложења указивали су касније и многи други аутори.²² На важност образложења указује и судска пракса:

„Супротно одредби члана 196. став 3. и члана 199. став 1. Закона о општем управном поступку (даље: ЗУП), оспорено решење не садржи образложење, а у случају дискреционог права, на које се тужени позива у одговору на тужбу, има се применити одредба члана 199. став 3. ЗУП, односно имају се навести у образложењу прописи и кратки разлози за такву одлуку. Обзиром да оспорено решење не садржи било какво образложење, то је приликом доношења оспореног решења дошло до повреде цитираних прописа.”²³

Велики број решења уопште не садржи образложење нити поуку о правном леку, чему је најчешће узрок то што службена лица која их доносе нису била свесна да су решавала о управној ствари. Због тога је Врховни суд морао да поништи многа таква решења, на пример: одлуку о разрешењу дужности директора покрајинског завода за здравствено осигурање,²⁴ одлуку о накнадном распоређивању ви-

²⁰ Више о ситуацији у погледу овога у другим земљама Европске уније видети: J. Schwartze, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992., str. 1384-1412.

²¹ Крбек, Иво, *Управни акт*, Југославенска академија знаности и умјетности, Загреб, 1957., стр. 39.

²² Л. Драгојловић, *Образложење код управног акта*, „Правни живот”, Београд 10/77, стр. 31-42; С. Поповић, *О образложењу као саставном делу решења донетог у управном поступку*, „Општина”, 10/12/87, стр. 7-14 (прештампано из бр. 7-8/58).

²³ Пресуда Врховног суда Србије, У. 1431/2004 од 24.11.2004. године.

²⁴ Пресуда Врховног суда Србије, У. 2313/2003 од 15.1.2004. године.

ше лица у други завод,²⁵ решење о разрешењу дужности директора дома здравља,²⁶ одлуку о привременом одузимању привремене дозволе за емитовање телевизијског програма,²⁷ решење о разрешењу секретара министарства културе,²⁸ па и одлуку министра просвете да не именује директора средње школе по расписаном конкурсусу.²⁹

Интересантни, па чак би се могло рећи и довитљиви су покушаји да се као легитимно „протури“ решење које садржи увод, диспозитив, назив органа са бројем и датумом решења, потпис службеног лица и печат органа, а уз које је *придодато образложење* на посебном листу папира, које није потписано и иза кога не стоји ни печат доносиоца решења. У овом случају суд је исправно стао на становиште да образложење решења донетог у управном поступку мора да буде *утеловљено у решење*, а не да чини његов саставни део.³⁰

Општи став судске праксе по овом питању јесте да се необразлагањем решења доводе у питање два основна принципа правне државе: *принцип законитости и начело једнакости грађана*.

Међутим, у пракси се често дешава да органи који доносе решења не поштују одредбе члана 199 Закона о општем управном поступку, које се односе на образложење. Да се подсетимо, осим у једноставнијим управним стварима (као што су једностраначки поступци, али и вишестраначки – у ситуацијама у којима се захтев усваја, а на то друга странка нема „примедби“) образложење мора да садржи кратко излагање захтева странке, утврђено чињенично стање, уколико треба и разлоге који су било одлучили оцену доказа, разлоге неуважавања захтева странке или странака, правне прописе и мотиве (проистекле из утврђеног чињеничног стања) за одлуку из диспозитива решења. Под кратко излагање захтева странке односно утврђено чињенично стање спада и навођење примедби странке на запи-

²⁵ Ова одлука мора да има све елементе управног акта. (Пресуда Врховног суда Србије, У. 1818/2006 од 19.4.2006. године). Исто важи и за образложење решења о опозиву прекида издржавања казне затвора које такође мора да садржи утврђене одлучне чињенице за донету одлуку. (Пресуда Врховног суда Србије, У. 616/2006 од 20.4.2006. године).

²⁶ Врховни суд Србије, У. 1079/2002 од 26.9.2002. године.

²⁷ Пресуда Врховног суда Србије, У. 2241/2006 од 10.5.2006. године.

²⁸ Пресуда Врховног суда Србије, У. 1431/2004 од 24.11.2004. године.

²⁹ Врховни суд Србије, У. 270/2002 од 6.3.2002. године.

³⁰ Врховни суд Србије, У. бр. 2608/2002 од 20.12.2002. године.

сник (о материјално-финансијском пословању) у образложењу решења, у стварима управно-инспекцијске природе (без обзира што је на те примедбе одговарано кроз посебне поднеске инспектора упућене странци).³¹

Када су у питању правни прописи којима се орган руководи приликом одлучивања, образложење мора да садржи *позивање на материјални пропис за сваку утврђену неправилност*, а не сумаран приказ повређених прописа, што је суд и потврдио у случају одузимања дозволе за рад осигуравајућих организација:

„Наиме, након излагања одређеног чињеничног стања, садржаног у тач. 2.1 до 2.8 образложења оспореног решења, тужени је цитирао збирно одредбе материјалних прописа са којима је, по његовом налажењу, пословање тужиоца у супротности и затим одредбе члана 174. став 1. тач. 1) и 3) и члана 175. став 1. тачка 7) Закона о осигурању, као правни основ за одузимање дозволе за рад тужиоца, уместо да јасно и одређено за сваки од наведених правних основа из Закона о осигурању наведе чињенично стање које би упућивало на правилност примене те одредбе наведеног закона, због чега се законитост оспореног решења у конкретном случају не може са сигурношћу испитати.“³²

Уколико се ради о решењима која се доносе по основу слободне оцене³³ мора се навести уз све претходно наведене елементе и про-

³¹ Врховни суд Србије, У. бр. 2652/2001 од 25.9.2002. године.

³² Пресуда Врховног суда Србије, У. 6108/2004(2) од 20.4.2005. године.

³³ Примера ради, навешћемо неколико законских одредби којима је дато право на дискреционо одлучивање органа: Закон о држављанству Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 135/2004 и 90/2007): члан 19. „Независно од услова из члана 14. став 1. тач. 2) - 4) овог закона, у држављанство Републике Србије може бити примљен и странац чији би пријем у држављанство Републике Србије представљао интерес за Републику Србију“, члан 41. „Министарство надлежно за унутрашње послове *може* одбити захтев за стицање држављанства Републике Србије пријемом или престанак држављанства Републике Србије, иако су испуњени услови прописани овим Законом, ако оцени да постоје разлози од интереса за Републику Србију због којих захтев за стицање или престанак држављанства треба одбити“; Закон о полицији („Сл. гласник РС“, бр. 101/2005): члан 165. став 1. „Запослени у Министарству *може* бити привремено удаљен из службе када је против њега покренут кривични поступак за кривично дело за које се гони по службеној дужности, или када је против њега покренут захтев за утврђивање дисциплинске одговорности за теже повреде службене дужности.“; Закон о оружју и муницији

пис којим је дато овлашћење на одлучивање по слободној оцени и разлози којима се службено лице руководило приликом доношења одлуке из диспозитива. С тим у вези, мишљења смо да *треба укинути одредбе става 3 и 4. члана 199 Закона о општем управном поступку* које отварају могућност да се разлози доношења управне одлуке – решења не наведу уколико је то у јавном интересу законом или уредбом изричито предвиђено.

Понекад се међутим, императивне норме погрешно разумеју као овлашћење за дискреционо одлучивање, па онда као последицу имамо и неправилно формулисано образложење управне одлуке.³⁴

Друга врста „свакодневних“ пропуста у вези с образложењем настаје када се у *образложењу не износи чињенично стање, правни прописи и разлози* који на бази утврђеног чињеничног стања упућују на одлуку садржану у диспозитиву решења.

(„Сл. гласник РС“, бр. 9/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/98, 39/2003, 101/2005 - др. закон и 85/2005 - др. закон): члан 11б став 2. „Дозвола за ношење оружја важи пет година од дана издавања и *може се*, на захтев лица које је поседује, поднети најкасније 30 дана пре истека рока важења, продужавати на исти рок ако надлежни орган утврди да и даље постоје разлози због којих је ношење оружја за личну безбедност одобрено.“; Закон о јавном тужилаштву („Сл. гласник РС“, бр. 63/2001, 42/2002, 39/2003, 44/2004, 61/2005, 46/2006 - др. закон и 106/2006 - одлука УСРС): члан 41. „Јавни тужилац и заменик *могу бити* удаљени са дужности када је покренут поступак за њихово разрешење или кривично дело због кога могу бити разрешени.“; Закон о прекршајима („Сл. гласник СРС“, бр. 44/89 и „Сл. гласник РС“, бр. 21/90, 11/92, 6/93 - одлука УСРС, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97 - одлука УСРС, 36/98, 44/98 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 62/2001 - одлука СУС и „Сл. гласник РС“, бр. 55/2004): члан 110. став 2. „Судија *може* бити удаљен са дужности ако је покренут поступак за његово разрешење због тога што је осуђен за кривично дело које га чини недостојним за вршење судијске дужности, или што је због других разлога постао неподобан за вршење ове дужности.“

Такође, одлука о поништају јавне аукције коју Агенција за приватизацију доноси се сходно члану 35а Закона о приватизацији и такође има својство управно акта донетог на основу слободне оцене (Пресуда Врховног суда Србије, У. 1897/2003 од 1.7.2004. године), а одлука о прекиду издржавања казне осуђеног се доноси на основу дискреционе оцене овлашћеног лица у складу са потребним мерама ресоцијализације, сходно одредби члана 118 Закона о извршењу кривичних санкција (Пресуда Врховног суда Србије, У. 1744/2006 од 17.4.2006. године).

³⁴ „Одредба члана 175. став 1. тачка 7) Закона о осигурању је императивне природе, а одредба члана 174. истог закона садржи дискрециона овлашћења.“ Пресуда Врховног суда Србије, У. 6108/2004(1) од 20.4.2005. године.

Тако је, на пример, у једном случају у образложењу решења о поништавању урбанистичке дозволе наведено да се то чини сходно одредби члана 257 тачка 5) ЗУП-а, према којој се ништавим оглашава решење које садржи неправилност која је по некој изричитој законској одредби предвиђена као разлог ништавости, а у диспозитиву урбанистичка дозвола је оглашена ништавом због ненадлежности, а не из разлога прописаних наведеном одредбом ЗУП-а. Тиме образложење оспореног решења противуречи диспозитиву.³⁵

Такође, дешава се и да се у списима предмета не може наћи *доказ* на основу кога је надлежни орган утврдио чињенично стање које наводи у образложењу акта.³⁶

Образлагање решења прелази у апсурд у оним управним подручјима где постоје *готови обрасци управних аката* прилагођени аутоматској електронској обради.³⁷ У таквим решењима само се мењају подаци о странци и евентуално предмету поступка у диспозитиву решења, а образложење је исто у свим управним стварима – *унификовано и потпуно безлично*. Таква ситуација је у већини пореских, комуналних, водоводних и других управних ствари.

У вези са предметом нашег рада јесте и ситуација регулисана одредбом става 1. члана 235 Закона о општем управном поступку која нормира да се одредбе овог Закона којима је регулисано првостепено решавање на одговарајући начин имају применити и на *другостепено решавање*, односно у решењу донетом поводом жалбе. У складу са одредбом става 2. овог члана Закона о општем управном поступку другостепени орган у образложењу решења донетог по жал-

³⁵ Врховни суд Србије, У. 1682/2001 од 5.10.2001. године

³⁶ „...Окружни суд је у управном спору правилно нашао да је решењем туженог органа повређен закон на штету тужиље, па је правилно поништио оспорено решење, јер су у оспореном решењу наведени разлози за разрешење тужиље, а да у образложењу нема изјаве разрешеног лица о разлозима за разрешење, при чему је странка морала да буде саслушана на околности тог решења и да ти њени наводи буду оцењени. По схватању Врховног суда Србије, разлози за разрешење тужиље са функције директора библиотеке пре истека мандата, могу да буду засновани искључиво на разлозима предвиђеним за разрешење пре истека времена на које је лице било изабрано према закону који уређује ову област.“ Пресуда Врховног суда Србије, Увп. И 142/2003 од 27.1.2005. године)

³⁷ В. више: П. Димитријевић, Управни акти и савремена технологија: прилог технолошкој трансформацији управног система. Ниш, 1995.

би мора оценити и наводе из жалбе, изузев уколико је првостепени орган образлажући своје решење правилно оценио наводе из жалбе, када је допуштено позвати се на разлоге из првостепеног решења.³⁸ Но, и овде у пракси долази до знатних одступања (непоштовање одредби члана 199 став 2 и члана 235 став 2), па се такви акти, као коначни, морају поништавати у управно-судском поступку чиме се доприноси одуговлачењу поступка и нарушава принцип суђења у разумном року.³⁹ Дешава се и да се другостепени органи приликом образлагања своје одлуке уопште *не осврћу на правно одлучне наводе из жалбе*, чиме странку остављају ускраћеном за сазнање због чега је њихова жалба оцењена неоснованом, чиме се знатно нарушава *принцип потпуности и ефикасности правне заштите*.

Дакле, образложење као саставни део управног акта представља гаранцију уставног принципа *једнакости свих грађана пред законом* и гаранције *делотворне правне заштите* и *права на жалбу*. Због тога органи који воде поступак морају строго поштовати одговарајуће одредбе Закона о општем управном поступку.

V

Према одредби члана 196. став 3. Закона о општем управном поступку писмено решење, између осталог, треба да садржи потпис службеног лица и печат органа, а одредбом члана 201. став 1. ЗУП нормирано је да решење потписује службено лице које доноси решење.

³⁸ „Противно члану 198. ст. 1. и 2. Закона о општем управном поступку, ни самим диспозитивом оспореног решења није решавано о предмету поступка у целини и о свим захтевима жалиоца као странке - пошто уопште нема назнаке да је другостепени орган изменивши ожалбено решење одлучио о жалби тужиоца. При том је пропустио јасно и одређено означити то измењено ожалбено првостепено решење, пошто уопште није наведен број и датум његовог доношења. Коначно, у истом диспозитиву погрешно је означено и да се измена ожалбеног првостепеног решења врши (само) у смислу наведеног позивања на материјално-правни пропис на основу кога се решава само предметна управна ствар, мада по одредби члана 199. став 2. истог закона, такав правни пропис треба да садржи само образложење, а не и диспозитив решења, како је то иначе погрешно учинио тужени у диспозитиву оспореног решења.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 309/2006 од 13.7.2006. године).

³⁹ Д. Вучетић, н.д., стр. 181.

Међутим, иако је садржина ових одредби сасвим јасна, у пракси се рецимо дешавало да помоћник министра поступа као овлашћено лице за потписивање решења у управном поступку,⁴⁰ или да самостални стручни сарадници потписују решења пореских органа,⁴¹ односно да непозната и неовлашћена лица потписују решења Повереника за информације од јавног значаја,⁴² Директора Републичког геодетског завода,⁴³ и Директора Завода за интелектуалну својину.⁴⁴

За такве поступке потребно је да постоји писмено овлашћење које је изричито наведено у уводу решења (уколико наравно постоји

⁴⁰ „Наиме, овлашћење помоћника министра за доношење и потписивање другог степеног решења, по ставу Врховног суда Србије мора бити означено у уводу решења сагласно члану 197. став 1. ЗУП јер то решење може да потпише само службено лице које је законом овлашћено да га донесе, а уколико је то овлашћење пренело на друго лице у складу са законом број и датум тог овлашћења мора бити означен у уводу решења.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 5975/2005 од 28.9.2006. године).

⁴¹ „Незаконито је решење пореског органа чији је писмени отправак потписао самостални стручни сарадник без оригинала решења потписаног од стране овлашћеног лица.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 3224/2006 од 22.11.2006. године).

⁴² „Из оспореног закључка се види да је овај закључак донео Повереник за информације од јавног значаја Републике Србије (даље: Повереник), а да је на месту за потпис овлашћеног службеног лица туженог органа - Повереника чије је име и презиме означено потписано са назнаком "за повереника" од стране другог лица чији је потпис нечитак, а који је оверен печатом туженог органа. У уводу оспореног закључка тужени орган се позвао на члан 24. став 2. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, којим је прописано да Повереник одбацује жалбу која је недопуштена, неблаговремена изјављена од стране неовлашћеног лица. Из наведене одредбе, на коју се позвао тужени орган у уводу оспореног закључка, не произилази овлашћење другог лица за потпис оспореног закључка уместо Повереника.

Како оспорени закључак није потписао повереник, већ друго лице за кога нема доказа да је овлашћено да закључак донесе и потпише у смислу наведених законских одредаба, при чему такво овлашћење мора да буде означено у уводу закључка, то се основано указује на незаконитост донетог закључка.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 4333/2006 од 18.10.2006. године).

⁴³ „Помоћник директора Републичког геодетског завода није по закону овлашћено лице за доношење и потписивање решења у управном поступку.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 7278/2005 од 5.10.2006. године).

⁴⁴ „Шеф одсека у Заводу за интелектуалну својину није овлашћено лице за доношење решења без посебног овлашћења.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У-СЦГ 260/2006 од 4.7.2007. године).

одговарајући акт који допушта делегацију овлашћења): „Лице које доноси решење у управном поступку у име директора Националне службе за запошљавање мора да има писмено овлашћење наведено у уводу решења.“⁴⁵

Тим поводом поставило се и питање правне природе незаконитости оних решења која су потписала друга лица за која се не може утврдити у ком својству су то учинила, као и да ли таква решења уопште могу да производе правно дејство: „Када решење није потписао директор регионалног центра као овлашћено лице у смислу одредаба Закона о пореском поступку и пореској администрацији, већ друго лице за које се из списка предмета не може утврдити у ком својству је потписало оспорено решење, тада се не може утврдити да ли је предметно решење уопште донето, односно потписано од стране овлашћеног лица, па ће се такво решење поништити.“⁴⁶ Вр-

⁴⁵ Пресуда Врховног суда Србије, У. 610/2006 од 4.10.2006. године.

⁴⁶ „Из оспореног решења се види да је исто донело Министарство финансија Републике Србије - Пореска управа, Регионални центар Н, које решење је, како произилази из потписа на том решењу, требало да потпише директор Пореске управе др Р.И, дипломирани правник, чије име је означено на оспореном решењу и оверено печатом туженог органа. Међутим, из потписа, као саставног дела оспореног решења види се да то решење није потписао директор, као овлашћено лице, већ друго лице чији је потпис нечитак и који је у рукопису испред речи "директор", додало реч "за", што би значило да решење доноси уместо директора, однос по овлашћењу истог.

Одредбом члана 165. став 1. Закона о пореском поступку и пореској администрацији (даље: Закон), прописано је да по жалбама изјављеним против првостепених решења донетих у пореском поступку решава министар, или лице које он овласти, док је одредбом члана 160. став 1. тачка 7) Закона прописано да Пореска управа, којом на основу члана 167. став 1. Закона руководи директор, одлучује о жалбама изјављеним против решења донетих у пореском поступку.

Према одредби члана 196. став 3. Закона о општем управном поступку (даље: ЗУП), који се, на основу члана 3. став 2. Закона примењује при спровођењу пореског поступка, јер Законом није другачије прописано, писмено решење, између осталог, садржи потпис службеног лица и печат органа. Одредбом члана 197. став 1. ЗУП прописано је да увод решења садржи, између осталог, назив органа који доноси решење и пропис о надлежности тог органа, док је одредбом члана 201. став 1. ЗУП прописано да решење потписује службено лице које га доноси.

Како оспорено решење није потписао директор регионалног центра, као овлашћено лице у смислу напред наведених одредаба Закона, већ друго лице за које се из списка предмета не може утврдити у ком својству је потписало оспорено реше-

ховни суд је у једној таквој правној ситуацији поводом закључка Министра за капиталне инвестиције, који је потписало неко друго лице са ознаком „за министра“ заузео став да решење није ни донето: „Из списка предмета и образложења оспореног решења се види да је решење донето у извршењу пресуде Врховног суда Србије У. бр. 1814/03 од 22.12.2004. године, којом је поништено решење туженог органа 360 број 356-00030/2003-04 од 15.4.2003. године због учињене повреде правила поступка приликом његовог доношења, односно због тога што је решење донело и потписало службено лице чије је изузеће тужила тражила, иако по њеном захтеву за изузеће тог службеног лица није одлучено. У поновном поступку тужени орган је донео оспорено решење које је потписало службено лице чије је изузеће тужила тражила, с тим да је у образложењу решења наведено да је захтев тужиле за изузеће тог службеног лица одбијен закључком Министарства за капиталне инвестиције број 351-03-01240/2005-04 од 19.9.2005. године. Увидом у наведени закључак утврђено је да га је донео министар за капиталне инвестиције, чије је име у потпису означено, али да га је потписало неко друго лице "за министра" чији је потпис нечитак и за кога се не зна у ком својству потписује закључак. Како је одредбом члана 201. Закона о општем управном поступку прописано да решење потписује службено лице које га доноси, *Врховни суд Србије сматра да о захтеву за изузеће службеног лица није ни одлучено, јер је одлуку потписало неовлашћено лице, па таква одлука не производи правно дејство.*⁴⁷

Такође у пракси се врло често поставља питање пуноважности решења оверених факсимилом овлашћеног лица. Решење у управном поступку може да садржи факсимил уместо потписа и печата, само уколико се обрађује механографски, с тим што се „под механографском израдом решења подразумева израда машинама за обављање канцеларијских послова“.⁴⁸

ње, то се у предметном случају не може утврдити ни то да ли је оспорено решење донето, односно потписано од овлашћеног лица.

Изложена повреда правила поступка спречава оцену законитости и правилности донетог решења, па је Врховни суд Србије тужбу уважио и оспорено решење поништио, а да се при том није даље упуштао у оцену навода тужбе и правилности оспореног решења у материјално - правном смислу.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 5311/2006 од 23.8.2007. године).

⁴⁷ Пресуда Врховног суда Србије, У. 7442/2005 од 30.11.2006. године.

⁴⁸ Пресуда Врховног суда Србије, У. 6057/2006(2) од 30.5.2007. године.

Када је допуна решења у питању, правило установљено одредбом члана 200 став 5 Закона о општем управном поступку налаже да је, уколико првостепени орган *није дао правну поуку о дозвољености жалбе* у управном поступку, странка овлашћена да у том смислу тражи допуну решења, али непоступање странке не може да заснује надлежност управног спора. Стим у вези, понекад уопште није једноставно одредити ком органу треба поднети жалбу, јер се врло често дешава да одређена министарства и органи у њиховом саставу престану да постоје, а њихове послове преузму нека нова странци непозната министарства, као што се то десило у овом случају: „По налажењу Врховног суда, будући да је престало да постоји Министарство саобраћаја и телекомуникација Републике Србије и његове послове у погледу одлучивања о предмету овог спора, у смислу одредби члана 10. и члана 33. став 2. Закона о министарствима преузело Министарство за капиталне инвестиције Републике Србије, то је против оспореног закључка могуће изјавити жалбу, при чему је тужилац непотпуно упућен само да је допуштена посебна жалба. Одредбом члана 200. став 5. Закона о општем управном поступку (даље: ЗУП) прописано је да, када у решењу није дато никакво упутство или је упутство непотпуно, странка може поступити по важећим прописима, а може у року од осам дана од дана достављања решења, тражити од органа који је донео решење да га допуни.“⁴⁹

Последњи случај који ћемо навести, а који се често може срести у пракси, јесте да органи приликом израде решења, погреше и напишу *погрешно упутство о правном средству*. Најчешће се дешава да орган упуту странку да против донетог решења може покренути управни спор. У таквим ситуацијама, ако је странка погрешно упућена да против донетог решења може покренути управни спор, уместо да поднесе жалбу, поднета тужба се одбацује, а рок за жалбу тече од пријема решења о одбачају тужбе.⁵⁰

⁴⁹ Решење Врховног суда Србије, У. 5901/2005 од 28.12.2005. године.

⁵⁰ Решење Врховног суда Србије, У. 3270/2002 од 11.6.2003. године.

VI

Узроке оваквих поступања доносилаца одлука треба тражити у недовољном знању, лењости, немарности, наводној заштити „општег интереса“, намерном отежавању оцене законитости решења вишем органу или суду и, уопште узев, у свим оним негативним странама бирократског поступања које Милан Петровић анализира у својој књизи *Наука о управљању као претпоставка управне политике*.⁵¹ Упркос великом броју донетих пресуда пред Врховни суд и даље пристижу тужбе против управних аката који немају одговарајућу форму. Мишљења смо да се као узрок таквом стању ствари као најлогичнији намеће закључак да лица која воде поступак погрешно примењују његова правила и да је потребно приступити много озбиљнијем образовању и реедукацији службеника који решавају управне ствари.

⁵¹ М. Петровић, *Наука о управљању као претпоставка управне политике: (општи део)*. Ниш, 2006.

Dejan Vučetić, LL.M.

**TYPICAL CASES OF ADMINISTRATIVE ACT'S LEGAL
FORM FAULTS IN SERBIAN ADMINISTRATIVE
PROCEEDINGS PRACTICE**

Summary

Starting point of the paper is a soft formality principle in administrative law and its importance for protecting legal certainty in modern legal systems. Author cites a usual classification on generally formalized and administrative acts with reduced form and emphasizes a need for theoretical acknowledgment of special category of administrative acts in Serbian law - the so-called implicit administrative acts. Then, using a rich case law, author makes an analysis of basic types of legal form faults in administrative acts. Among other things, he states that administrative decisions in form of ordinary letters, which is a common practice, violate a effective realization of a right to appeal; then that administrative agencies have problems in formulating short, clear and determined disposition of a decision and that a large number of decisions doesn't contain expositions (rationale, comments, statement of reasons), or that exposition isn't made in an appropriate way and is contradicting decision's essence. Author call for abolition of the provisions of paragraphs 3 and 4 of Article 199 of the General Administrative Procedure Act, which opened a possibility for unspecifying the reasons for making administrative decisions, if it is in the public interest and law or statute expressly provides so. Readers attention is directed to an absurd of in advance prepared statement of reasons in administrative acts, and the question of validity and legal effect of administrative decisions that are signed by persons for whom it can not be determined in which capacity they made a signature, and to the problem of validity of decisions that are certified with a facsimile of authorized persons.

Keywords: *Principle of soft formality, implicate administrative acts, form and structure of administrative acts.*

Александар Ђорђевић
Асистент на Правном факултету у Нишу

UDK: 340.15(=16)

ДОКАЗНО СРЕДСТВО "СВОД" У СУДСКОМ ПОСТУПКУ КОД СЛОВЕНА

Апстракт: "Свод" је доказно средство које се среће у правноисторијским изворима готово свих словенских народа и због тога се може сматрати опитесловенском и прасловенском установом. У правним споменицима средњовековне Русије, Чешке, Пољске и Србије помиње се под истим називом и припада тзв. *antiqua iuris* словенског права. Овај древни обичај настао је као вансудски начин за решавање спорова још у периоду родовско-племенске заједнице, а током времена прерастао је у важно доказно средство у поступку пред државним судовима. По правној природи, "свод" представља комбинацију својинске тужбе и тужбе због крађе. Суштина "свода" била је у суочењу, на којем је тужилац захтевао од држаоца спорне ствари да укаже на правни основ своје државине. Овај поступак се, уз извесна ограничења, понављао све до суочења са лицем које није могло да наведе ваљани правни основ своје државине, због чега је тужилац могао да му одузме спорну ствар.

Кључне речи: свод, суочење, словенско право (*slavonic law*), суђење, Руска правда, Чешка (*Bohemia*), Пољска, Душанов законик.

Ово доказно средство припада прасловенском и општесловенском праву и среће се у готово свим релевантним правним текстовима словенских држава средњег века. Због тога се основано може претпоставити да је био део некада јединственог прасловенског правног система. Поникао је вероватно у најдревнијем периоду словенског друштва. "Свод" је био начин за решавање спорова много пре појаве државних судова, а током времена развио се у доказно средство које је, будући дубоко укорењено у општесловенској традицији, представљало ефикасан начин за решавање спорова насталих поводом крађе ствари.

Суштина "свода" била је у следећем: власник који би своју ствар препознао код другог, тражио је од њега да да "свод", тј. да укаже на правни основ држања спорне ствари. Уколико би оптужени указао на треће лице од кога је прибавио спорну ствар, заједно би (власник и оптужени) одлазили код трећег, који је такође морао да докаже ваљаност своје претходне државине. Ситуација је, уз извесна ограничења, могла да се понавља све док се не би дошло до лица које није могло да да "свод", тј. лица које није могло да докаже правни основ своје некадашње државине. Тада је то лице сматрано крадљивцем, и ствар му је одузимана, а он оптуживан за крађу. Првобитно се овакав поступак водио без помоћи судских органа, уз присуство суседа, а током времена је и суд почео да га користи као доказно средство. "Свод" је о рационално доказно средство, и по мишљењу Тарановског, представља комбинацију својинске тужбе и тужбе због крађе.¹

Руска правда, као један од најстаријих словенских правних докумената, изричито помиње "свод". Шира правда, у чл. 35. прописује следеће: *"Ако неко препозна нешто своје што му је нестало или било украдено, било коња, било одећу, било стоку, да не каже: "ово је моје", него "пођи на свод, где си узео" (набавио); по суочењу, ко се покаже крив, одговоран је за крађу, власник нека узме своје, а што је нестало (пропало) наплатиће..."*² Власник спорне ствари, дакле, није могао да самовласно одузме ствар од лица код кога ју је препознао, већ је морао да од њега захтева "да да свод", тј. да укаже на свог

¹ Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, стр 751.

² Д. Николић, А. Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, стр. 149.

правног претходника. Ова норма настала је да би спречила управо такво понашање – самовољу која је вероватно била честа у пракси пре доношења Руске правде. За превазилажење таквог стања, законодавац је прописао овај особени доказ, ослањајући се вероватно на једну другу раније присутну традицију; по мишљењу Сергеевича, други назив за "свод" био је суочење.³ Ова интересантна тврдња открива заиста суштину поменутог института – да власници ствари нису могли да без суочења са потенцијалним крадљивцем самовољно одузимају спорну ствар, без обзира што је можда заиста била њихова. Они су морали да, вероватно у присуству помоћних судских органа, траже суочење са тренутним држаоцем спорне ствари који би или био сам означен као крадљивац или би указао на онога од кога је ствар прибавио.

Већ следећи члан Шире правде (чл. 36.) поставља ипак једно ограничење у погледу извођења овог доказа. *"Ако (свод) буде у истом граду, тада тужилац да иде до краја тога свода; буде ли свод "по земљама" (ван истог града) нека иде до трећег свода (суочења); а што буде утврђено, то треба да плати онај трећи, па да иде до краја свода, а тужилац да чека исход; а када се дође до последњег, тај ће платити све (па) и продажу (казну)".*⁴ Ван области града, тј. земље (кнежевине, суверене територије), није се простирала ни судска власт, па се тако нису могли ни изводити докази у спорном случају. Вероватно због рационалности, власник ствари могао је да иде до трећег суочења. Уколико би уопште дошло до трећег суочења, трећи именовани претходник морао је да плати одштету и новчану казну кнезу (продажу), а затим је могао да са "сводом" настави даље ради евентуалне сопствене накнаде штете.

Још једну потврду да је "свод" у руским кнежевинама и градовима био ограничен до трећег бившег држаоца, пружа нам следећа одредба Шире правде: *"Ако неко препозна свог украденог чељадина, узме га и водити по редоследу продаје до **трећег свода**; од тога (трећега) узме његовог чељадина уместо свога, а оставиће му (овог) спорног да би наставио свод до краја, будући да није стока (предмет спора) и да се не може рећи: "не знам од кога сам купио", него према изјавама ићи до краја; када се дође до последњег тата*

³ В. И. Сергеевич, Лекции и исследования по древней истории русского права, Москва 2004, стр. 430.

⁴ Д. Николић, А. Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, стр. 150.

(крадљивца), да се ономе (трећем) врати његов чељадин, а овај (тужилац) да узме свог, и крадљивац да плати..."⁵ Овај члан Правде показује да је "чељадин" (роб) уз коња, стоку и одећу такође био предмет крађе у руским земљама и да је суочење са претходним држаоцима могло ићи уназад најдаље до трећег купца по редоследу. Осим тога, анализа ове одредбе открива још једну карактеристику "свода": евентуални трећи ранији држалац спорног роба, заједно са робом, имао је обавезу да иде до краја, све док не би пронашао крадљивца роба или лице које није могло да докаже свој правни основ ранијег држања конкретног роба. Таква процедура се изгледа примењивала само поводом крађе роба, јер се у тим случајевима свакако узимала у обзир и изјава самог "чељадина", који је могао на таквом суочењу да препозна ко га је својевремено украо од власника. У оригиналној верзији Правде, употребљен је израз "по језику" што значи да је изјаву о томе ко је могао бити лопов давао лично роб.⁶ "Чељадин" је свог господара водио до трећег прибавиоца (купца) "по кунам".⁷ Исто то настављао је и трећи именовани претходник. Власник спорног роба узимао је као залог "чељадина" трећег прибавиоца, док овај не би дошао до "конечного вора".⁸ Уколико би трећи савесни прибавилац пронашао лопова, сваки роб би се враћао своме власнику.

Потоње руско законодавство, у првом реду Псковска судна грамота, помиње "свод", али под нешто измењеним називом. У чл. 54, "извод" је и термилошки и по садржини најприближнији древнословенском "своду". Онај код кога је пронађена украдена ствар, или је пријављивао суду или је принуђивао на заклетву онога од кога је ствар прибавио. У том случају, спор би водио власник украдене ствари са трећим лицем, а савесни држалац ствари, који би "дао извод" и на тај начин са себе скинуо сумњу, био би јемац да ће се његов претходник наћи на суду.⁹

⁵ Исто, чл. 38, стр. 150

⁶ М. Н. Тихомиров, Пособие для изучения Русской правды, Москва 1953, стр. 94.

⁷ "По кунам" – буквално "по новцу", будући да је "куна" била монетарно-новчана јединица у древној Русији. Роб је свог господара водио од купца до купца, јер је за куповину роба свако од њих давао новац.

⁸ Коначног, крајњег крадљивца.

⁹ Российско законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, Москва 1984, стр. 369.

Тенденција развоја судског поступка у средњовековној Русији, преко установе "свода" може се сагледати и преко текста чл. 46. Псковске судне грамоте. Онај код кога би пронашли украдену ствар, био је дужан да "да правду", тј. да положи заклетву да је ствар купио на тргу. У том случају, није био дужан да укаже на лице од кога је ствар прибавио, нити да га доводи на суд. Ово је све било могуће ако тужени раније није хватан у крађи и није изазивао сумњу да је он могао бити лопов.¹⁰ Реч је о поједностављивању ствари у извођењу доказних средстава. Тужени савесни држалац украдене ствари могао је да сведе, отклони сумњу са себе полагањем заклетве. Није морао, као у доба Руске правде, да тражи онога од кога је набавио ствар, будући да је ствар купио јавно на тргу. Процедура се на тај начин значајно скраћивала, јер се, под утицајем хришћанства, сада заклетви давала већа доказна снага него некадашњем компликованом поступку "свода".

Да је "свод" био општесловенски институт процесног права сведоче и одредбе пољског обичајног права. Елблоншка књига такође прописује једну верзију "свода". У њеној глави XI, исцрпно се прописује начин на који се изводило ово доказно средство. Суд је прихватао доказивање "сводом" у случају када је била украдена нека покретна ствар, коњ или било која друга ствар веће вредности, дакле слично као у одредбама Руске правде. Разлика у односу на норме Руске правде била је у томе што власник спорне ствари није морао да иде од једног до другог бившег држаоца ствари. Он је имао само обавезу да суду пријави лице код којег је видео сопствену ствар која му је нестала. Тада је тренутни држалац морао суду да доказује основ државине, и уколико је тврдио да је ствар купио од некога, добијао је рок од 14 дана да то лице приведе на суд. При том је био обавезан да пружи гаранцију да ће се у датом року и сам поново појавити код судије. То је постигао уз помоћ установе "поручитеља" или "поручника".¹¹ Тренутни држалац, уколико је био савестан,

¹⁰ Исто, стр. 366.

¹¹ Установа "поручитеља" или "поручника" у литератури се различито тумачи. Најзаступљеније је гледиште да су то били солидарно одговорни чланови ширег крвнородничког колектива који су постојали у свим словенским правним системима. У најширем смислу, то је извесно лице које гарантује да ће неко извршити своју обавезу. Одговорност по основу припадности некој заједници, било терито-

остављао је јемце као гаранцију да ће се поново одазвати суду кроз 14 дана. Ако не би дошао са продавцем спорне ствари у том року, био је дужан да плати новчану казну. Добијао је још један рок од 14 дана, након кога је био дужан да плати двоструки износ казне. Уколико би пропустио и трећи дати рок, суд је доносио пресуду због одсуства туженог. У супротном, "свод" се настављао све док првобитно именовани претходни држалац ствари не би дошао на суд са лицем које није могло да докаже свој правни основ држања спорне ствари. Након тога, суд је такво лице проглашавао крадљивцем. Власник украдене ствари је тада несметано узимао натраг своју ствар, а осуђени лопов је надокнађивао штету савесним држаоцима и плаћао двоструку новчану казну.

Посебан случај доказивања "сводом" у старом пољском праву, представљало је извођење овог доказа на кнежевом суду. По мишљењу М. Винавера, у том случају рокови нису постојали, а кнез је могао од туженог захтевати да продавца спорне ствари ("сводчика") доведе било где и било кад, када и где год је кнезу као старешини и врховном судији било по вољи.¹² Вероватно су се на кнежевом суду процесуирали спорови који су се тицали интереса важнијих људи у држави или спорови веће вредности, па су и услови за извођење доказа били знатно повољнији за тужиоце него иначе.

И споменик чешког права Статути Конрада Ото-а из 1229. године помињу "свод". Члан 10. прописује: *"Када се спроводи оно, што се назива сводом, дужан је да присуствује изасланик каиштелана, судије, владара и коморника и један или двојица суседа, а више никога нека не зову, а на трећем (своду) нека се заустави. Ако неко буде ухваћен (у крађи, са спорном ствари), нека уплати 200 динара кнезу и нека да задовољење ономе ко се назива тужиоцем"*.¹³ Без посеб-

ријалној, било когнатској, позната је у свим старим правима. Код Словена је била веома заступљена, посебно у првобитном периоду када су везе са колективом биле веома јаке. У ужем смислу, тј. у смислу процедуре пред судовима "поручитељ" је могао бити и свако ко би скинуо сумњу са оптуженог – сведок, саклетвеник или претходни држалац спорне ствари у доказивању "сводом" – "сводчик".

¹² М. Винавер, Исследование памятника польского обычного права, стр. 144-145.

¹³ Г. П. Беляева, Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы, Москва, 1961, Статути Конрада Ото, чл 10, стр. 834. (превод А. Ђорђевић)

ног прописивања поступка извођења доказа "сводом", Статути одређују пред којим се све функционерима спроводио овај доказни поступак. Представници каштелана¹⁴, судије и владара¹⁵ и коморника, али и један или двојица суседа, вероватно су заједно са туженим присуствовали суочењу са ранијим држаоцем спорне ствари, тј. продавцем. Као и у Руској правди, било је дозвољено изводити доказе до трећег "свода" – *"а на трећем (своду) нека се заустави"*. Присуство суседа у поступку сведочи о дубокој старини установе "свод", која је некада била самосталан вансудски поступак, а са друге стране потврђује њено порекло још из предржавног периода. Суседи су, у та нека у писаним изворима незабележена времена, замењивали органе власти, будући да је "свод" очигледно постојао и онда када државна власт или није била конституисана или није била довољно јака да учествује у контроли једне значајне фазе у суђењу. Ова норма старог чешког права значајна је са још једног аспекта – она показује да је државна власт у време доношења Статута већ била довољно јака и спремна да, уз формално поштовање прастаре традиције, ипак наметне своје органе у контроли извођења доказа.

И српско средњовековно право помиње "свод". У повељи цара Душана од 20. септембра 1349. године којом Дубровчанима даје повластице, у чл. 10, 11. и 12. прописан је поступак извођења овог доказног средства.¹⁶ У првом од наведених чланова, одређено је да је дубровачки трговац имао обавезу "да да свод" када би купио коња на тргу, а цариник га "није оправдио", тј. положио заклетву да је Дубровчанин баш тога коња купио. У другом случају, када би трговац купио коња у "туђој земљи", а власник би га препознао као свог, трговац је могао својом заклетвом и заклетвом још једног саклетвеника скинути сумњу са себе, тако да није био у обавези "да даје свод". Из ових одредаба посредно се може закључити, да је због рационалности "свод" у другој држави био забрањен, слично као у руском и пољском праву. У таквом случају, држалац спорне ствари могао је доказати своју савесност полагањем заклетве. Чл. 12. ДЗ у извесној мери ублажава претходни пропис – власник коња би могао да га узме, уколико би га препознао код трговца, али уз обештећење.

¹⁴ Управник града или области у Чешкој, са посебним овлашћењима у правосуђу.

¹⁵ Овде "владарь" означава управника кнежевских имања која су се налазила у области каштелана, иначе председавајућег обласног суда.

¹⁶ А. Соловјев, Одабрани споменици српског права, Београд 1926, стр. 146.

Душанов законик, и то његов други део донет 1354. године, разрадио је одредбе из поменуте повеље Дубровчанима проширивши их на целокупно становништво Душанове државе. 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 кто буде купио 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."*¹⁷ 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 спорну ствар прибавио. 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.¹⁸ У прилог овој тврдњи иде и садржина члана 193. Законика 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. Тај члан гласи: *"И свод коњски и ини добитак, или кои годе, правда. Што се гуси или украде, тому да да сводника, (или)да пла-*

¹⁷ Д. Николић, А. Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, стр. 240.

¹⁸ С. Новаковић, Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354, стр. 254

ти свако само-седмо. Ако ли рече: Купих у тога земљи, да оправе душевници от глобе; ако ли га не оправе душевници, да плати с глобом".¹⁹ "Свод" као начин доказивања могао је, дакле, да се спроводи и поводом других насилно отетих и украдених ствари. Ова норма је разрада поменуте повеље дате Дубровчанима. Слично њој, уколико би неко купио украдену ствар у другој земљи, и Душанов законик предвиђа полагање заклетве од стране саклетвеника ("душевници") уместо "давања свода", јер је именоване претходног држаоца и његово довођење на суд могло да доведе до многих потешкоћа.

С друге стране, Тарановски с правом примећује да се ради о очигледној контрадикторности ових двају чланова Душановог законика. У чл. 180. Законика "свод" као доказ равноправан је у земљи и у иностранству, а у чл. 193. забрањен у туђој земљи.²⁰ Једино могуће објашњење је да је ипак, као и у руском и пољском праву, био неограничено могућ у домаћој земљи, а знатно сужен у иностранству. Посредан доказ може да буде и чл. 132. Душановог законика, којим се законитост прибављања ствари у туђој земљи доказивало "поротницима" – тј. саклетвеницима.

Још занимљивије јесте тврђење 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 на то да се древни поступак "свода" у одређеном облику могао препознати у писаним актима из времена устаничке Србије из 1811. и 1812. године.²¹ То још једном потврђује заиста изузетну снагу и живавост правних обичаја у пракси, без обзира на протек времена од њиховог последњег појављивања у законским текстовима.

Веома су значајна и истраживања Валтазара Богишића од 1873. године, посебно због тога што су се заснивала на прикупљању грађе на основу анкетаирања испитаника са јужнословенских простора. Наиме, на описно питање о институту "свод", испитаник је одговорио да се "у бесудно доба" испитивало одакле је украдена ствар доспела у руке туженог, описујући тако читаву процедуру некада предвиђе-

¹⁹ Д. Николић, А. Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, стр. 242.

²⁰ Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, стр. 754-755.

²¹ С. Новаковић, Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354, стр. 255

ну средњовековним изворима. Једина је разлика што се назив "свод" у другој половини XIX века више није употребљавао, већ да се тада, у Црној Гори, означавао термином "пређе преко руках".²²

На основу свих поменутих одредаба законских текстова о процесноправном институту "свод", може се закључити да се ради о особеној и оригиналној правној установи словенског права која порекло води још из најдревнијег периода. У предржавно доба, "свод" је постојао као вансудски, посебан начин за решавање спорова поводом крађе драгоцених покретних ствари, најчешће коња или стоке. Током времена, он израста у доказно средство које се изводило у присуству помоћних органа суда, под утицајем јачања државне судске власти и ширења њених компетенција. У земљама на чијој су територији важили сви поменути релевантни правни извори, по свему судећи, "свод" се спроводио без ограничења. Будући да је судска власт у средњем веку уопште, а посебно у појединим словенским земљама имала тачно одређену надлежност, "свод" се ван граница сваке јурисдикције или није спроводио или се спроводио уз многе потешкоће и ограничења. Веома је важно подвући да је ова установа процесног права упркос протоку времена и измењеним друштвеним, политичким и правним приликама, доспела и у текстове закона XIX века, а што је још импозантије, да се примењивала у пракси и на тај начин опстала и у људском сећању после неколико векова. У том смислу "свод" може послужити и као пример друштвеног и правног феномена, који опстаје у форми обичаја и усменог права без обзира на прекинуту државноправну традицију конкретног географског простора.

²² В. Богишић, Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији, (Избрана дјела III), Подгорица 2004, стр. 307-309.

*Aleksandar Đorđević, LLB
Junior Assistant,
Faculty of Law, University of Niš*

**“SVOD” – A LEGAL PROCEDURE AND AN EVIDENTIARY
INSTRUMENT IN SLAVIC LAW**

Summary

Svod is a procedural and evidentiary instrument which can be traced in the historical sources of law of almost all Slavic peoples. For this reason, it may be considered as an archaic pan-Slavic and proto-Slavic institute. In the historical legal documents of the medieval Russia, (Czech) Bohemia, Poland and Serbia, this institute employs the same legal term and is commonly classified in the so-called antiquam iuris of the Slavic law. This ancient custom originally came into being in the period of clan and tribal communities, as a means of out-of-court settlement. In the course of time, it grew and developed into an important procedural and evidentiary instrument in legal proceedings before state courts. By its legal nature, this legal instrument was a combination of a property claim (rei vindicatio) and a personal claim (actio furti) in case of theft. The essence of this institute was a face-to-face encounter with another person. In the proceeding, the plaintiff required from the wrongful possessor of the property under dispute to prove the legal title to his possession (ius titulus). Given some restrictions, this proceeding was successively repeated with other persons until an encountered person was unable to prove a valid legal title to his possession. As a result, the plaintiff was entitled to repossess the property at issue from the unlawful possessor.

Keywords: *svod, face-to-face encounter, Slavic law, court proceeding, Russkaya Pravda (Russian Customary Law), (Czech) Bohemia, Poland, Dushan's Code (Serbia)*

**МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ВАНУГОВОРНЕ ОБЛИГАЦИЈЕ У
КОМУНИТАРНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ¹**

Апстракт: Регулатива Рим II дефинише колизионе норме за вануговорну одговорност у грађанској и трговинској материји, укључујући одговорност за производ, незвано вршење туђег посла и *and supra in contrahendo*. Она нема за циљ усаглашавање супстанцијалних норми у овој материји већ уводи јединствене колизионе норме које ће се примењивати увек када је заснована надлежност суда чланице Уније, без обзира да ли, у конкретном случају, упућују на примену права земље чланице или треће државе. Регулатива се примењује од 11. јануара 2009. године, у свим државама Уније, осим Данске. Њено усвајање означава и окончање процеса хармонизације колизионих норми за грађанске и трговинске облигације који је отпочео доношењем регулативе Брисел I и Рим I.

За поједине врсте штете предвиђене су и посебне колизионе норме, а одређена питања су искључена из поља примене Регулативе.

Република Србија је 2008. године ратификовала Споразум о стабилизацији и придруживању закључен са Европском унијом којим је преузела обавезу да изврши хармонизацију супстанцијалног права али и колизионих норми са релевантним комунитарним инструментима. У овом раду, аутор ће покушати да изврши анализу норми Регулативе Рим II и да их

¹ Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета у Нишу „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије под бројем 149043Д.

упореди са домаћим колизионим нормама у овој материји у циљу одређивања разлика које треба превазићи.

Кључне речи: Регулатива Рим II, вануговорне облигације, директна штета, деликти, одговорност за производ, нелојална конкуренција, повреда животне средине, *culpa in contrahendo*, *negotiorum gestio*, неосновано обогаћење.

1. Увод

Идеја о унификацији колизионих норми у материји вануговорних облигација везује се за 1972. годину и доношење Преднацрта Конвенције о меродавном праву за уговорне и вануговорне облигације. Постојеће разлике националних колизионих норми у овој материји су биле много веће него у случају уговора. Државе чланице су као примарну тачку везивања за вануговорне облигације, углавном, предвиђале место извршења деликта. Међутим, примена *lex loci delicti commissi* је изазивала проблеме ако би се места извршења противправна радња и наступања штете налазила у различитим државама. У овом случају, традиционално решење водило је примени права државе у којој је наступио штетни догађај. Новије тенденције биле су усмерене на одређивање меродавног права на основу места наступања штете. Значајан број држава чланица дозвољавао је оштећеном, на основу принципа *in favor victimae*, избор права које је за њега најповољније, док су друге, препуштале судовима избор меродавног права у конкретном случају, на основу најтешње везе као основне колизионе норме или специјалне клаузуле одступања.

Међутим, улазак Уједињеног Краљевства, Ирске и Данске у Европску унију проузроковао је да само колизионе норме за уговоре буду унификоване у виду међународног уговора – Римске конвенције о меродавном праву за уговорне облигације (Рим I), будући да се сматрало да је регулисање овог питања приоритетно.² Рад на усвајању јединствених колизионих норми у материји вануговорних облигација прекинут је 1978. године. *Groupe européen de droit internatio-*

² *Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ C 27, 26/01/1998.*

nal privé (GEDIP) сачинила је 1988. године Предлог Европске конвенције о меродавном праву за вануговорне облигације, чиме је након тачно двадесет година овај процес поново покренут. Наиме, Европска комисија је, 1998. године, на основу наведеног документа, израдила Преднацрт Регулative о меродавном праву за вануговорне облигације и маја месеца 2002. године изложила га увиду јавности. По први пут, у области комунитарног међународног приватног права, примењен је поступак саодлучивања.³ Регулative о меродавном праву за вануговорне облигације (“Регулative Рим II“) коначно је усвојена 11. јула 2007. године, након интензивних преговора и расправа о бројним амандманима Европског парламента.⁴ Ступила је на снагу 20.08.2007. године, а примењиваће се од 11.01.2009. године у свим државама чланицама, осим у Данској.

Регулative нема утицаја на примену међународних конвенција које су већ ступиле на снагу, али има предност у односу на уговоре закључене само између држава чланица, у делу у којем је регулисано меродавно право за вануговорне облигације. Државе чланице су имале обавезу да до 11. јула 2008. године пријаве Комисији конвенције које примењују у овој материји. Ради очувања правне сигурности, Комисија има дужност да публикује листу релевантних конвенција у службеном листу ЕУ. С друге стране, она је обавезна да изради студију о ефектима примене Регулative Рим II узимајући у обзир, нарочито, Хашку конвенцију о праву меродавном за друмске саобраћајне незгоде од 4. маја 1971. године.⁵ Такође, Регулative не искључује могућност примене колизионих норми о меродавном праву за вануговорне облигације које су прописане другим комунитарним инструментима. Она нема утицаја на примену других прописа Уније чији је циљ омогућавање функционисања унутрашњег тржишта, осим уколико се они не би могли применити упоредо са меродавним правом одређеним на основу Регулative. Она не сме изазва-

³ Члан 251 ст. 2 Уговора о ЕЗ. Поступак подразумева да Европска комисија сачињава Предлог, Европски Парламент даје своје мишљење и евентуално, упућује амандмане. Након тога Савет, квалификованом већином, доноси коначну одлуку.

⁴ *Regulation (EC) No 864/2007 on the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to the non-contractual obligations, OJ L 19, 31.07.2008.*

⁵ Студија ће бити сачињена најкасније до 20. 08.2011. године.

ти ограничења слободног кретања добара и услуга, посебно имајући у виду Директиву 2003/31/ЕЗ о одређеним правним аспектима електронске трговине на унутрашњем тржишту.⁶ Питање односа националних судова према страном праву, нарочито у погледу учесталости случајева у којима је оно било меродавно, као и његове правилне примене, представља још један део студије коју ће до 20. августа 2011. године изградити Комисија.

Треба нагласити да је ступањем на снагу ове Регулative и конверзијом Римске конвенције о меродавном праву за уговоре у Регулative⁷ окончан процес стварања кохерентног сета коминитарних инструмената у овој материји међународног приватног права Уније, који је отпочео усвајањем Регулative Брисел I.⁸

2. Поље примене Регулative Рим II и надлежност за деликте и квазиделикте

За потребе Регулative, све вануговорне облигације подељене су у две категорије – на оне које за свој основ имају деликт⁹ и на оне које настају поводом квазиделиката, под којима се подразумевају неосновано обогатење и незвано вршење туђег посла. Међутим, разгра-

⁶ *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market (Directive on electronic commerce, OJ L 178, 17.7.2000, <http://eur-lex.europa.eu>. Директива у члановима од 12 – 14 предвиђа следеће случајеве искључења одговорности за штету: 1) уколико је лице само пренело информације у електронском облику, 2) ако је привремено сачувало податке у електронском облику, 3) ако их је сачувало у дужем периоду, на захтев трећег лица.*

⁷ *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) OJ L 177/6, 04/07/2008, <http://eur-lex.europa.eu>. Регулative ће се примењивати од 17. 12. 2009. године на уговоре који су закључени након овог датума и то у свим државама чланицама, осим у Данској и Уједињеном Краљевству.*

⁸ *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12/1, - 16/01/2001, <http://www.eur-lex.europa.eu>.*

⁹ У земљама англо-саксонског правног система деликт се означава и термином „*tort*“ (лат. *torquere*).

ничење између уговорних и вануговорних облигација није уједначена у свим државама чланицама, што може изазвати несигурност приликом квалификације правне категорије. То практично значи да ће се јавити дилема коју регулативу треба применити у конкретном случају – Рим I или Рим II. Проблем се најчешће везује за одговорност која претходи закључењу уговора - *culpa in contrahendo*. Регултива Рим II решава евентуалне недоумице будући да се она, на основу експлицитних одредаба, примењује и за одређивање меродавног права за предуговорну одговорност.¹⁰ Такође, Регултива се примењује независно од карактера надлежног органа који поступа у конкретном случају.

Из поља примене Регултиве искључени су приходи, царине, административне радње, одговорност државе за мере које предузима у оквиру свог импреријума (*acta iure imperii*), као и вануговорне облигације које настају поводом:

- 1) породичноправних и њима сличних односа, укључујући и оне који се тичу имовинског брачног режима и обавезе издржавања,¹¹
- 2) наследноправних односа,
- 3) преносивих инструмената плаћања као што су чекови, менице, хартија по наредби и сл.,
- 4) компанијског права (настанак, правна способност, одговорност чланова, итд.),
- 5) добровољних трастова који су основани писаним актом, односа између сетлора, трастија и бенефицијара,
- 6) нуклеарне штете,
- 7) повреде права приватности путем медија (*defamation*).

У циљу постизања општег компромиса одустало се од регулисања повреде права приватности путем медија овим комунитарним

¹⁰ Поред овог термина, широко прихваћеног у нашем праву, користи се и појам пре-уговорна одговорност, као вернији превод са француског и енглеског језика, који више одговара правом карактеру ове врсте одговорности (*responsabilité - précontractuelle/precontractual liability*). Видети више: М. Орлић, *Оглед о одговорности за прекид преговора*, Правни живот бр.10/1996, Београд, 1996, стр. 532.

¹¹ Одредба која се односи на правне односе који имају ефекте који се могу упоредити са дејствима породичних односа тумачи се у складу са правом државе чланице чији суд поступа у конкретном спору. Видети: Рим II, стр. 1(10).

инструментом. Наведено питање било је предмет најинтензивнијих преговора и дебата, али се коначни споразум о општем приступу овом проблему није могао постићи. Ипак, није се одустало од идеје хармонизовања колизионих норми и у овој материји. Наиме, Регулотивом је предвиђена обавеза за Комисију да до краја 2008. године, изради студију о меродавном праву за вануговорне облигације које проистичу из повреде права на приватност, укључујући и одредбе о слободи штампе и јавног изражавања у медијима.

Колизионе норме Регулативе имају *универзалну примену*. То значи да се може применити и право државе нечланице уколико је, у конкретном случају, оно меродавно на основу јединствених колизионих норми. Уколико Регулатива Рим II не би имала овакво дејство, судије би, у зависности од тога да ли је спорни однос повезан са земљом чланицом или трећом државом, морале да консултују или јединствене или националне колизионе норме. Универзална примена је од пресудног значаја за остваривање правне сигурности и предвидљивости меродавног права. Исти принцип је у материји меродавног права за уговоре већ уведен Регулотивом Рим I.

Меродавно право за вануговорне облигације, одређено на основу колизионих норми Регулативе, регулише и следећа питања:

1. основе и проширење одговорности, укључујући и круг лица за која се може тврдити да су одговорна,
2. основе ограничења, искључења и поделе одговорности,
3. постојање, природу и процену штете, као и право на правни лек,
4. мере на чије је предузимање суд овлашћен ради спречавања или окончања повреде или штете, или које треба да омогуће надокнаду штете (у оквиру граница националних процесних права),
5. пренос потраживања, укључујући наслеђивање,
6. круг лица овлашћених да траже надокнаду услед штете коју су лично претрпела,
7. одговорност за другога,
8. начине престанка обавезе и правила о застарелости.

Регулатива Рим II се примењује за одређивање меродавног права за деликте и квазиделикте у сваком случају када је суда државе чланице надлежан на основу одредаба Регулативе Брисел I. Наиме, она предвиђа надлежност суда оне државе чланице у којој тужени има

пребивалиште, без обзира на његово држављанство. Квалификација пребивалишта врши се према *lex fori*. Изузетно, лице може бити тужено суду државе чланице у којој нема пребивалиште, уколико су испуњени услови за заснивање неког вида специјалне надлежности. Један од њих је и надлежност за деликте и квазиделикте. Она се одређује према месту наступања штетног догађаја или места где би он могао да наступи. У случају да су штетни догађај и његова последица наступили у различитим државама Уније, Европски суд правде је заузео став да се поступак може покренути пред судом у било којој од њих, у зависности од избора оштећеног. Међутим, за спровођење доказног поступка релевантна су оба места.¹² Овај суд је место наступања штете квалификовао као место у којем је претрпљена директна штетна последица и није био склон да дозволи заснивање надлежности судова на чијим подручјима су наступале остале штетне последице.¹³ Увођење јединствених колизионих норми за вануговорне облигације омогућава повећање правне сигурности будући да ће их Европски суд правде уједначено тумачити. Осим тога, примена права треће државе, до које би могло доћи на основу Регулative, не би била сметња признању и извршењу такве одлуке у другим чланицама Уније. Наиме, иако Регулative Брисел I предвиђа поједностављен поступак за одлуке које су донели судови држава чланица, чињеница да је у конкретном случају она добијена применом права треће државе нема утицаја.

¹² Case 21/76 *Mines de Potasse d' Alsace* [1976] ECR 1735 (30.11.1976). Случај се односи на транснационално загађење реке Роне до којег је дошло услед испуштања алкалних соли у Француској изазвавши тиме штету у Холандији. Наведено према: House of Lords, *8th Report of Session 2003 – 2004, Rome II Regulation, Report with Evidence*, HL 66, стр. 12, <http://www.publications.parliament.uk>.

¹³ Case C-220/88 *Dumez France and Tracoba* [1990] ECR I-49, Case C-364/93 *Marinari* [1995] ECR I-2719. Case C-168/02, *Rudolf Kronhofer v Marianne Maier and Others*. 15/01/2004. Наведено према: House of Lords, *loc. cit.*

3. Одређивање меродавног права

3.1. Грађанскоправни деликти (*delict/tort*) и одредбе заједничке за све вануговорне облигације

Међународна размена добара и услуга има за последицу и појаву деликата који су својим релевантним елементима везани за више суверенитета. У упоредном праву, супстанцијалне одредбе у овој области су веома различита, нарочито у погледу правних последица деликата (процене и утврђивања одговорности, услова и висине надокнаде штете).¹⁴

Најстарија тачка везивања за решавање сукоба закона за грађанскоправне деликте јесте *lex loci delicti commissi*. Место извршења деликта као колизиони принцип уведено је још у XIV веку (Бартолус), да би са појавом холандско-фламанске школе своју теоријску обраду добило у делима Паулуса Фута. Наведено решење је било општеприхваћено и веома дуго доминирало у овој материји. Ипак, са развојем правног саобраћаја, али и услед све веће миграције људи, ово колизионо правило показивало је извесне недостатке. Основни проблем примене *lex loci delicti commissi* везује се за случајеве непоклапања места извршења и места наступања последица штетног догађаја. У савременом међународном приватном праву ова дислокација може створити озбиљне потешкоће које смањују правну сигурност и доприносе арбитрерном понашању судова. У циљу превазилажења проблема уведена су и одређена алтернативна решења. Као корективи основног колизионог принципа, генерално, могу се навести *lex fori*, *favor victimae* и најближа веза. Примена *lex fori* је имала ограничен домашај јер се односила само на решавање питања противправности спорне радње. У погледу свих осталих питања примењивао се закон места извршења деликта. Овакво решење је дуго било прихваћено у англосаксонском правном систему, док га данас примењује алжирско право и, до ступања на снагу Регулative Рим II, мађарско право¹⁵. *Favor victimae* представља вид компромисног решења које

¹⁴ У неким држава се полази од теорије о субјективној или објективној одговорности, а честа су и компромисна решења.

¹⁵ Видети чл. 20 Грађанског законика Алжира и чл. 34 Уредбе са законском - снагом Мађарске из 1979. године, Живковић, М., *Међународно приватно право: националне кодификације, књига I*, Београд, 1996, стр. 14 и 253.

узима у обзир и место извршења деликта и место наступања последица штетног догађаја, али је за одређивање меродавног права релевантан интерес оштећеног. *Принцип најближе везе* уведен је најпре у англоамеричком правном систему. У том смислу амерички *Restatement II*, необавезан али ауторитативан акт, садржи колизионе норме за деликт још од 1964. године и предвиђа два решења: 1) меродавно право за деликте је оно право које је у најзначајнијој вези са штетним догађајем и странкама и 2) приликом утврђивања најближе везе посебно се узима у обзир место наступања штете, место деликтне радње, домицил, држављанство, место регистрације односно пословно седиште странака, место у којем су односи странака концентрисани (ако постоји повезаност између ових лица), као и друге околности начелне природе.¹⁶ Ипак, америчко становиште имало је одређени одјек и на европскоконтинентални правни систем. Наиме, извршено је издвајање одређених случајева, у којима спорни правни однос не гравитира ка месту извршења деликта те се предвиђа нека друга тачка везивања. За разлику од решења америчког права, европске земље су у својим законодавствима прецизирале услове за одступање од основног колизионог принципа.¹⁷

Основна колизиона норма коју уводи Регулатива Рим II јесте *lex loci damni*. Ова тачка везивања је додатно прецизирана, будући да се односи на место наступања директне штете, али и на место њеног вероватног (претпостављеног) наступања.¹⁸ Оваква квалификација омогућује подношење тзв. превентивних тужби, као што је тужба за одређивање судске забране. С друге стране, јединствене колизионе норме треба да обезбеде предвидљивост судске одлуке и да омогуће разумну равнотежу интереса лица за које се тврди да је одговорно и оштећеног. Управо веза са државом у којој је *директна* штета наступила ствара наведену равнотежу и, уједно, представља остваривање модерног концепта грађанске одговорности. Уколико лице за које се тврди да је одговорно и оштећени имају *редовно боравиште у ис-*

¹⁶ Видети Варади, Т., Кнежевић, Г., Бордаш, Б., *Међународно приватно право*, седмо неизмењено издање, Нови Сад, 2005, стр. 425.

¹⁷ Члан 32 Уредбе са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске из 1979. године, члан 45 Грађанског законика из 1967. године Португала. М. Рочкомановић, *Међународно приватно право*, четврто измењено и допуњено издање, Ниш, 2006, стр. 454 и 459.

¹⁸ Сходно члану 2 ст. 3 (а и б).

тој држави, у тренутку наступања штете, одредбе Регулative предвиђају примену права ове државе. При томе се врши и квалификација редовног боравишта. За правна лица оно се поклапа са седиштем главне управе. Међутим, одређивање овог места биће проблематично када су у питању мултинационалне компаније. У том смислу, треба очекивати тумачење Европског суда правде. Редовно боравиште за филијалу, заступништво и друге врсте пословних јединица одређује се према месту где су оне лоциране. Уколико је у питању физичко лице које је делало приликом обављања пословних активности, редовно боравиште се поклапа са местом централног половања.¹⁹

Место наступања директне штете у случају *друмских незгода* подразумева државу у којој се незгода догодила, без обзира на евентуалну материјалну или нематеријалну штету која је претрпљена у некој другој земљи. Решење које усваја Регулative разликује се од оног које предвиђа Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде из 1971. године, која је на снази у појединим државама чланицама.²⁰ Конвенција предвиђа као основно решење *lex loci delicti comissi*, при чему је одређује извештан број изузетака. Они су засновани на другој тачки везивања – *месту регистрације возила*. Да би се применило ово право потребно је да су су сва возила која су учествовала у саобраћајној незгоди регистрована у истој држави. Лица која су се налазила ван возила, а актери су незгоде, морају имати редовно боравиште у држави у којој су возила регистрована. Такође, потребно је и да одговарајући захтев поднесе возач, држалац, сопственик или друго лице које полаже неко право на возило или жртва која је била путник и има редовно боравиште ван државе у којој се догодила незгода, или да захтев поставља жртва која није била путник, а налазила се ван возила. Уколико у незгоди има више оштећених, меродавно право се одређује за свако од њих посебно, тако да се може десити да је за неке од њих меродавно право државе регистрације, а за друге право земље у којој је дошло до незгоде, без обзира што су сви они учесници истог инцидента. У

¹⁹ Члан 23 Регулative.

²⁰ Аустрија, Белгија, Чешка Република, Француска, Литванија, Латвија, Луксембург, Холандија, Пољска, Португал, Словачка, Словенија и Шпанија.

погледу штете на стварима које су се налазиле у возилу и које припадају путнику или су му биле поверене, примењује се право које је меродавно на основу Конвенције. За штету на стварима у возилу које не припадају путницима и нису му биле поверене, меродавно је право које се примењује на одговорност према власнику возила. Ако је штета причињена стварима ван возила, меродаван је *lex loci delicti comissi*, а ако је она нанета личним стварима жртве која се налазила ван возила меродавно је право које се примењује према жртви. У случају друмских саобраћајних незгода државе ЕУ које су уговорнице ове Хашке конвенције примењиваће њене одредбе, а не колизионе норме Регулативе. У том смислу, важно је напоменути да се ова Конвенција примењује без услова реципроцитета.

Рим II, као и Регулатива Рим I, предвиђа и **специјалну клаузулу одступања** која је коректив основног колизионог решења и омогућава суду да прилагоди норму атипичним околностима конкретног случаја. Суд је на основу ње овлашћен да одступи од примене редовно меродавног права и вануговорну облигацију регулише правом оне државе са којом је, на основу свих околности случаја, очигледно ближе повезана („*proximity criterion*“).²¹ На овај начин ствара се флексибилни концепт колизионих норми. Под термином „околности случаја“ подразумева се постојање правног односа који су одговорно лице и оштећени засновали пре извршења деликта, нарочито уколико је реч о уговору који је повезан са конкретним деликтом.

Регулатива Рим II предвиђа могућност одређивања меродавног права и **аутономијом воље**. Споразум о овом питању оштећени и одговорно лице могу закључити након наступања штетног догађаја, али и пре овог тренутка, под условом да обављају комерцијалну делатност. Избор меродавног права може бити извршен на изричит начин или прећутно, уколико са разумном сигурношћу произилази из околности случаја. Он не може утицати на права трећих лица. Међутим, уколико је штета претрпљена, а сви релевантни елементи конкретног случаја су, у тренутку наступања штетног догађаја, били лоцирани у држави различитој од оне чије је право одређено као меродавно, избор неће спречити примену норми ове државе који не могу бити дерогирани споразумом. Уколико су, у тренутку наступања

²¹ Члан 4 ст. 3.

штетног догађаја, ови елементи били лоцирани у једној или више земаља чланица Европске уније, а странке су одредиле право треће државе као меродавно, тиме се не искључује примена одговарајућих одредби комунитарног права које се не могу дерогирати споразумом а које су имплементирани у право државе форума. Одредбе Регулative не ограничавају примену *импретивних одредби државе форума* без обзира на право које је меродавно у конкретном случају.

Заједничке опште одредбе за све вануговорне облигације односе се на надокнаду штете од осигуравача одговорног лица, суброгацију и одговорност више лица. Допуштена је могућност да оштећено лице поднесе *директну тужбу за надокнаду штете против осигуравача одговорног лица*, уколико то предвиђа право меродавно за вануговорну облигацију или за уговор о осигурању. *Суброгација* означава могућност да једно лице (“поверилац”) има вануговорни захтев према другом лицу (“дужник”), а треће лице има обавезу да намири потраживање повериоца. Уколико је треће лице већ намирило потраживање, меродавно право за његову обавезу према повериоцу уједно регулише и његово овлашћење да према дужнику остварује она права која према овом лицу има поверилац. *Одговорност више лица* постоји уколико поверилац има исти захтев према више одговорних дужника. Уколико је један од њих већ намирио потраживање (надокнадио штету), у целини или делимично, меродавно право за ту дужникову обавезу према повериоцу регулисаће и могућност регреса.

3.2. Одговорност за производ

Колизионе норме које су предвиђене Регулative односе се и на вануговорне облигације које настају из објективне одговорности (*strict liability*) који постоји и у случају производа са недостацима.²² Сматра се да је продавац одговоран за сваки мањкави или ризични производ који представљају претњу за безбедност потрошача. Концепт се заснива на претпоставци да произвођач представља своје производе јавности као примерене за конкретни вид употребе, а ради продаје. Да би се применила ова врста одговорности, неопходно је доказати суду да је производ био мањкав у тренутку када је ста-

²² Видети: Рим I, стр. 1 (11).

вљен у промет. Лице које продаје производ који представља опасност која се не може разумно очекивати, одговоран је за штету проузроковану крајњем потрошачу или лицу које га употребљава, уколико је производ, према очекивањима, доспео до потрошача без супстанцијалне промене стања у којем је продат.

Материја одговорности за производ већ је била предмет хармонизације доношењем Директиве о одговорности за производ из 1985. године.²³ Она је измењена Директивом 1999/34/ЕЗ²⁴, али се промене односе само на проширивање њеног поља примене на примарне пољопривредне производе. Основни циљ ових инструмената јесте уједначавање супстанцијалних права држава чланица у овој материји. Међутим, Директивом није остварена пуна хармонизација. Она нема утицаја на националне норме о одговорности на основу кривице, на које се оштећени увек може позвати. Осим тога, поље примене Директиве односи се само на поједине врсте штете.²⁵ Ипак, у извесним аспектима Директива допуњује Регулативу Рим II јер дефинише појам производа са недостатком. То је сваки производ који не пружа безбедност коју лице има право да очекује, ценећи све околности случаја, укључујући и презентацију производа, његову употребу која се може разумно очекивати и тренутак када је отпочела комерцијална дистрибуција.²⁶

Ову материју регулише и Хашка конвенција о меродавном праву за одговорност за производ из 1973. године која је на снази у шест држава чланица.²⁷ Она се примењује на одговорност произвођача финалног производа и његових саставних делова, произвођача при-

²³*Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.*

²⁴*Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*, O J L 141, 04/06/1999, <http://www.eur-lex.europa.eu>.

²⁵Члан 9: Штета изазвана смрћу или телесним повредама; штета или уништење било ког имовинског добра намењеног приватној употреби или потрошњи, осим самог производа са недостатком, при чему је најнижи износ 500 еура.

²⁶Члан 6.

²⁷Словенија, Финска, Француска, Луксембург, Холандија и Шпанија. Она је на снази и у Републици Србији. Примењује се без услова реципроцитета.

родних производа, добављача и других лица под којима се подразумевају и она која врше поправке, магационери, агенти и запослени који су део ланца припреме и комерцијалне дистрибуције наведених производа.²⁸ Меродавно право се одређује на основу сложене комбинације следећих тачака везивања: *lex loci damni*, редовно боравиште оштећеног, централно место пословања произвођача, место куповине производа. При томе, Конвенција регулише вануговорну одговорност за штету која је причињена трећим лицима, али не и купцу производа јер онда између њега и одговорног лица постоји уговорни однос.²⁹

Регулатива уводи супсидијарно везивање, које би требало да омогући правичну поделу ризика у модерном, технолошки развијеном друштву. Даље, оно би требало да допринесе заштити здравља потрошача, али и да осигура неометану тржишну конкуренцију. Меродавно право се примарно одређује **према месту редовног боравишта оштећеног у тренутку када је штета настала, уколико је производ био присутан на тржишту те државе**. У овом случају, меродавно право је предвидљиво и за оштећеног и за лице за које се тврди да је одговорно.³⁰ За лице које је претрпело штету, зато што се примењује право државе у којој се налази центар његових животних и пословних интереса. При томе, треба имати у виду да ће потрошач, у највећем броју случајева, у овој земљи најчешће и купити такав производ. За одговорно лице меродавно право је предвидљиво зато што оно унапред планира дистрибуцију производа и пласира их на тржишта која жели да освоји. Уколико оба ова лица **имају редовно боравиште у истој држави, у тренутку наступања штете**, примениће се њено право. Међутим, може се догодити да оштећени купи производ са недостатком у држави у којој нема редовно бора-

²⁸ Члан 3.

²⁹ Члан 1 ст. 2. Ова Конвенција би се и даље примењивала између чланица које су биле њене уговорнице на дан ступања на снагу Регулative Рим II.

³⁰ Израз „лице за које се тврди да је одговорно“ не мора да обавезно означава - произвођача финалног производа. То може бити и произвођач компонената, сервисер или посредник. Свако ко увози производ у Унију се под одређеним условима сматра одговорним за његову безбедност, на исти начин као и произвођач. Commission of the European Communities, *Proposal for the Regulation of the European Parliament and the Council on the Law applicable to non - contractual obligations*, COM(2003) 427 final, стр. 15, <http://eur-lex.europa.eu>

виште. Овде треба разликовати два случаја. У првом, производ је легално доступан и у држави његовог редовног боравишта, али га је из неког разлога, најчешће због нижих цена или специјалних понуда, набавио у другој држави. У другом, производ није легално доступан на тржишту државе редовног боравишта оштећеног. У првом случају, примена права редовног боравишта оштећеног сасвим је оправдана. За други случај уводи се посебна колизиона норма која упућује на примену **права државе у којој је производ купљен, уколико је био пласиран на њеном тржишту**. На тај начин се обезбеђује једнака заштита потрошача који је производ набавио ван своје државе и оног који је то учинио у својој земљи. Уколико се на наведени начин не би могло одредити меродавно право, примениће се **право државе у којој је наступила штета, уколико је био пласиран на њеном тржишту**. Ипак, ако лице за које се тврди да је одговорно није могло са разумном сигурношћу предвидети продају конкретног производа или оног сличне врсте у земљи чије би право било меродавно према било ком од претходно наведених решења, спорни однос биће регулисан **правом државе редовног боравишта овог лица**. Наведена одредба је значајна у савременим условима пословања који подразумевају и интензиву мобилност људи и потрошних добара. Штавише, она је идентична одредби члана 7 Хашке конвенције из 1973. године.³¹ Последња могућност коју Регулатива предвиђа јесте **специјална клаузула одступања**. Уколико је из свих околности случаја јасно да је деликт очигледно ближе повезан са неком другом државом чије право не би било меродавно на основу претходних решења, примениће се право те државе. Уговор који је био закључен између странака пре наступања штетног догађаја третира се као чињеница која нарочито потврђује постојање наведеног интензитета везе. Осим тога, специјална клаузула одступања може бити потребна у случају „посматрача“ (*bystanders*). То су лица која нису купила производ са недостатком, али су претрпела штету. Уколико путник у аутомобилу који је купило друго лице доживи сао-

³¹ „Neither the law of the State of the place of injury nor the law of the State of the habitual residence of the person directly suffering damage shall be applicable by virtue of Articles 4, 5 and 6 if the person claimed to be liable establishes that he could not reasonably have foreseen that the product or his own products of the same type would be made available in that State through commercial channels.“ Подвукао аутор.

браћајну незгоду проузроковану лошим функционисањем кочница или ако пролазник буде ударен аутомобилом над којим се услед неисправног кочионог система, који је последица фабричке грешке, не може успоставити контрола, онда је примена права државе у којој је производ купљен неодговарајућа и неправична јер ниједан од оштећених није повезан са том државом.³² Будући да адекватно решење у овим случајевима зависи од анализе специфичних околности случаја специјална клаузула одступања допушта суду да у атипичним случајевима примени право на основу најближе везе. У материји одговорности за производ са недостацима искључена је могућност одређивања меродавног права аутономијом воље.

Треба имати у виду да се спорови у овој материји често решавају вансудским поравнањима, будући да су често укључени и осигуравачи. Увођење истих стандарда безбедности производа за све произвођаче, онемогућава да се производи из земаља које имају ниже стандарде извозе у друге државе Уније.

3.3. *Обустава рада, нелојална конкуренција и акти који ограничавају слободну конкуренцију*

Будући да се концепт *обуставе рада* разликује у националним системима држава чланица, Регулатива је дефинише као штрајк или затварање. Меродавно право се одређује према месту у којем је дошло до обуставе рада, без обзира да ли је она окончана или још увек траје.³³ Ова норма се примењује независно од услова обуставе рада и правни статус синдиката, односно других представика радника који су предвиђени правима држава чланица. За обуставу рада могу бити одговорни запослени, послодавац или синдикати.

Увођење посебне колизионе норме за *нелојалну конкуренцију* резултат је инсистирања Европског парламента. За штету насталу услед нелојалне конкуренције меродавно је право државе у којој је директна последица већ наступила или у којој је то вероватно. То је она зе-

³² Пример наведен према: Max-Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law applicable to non – contractual obligations*, стр. 21,

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/max_planck_en.pdf.

³³ Члан 9.

мља у којој су нарушени односи тржишне конкуренције или у којој су директно и супстанцијално погођени колективни интереси потрошача, односно у којој је вероватно да ће до повреде. Уколико нелојална конкуренција у пракси погађа искључиво интересе одређеног конкурента, меродавно право је оно које регулише деликте.³⁴ Вануговорне облигације које настају услед аката којима се *ограничава тржишна конкуренција* односе се како на повреду националног тако и на повреду комунитарног права. У овом случају меродавно је право државе чије је тржиште погођено или у којој је вероватно да ће повреда наступити. Уколико наведена тачка везивања упућује на примену права више држава, тужилац може да свој тужбени захтев заснива на праву државе форума, под одређеним условима. Наиме, неопходно је да је оштећени поднео тужбу суду у пребивалишту одговорног лица и да је и тржиште државе форума директно и супстанцијално нарушено истим актима ограничења конкуренције на којима је заснована тужба. У случају да је она поднета против више лица, тужилац може изабрати *lex fori* као меродавно право само ако је акт ограничења на коме се заснива тужба према сваком од туженика директно и супстанцијално погодио тржиште те државе. Сврха ове одредбе је заштита слободне конкуренције обавезивањем учесника на *fair play*.³⁵ Циљ је да се заштите не само конкуренти већ и потрошачи и јавност, имајући у виду дејства која ови акти имају на тржиште у целини, на интересе конкурената и опште интересе потрошача као групе. На основу формулације члана 6 Регулative чини се да би тужбу због нелојалне конкуренције могли поднети оштећени конкурент, потрошач као појединац и удружења потрошача. Ипак, нелојална конкуренција нема прецизно дефинисано значење у земаљама *common law* система које заштиту пружају санкционишући је кроз друге облике вануговорне одговорности, као што су поједини економски деликти.³⁶ У том смислу појам нелојалне конкуренције треба да обухвати и европско-континентално и савремено право тржишне утакмице. Под последњим наведеним термином подразумева се нпр, ограничење производње, тржишта или техничког развоја ко-

³⁴ Видети 3.1.

³⁵ Спречавање изнуђених продаја, бојкота, ометања испорука, потплаћивања особља конкурента, и сл.

³⁶ Видети више: House of Lords, *op.cit*, стр. 34.

ји погађају потрошаче, закључивање уговора којима друга страна прихвата додатне обавезе које по својој природи или с обзиром на комерцијалну употребу нису повезани са предметом таквог уговора.³⁷ У материји вануговорних облигација насталих услед нелојалне конкуренције и аката ограничења слободне тржишне утакмице меродавно право не може бити одређено споразумом. Комплементарност која постоји између Регулative Брисел I и универзалне примене Рим II треба да омогући ефикасно функционисање интракомуни-тарног тржишта јер спречава нарушавање конкуренције у Унији.

3.4. Нарушавање животне средине

Термин нарушавање животне средине често је коришћен у досадашњој пракси, иако је изостајала њена општеприхваћена дефиниција. Прецизирање овог појма извршено је у складу са другим инструментима ЕУ, нарочито у смислу Директиве о одговорности за повреду животне средине.³⁸ Под угрожавањем животне средине се, у смислу Регулative, подразумева значајна штетна промена природних извора као што су вода, ваздух и земљиште и погоршање њихове функције у корист другог природног извора или јавности. Такође, она се односи и на нарушавање биолошког диверзитета.

За штету насталу нарушавањем животне средине меродавно је право државе у којој је наступила штета за неко лице, имовину или животну средину. У овом смислу, не само да је унификација колизионих неопходна на нивоу Уније, она је нужна на међународном плану јер је све више случајева загађења животне средине са међународним обележјем. Анализа националних колизионих норми показује да су решења веома различита. Државе углавном предвиђају као основно решење примену права земље у којој је претрпљена штета.³⁹ Такође, има и оних које примењују принцип *favor victimae* при-

³⁷ Детаљније: EC Treaty, чл. 81 и 82,

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/entente3_en.html.

³⁸ *Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage.*

³⁹ Француска, Уједињено Краљевство, Холандија, Шпанија, Јапан, Швајцарска, Румунија, Турска, Квебек.

ликом одређивања меродавног права.⁴⁰ Примена места у којем је штета претрпљена у случају повреде животне средине је у сагласности са новијим тенденцијама у овој материји које уводе објективну одговорност. Она, генерално, треба да обезбеди виши ниво заштите животне средине. Осим тога, основни циљеви Уније у овој области односе се на заштиту законитих очекивања оштећеног и на успостављање правног поретка. Сви наведени чиниоци треба да повећају ниво заштите животне средине будући да штетник, у овом случају, *по правилу*, има економску корист од извршене повреде. *Lex loci damni* често ће се поклапати са местом боравишта оштећеног лица⁴¹, али и са местом налажења оштећених добара. У корист овог решења иде и чињеница да објективна одговорност има за примарни циљ репарацију штете, а не кажњавање кривца. Уколико би се меродавно право одређивало на основу места извршења штетне радње, будући да државе различито регулишу ову материју, могло би се догодити да штетник на територији неке суседне државе, чије супстанцијално право блаже санкционише активности којима се нарушава животна средина, испусти токсични отпад у реке близу границе и на тај начин проузокује штету у суседној држави, у којој је ниво толеранције штетних емисија нижи.⁴² Регулатива уводи и могућност ограничене аутономије воље која ће проузроковати да одређивање повољнијег меродавног права више зависи од оштећеног него од надлежног суда. Могућност да лице које је претрпело штету изабере меродавно право зависиће од права државе форума, уколико је она чланица Уније.⁴³ Тренутак у коме се ово лице мора изјаснити о избору зависиће од процесних норми државе форума. Проблем који ће се јавити приликом примене члана 7 Регулативе везан је за јаноправне прописе о безбедности које штетник или лице за које се тврди да је одго-

⁴⁰ Немачка, Аустрија, Италија, Чешка Република, Србија, Естонија, Турска, Нордијска конвенција из 1974. године о заштити животне средине (меродавно - право се одређује на основу колизионих норми државе форума, тј. загађивача, али је суд дужан да упореди материјалноправни резултат који се добија применом меродавног права и оног који би се добио применом супстанцијалног права државе у којој је извршена штетна радња и да у коначном примени повољније право).

⁴¹ Привременог или редовног.

⁴² Max - Planck - Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, *op.cit.*, стр.

⁴³ Регулатива Рим II, стр. 3(25).

ворно мора да извршава. Суд би, на основу члана 17 Регулative, могао да узме у обзир и ова правила уколико их предвиђа држава у којој одговорно лице послује. То значи да ће суд, приликом процене штете, имати у виду и њихов утицај на одговорност туженика и његово поступање у доброј или рђавој намери. Примена *lex loci damni* има и одређене недостатке. Уколико се у земљи загађивачу ригорозније санкционише повреда животне средине, оштећени не би имао много користи од примене права места наступања штете. У случајевима транснационалног загађења, штету може претрпети више лица у различитим државама. Примена *lex loci damni* би значила да свака жртва истог инцидента свој захтев за надокнаду штете остварује према супстанцијалном праву друге државе, што ће често резултирати различитим степеном заштите која им се пружа.⁴⁴

3.5. Повреда права интелектуалне својине

Под интелектуалном својином подразумевају се две групе права – право на патенте и друге облике индустријске својине и ауторско право. Под индустријском својином подразумевају се право на патент, право на узорак и модел, право на жиг, право на трговачко име, ознаку порекла производа и *know-how*. Садржину ауторских права чине скупови личноправних и имовинскоправних овлашћења.

У смислу Регулative, под правом интелектуалне својине подразумева се право на умножавање ауторских дела (*copyright*), сродна права, права *sui generis* за заштиту база података и права индустријске својине. Начин заштите ових права је био предмет интензивнијих дебата у току консултација које је организовала Комисија. Наиме, право државе у којој је затражена заштита је тачка везивања коју су, на међународном плану, усвојиле још 1886. године Бернска конвенција о заштити књижевних и уметничких дела⁴⁵ и 1883. године Париска конвенција о заштити индустријске својине.⁴⁶ Треба напо-

⁴⁴ У том смислу и Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Comments on the Provisions relating to Environmental Damage*, стр. 12 – 13, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/news_summary_rome2_en.htm.

⁴⁵ Конвенција има 149 држава чланица.

⁴⁶ Конвенција има 163 држава чланица.

менути да је, у првобитном предлогу Регулative, за случајеве из члана 8 била предвиђена могућност да меродавно право буде резултат избора странака. У току дискусија који је овај предлог изазвао, два могућа решења су предлагана. Прво је било усмерено на искључивање ове материје из поља примене Регулative, при чему би се извршило упућивање на примену релевантних међународних конвенција. Друго се односило на установљавање посебне колизионе нормe. Коначна верзија члана 8 Регулative увела је као примарну тачку везивања *lex loci protectionis*, док би се *lex loci delicti* примењивао под условом да је у конкретном случају реч о повреди јединствених комунитарних права интелектуалне својине. Према Регулative 40/94 из 1993. године о комунитарним жиговима, територијални принцип се односи на целу Унију.⁴⁷ С друге стране, будући да постоји јединствени концепт комунитарне индустријске својине (комунитарни жиг⁴⁸, комунитарни дизајн⁴⁹, комунитарне биљне врсте⁵⁰ и сродна права) то значи да је *locus protectionis* целокупна територија Уније. У случају њихове повреде одредба Регулative о примени *lex loci delicti* као адекватнијој. Заправо, лице које врши повреду комунитарног права интелектуалне својине настоји да тиме оствари профит на одређеном националном тржишту и зато треба да сноси и оне трошкове који настају услед таквог понашања, по праву државе у којој је дошло до повреде.⁵¹

Право умножавања ауторских дела (*copyright*) је, по својој природи, територијално и зато се примењује *lex loci protectionis*. При томе, треба имати у виду да поводом овог права постоји сукоб интереса три групе лица. Интерес аутора је признавање и заштита различитих

⁴⁷ Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁴⁸ Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark.

O.J.E.C. L 011, 14/01/1994.

⁴⁹ Council Regulation (EC) 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, O.J.L 003, 05/01/2002.

⁵⁰ Council Regulation (EC) 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights, O.J.E.C. L 227, 01/09/1994.

⁵¹ Видети више: Max - Planck - Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, *op.cit*, стр. 26.

економских и моралних права, као и продуживање рока заштите ауторског дела од умножавања без сагласности аутора што треба да омогући сигурнији положај овог лица. Интерес индустрије која се бави публикувањем и умножавањем ауторских дела одговарају одредбе које им омогућавају да што дуже задрже права на искоришћавање дела. Јавности, односно крајњим корисницима, одговара што слабија заштита права, са краћим роковима, флексибилнијим ограничењима и изузецима. Сви они утичу на коначна супстанцијална решења које законодавац прописује. У том смислу, у неким државама у којима се нарочито штити право на слободу изражавања и друга основна људска права изузеци у погледу забране умножавања су широко постављени. У другима, ауторска права могу бити заштићена и до 70 година након смрти аутора. Корисници било ког ауторског дела морају поуздано да знају да ли је забрана умножавања важећа или је престала да постоји. Ако би питање регулисало било које друго право, уместо *lex loci protectionis*, јавност никада не би била сигурна да ли је коришћење дела дозвољено. Ова тачка везивања је адекватна за кориснике, али и за ауторе или њихове наследнике који профитом оствареним од комерцијалне експлоатације дела у једној држави могу да умање губитке које имају у другој држави у којој је забрана умножавања престала.⁵² *Lex autonomiae* је у овој материји искључен.

3.6.. Неосновано обogaћење, незвано вршење туђег посла (*negotiorum gestio*) и *culpa in contrahendo*

Неосновано обogaћење постоји у случају увећања имовине једног лица на рачун умањења имовине другог лица, без правног основа. То значи да до обogaћења долази без уговора, правне норме или судске одлуке. Регулатива Рим II предвиђа посебне колизионе норме за одређивање меродавног права у случају неоснованог обogaћења, при чему уводи супсидијарно везивање. Уколико се вануговорна облигација настала услед неоснованог обogaћења, које подразумева и случај плаћања погрешно примљених новчаних средстава, тиче претходно постојећег односа између странака (уговора или деликта) који је са њом ближе повезан она ће бити регулисана меродавним правом

⁵² Ш. Межнар, *Copyright and the conflict of laws*, Zbornik prispekov Evropski sodni prostor, Марибор, 2005, стр. 221-241.

за тај однос. Међутим, у случајевима у којима се меродавно право не може одредити на наведени начин, а странке у тренутку наступања догађаја који је проузроковао неосновано богаћење имају редовно боравиште у истој држави, Регулатива предвиђа примену права ове земље. Уколико се меродавно право не би могло одредити на претходна два начина, примениће се право државе у којој је дошло до неоснованог богаћења. Регулатива и у случају неоснованог богаћења уводи специјалну клаузулу одступања. Наиме, ако је постојећа вануговорна облигација очигледно ближе повезана са правом неке друге државе на коју не упућују претходне колизионе норме, меродавно је право те земље.

Грађанска субјективна права врши у највећем броју случајева титулар, а друга лица само ако су на то овлашћена. Међутим, разлози солидарности и помоћи понекад дозвољавају да једно лице самоиницијативно обавља правне и друге послове за рачун и у интересу другог јер његовој имовини прети опасност оштећења или умањења, а господар посла није у могућности да сâм предузме неопходне радње. У овом случају ради се о незваном вршењу туђег посла. Вануговорна облигација која том приликом настаје на страни вршиоца туђег посла може бити повезана са односом који је претходно настао између њега и господара посла (уговор или деликт). Право које регулише овај однос биће меродавно и за вануговорну облигацију, али она са њим мора бити блиско повезана. Уколико се до меродавног права не може доћи на наведени начин *negotiorum gestio* ће бити регулисан:

1) правом државе редовног боравишта странака, уколико је у њој претрпљена штета,

2) правом државе у којој је извршена радња незваног вршења туђег посла,

3) правом државе са којом постоји очигледно ближа веза.

Правило је да преговори који претходе закључењу уговора не обавезују и да их свака страна може прекинути. Међутим, од овог правила постоји изузетак. Уколико лице преговара, али без намере да уговор заиста и закључи или ако је такву намеру имало, али је накнадно одустало без основаног разлога настаје дужност надокнаде штете коју је претрпела друга страна. У овим случајевима је реч о одговорности за прекид уговора или *culpa in contrahendo*. Да би она

постојала потребно је да буду испуњена три услова: 1) да друга страна претрпи штету, 2) да постоји кривица сапреговарача, која може бити претпостављена или доказана, у зависности од одређења конкретног законодавца, и 3) узрочна веза између прекида преговора и штете.⁵³

У смислу ове Регулative, концепт предуговорне одговорности не би морао бити тумачен сагласно одредбама националног права, будући да су она веома различита. Он обухвата повреду дужности закључења уговора, као и прекид преговора, при чему се одредбе Регулative примењују само на вануговорне облигације које су директно повезане са преговорима о закључивању уговора. То значи да уколико је лице претрпело штету током преговора о уговору меродавно право ће бити одређено применом одредаба које се односе на деликт или другим релевантним нормама.⁵⁴ Вануговорне облигације које су настале поводом преговора, чак и уколико уговор није ни закључен, регулишу се правом које би било меродавно за конкретни уговор (*lex contractus*). Будући да је ово питање у Унији регулисано одредбама Регулative Рим I меродавно право би било одређено споразумом странака који је подвргнут и извесним ограничењима.⁵⁵ Такође, *lex contractus* би могло бити и право државе нечланице. Међутим, уколико се овакав споразум није постигао до тренутка када су преговори прекинати, у зависности од врсте конкретног уговора, меродавно право би се одредило на основу следећих тачака везивања: редовно боравиште (продавца, пружаоца услуге, земљопоседника, дистрибутера, примаоца франшизе, дужника карактеристичне престације), *lex rei sitae*, место одржавања аукцијске продаје, најближа веза.⁵⁶ Посебна правила важе за уговор о осигурању, уговоре закључене са потрошачима, уговор о превозу и индивидуалне уговоре о раду.⁵⁷ Међутим, уколико се у конкретној ситуацији на овај начин не може одредити меродавно право, Регулative Рим II предвиђа

⁵³ М. Орлић, *op.cit.*, стр. 532 – 533.

⁵⁴ Регулative Рим II, стр. 3(30).

⁵⁵ Она се односе на примену прописа државе чије право није изабрано као меродавно, али са којим су повезани сви други релевантни елементи уговора, при чему је реч о одредбама које се не могу дерогирати споразумом.

⁵⁶ Члан 4.

⁵⁷ Чланови 5, 6, 7 и 8.

примену права државе у којој је наступила штета, без обзира на *lex loci delicti* и место где су, том приликом, наступиле посредне последице. Уколико су странке, у тренутку наступања штетног догађаја, имале редовно боравиште у истој држави, биће меродавно право ове земље. Специјалном клаузулом одступања уводи се могућност непримене права на које упућују наведене колизионе норме, уколико је вануговорна облигација, на основу свих околности случаја, очигледно ближе повезана са правом неке друге државе. У овом случају на спорни однос примениће се њене релевантне одредбе.

4. Renvoi и упућивање на сложени правни поредак

Регулатива искључује у потпуности могућност примене установе узвраћања и преупућивања. То чини на директан начин, прецизном формулацијом члана 24: „Примена права било које државе одређене Регулативом подразумева примену одредби позитивноправних прописа те државе, али не и норми њеног међународног приватног права.“ Интересантно је истаћи да се искључује чак и могућност узвраћања на право државе чланице уколико је примена одредби Регулативе о одређивању меродавног права упутила на право државе нечланице.

Уколико колизионе норме Регулативе упућују на сложени правни поредак, а прописи супстанцијалног права који регулишу вануговорну одговорност се налазе на нивоу територијалних јединица, у циљу одређивања меродавног права полази се од фикције да је свака од ових јединица посебна држава. Међутим, ова Регулатива се не примењује на решавање унутрашњег сукоба закона који постоји само између територијалних јединица.⁵⁸

5. Јавни поредак земље суда

Регулатива штити изричитом одредбом јавни поредак земље у којој се спроводи поступак за надокнаду штете настале на основу ва-

⁵⁸ Видети члан 25.

нуговорне одговорности. У том смислу, примена меродавног права одређеног одредбама Регулативе Рим II може бити одбијена уколико је материјалноправни резултат примене меродавног права у очигледној супротности са јавним поретком земље форума. Увођењем правног стандарда „...очигледно у супротности“ заправо се делимично спречава држава форума да применом клаузуле јавног поретка одбија примену страног права. Може се претпоставити да се оваквом одредбом државе чланице онемогућавају да се у већој мери, понекад користећи и постојање мањих супротности, као што је нпр. различит максимални и минимални износ штете која се може надокнадити и слично, позивају на сопствени јавни поредак, одбијајући примену права државе нечланице. У супротном, то би им омогућавало чешћу примену сопственог права, што је судијама свакако увек једноставније, нарочито уколико узмемо у обзир одредбу која искључује узвраћање чиме се смањује могућност да право државе чланице буде коначно меродавно.⁵⁹ Могло би се рећи да је формулација одредбе о заштити јавног поретка државе форума сагласна принципу међусобног уважавања и поштовања држава, као и става да клаузулу јавног поретка треба користити као *изузетак*.

6. Да ли је неопходно усаглашавање одредби ЗРСЗ о деликтном статуту са решењима које усваја ЕУ?

Материја меродавног права за ванугорне облигације регулисана је члановима 27. (квазиконтракти) и 28. (вануговорна одговорност за штету) Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ).⁶⁰ Основно решење које ЗРСЗ прихвата је *lex loci delicti commissi*. Проблем локализације решен је тако што се под местом извршења деликта подразумева, у зависности од тога да ли је радња позитивна или негативна, место у коме се налазило одговорно лице у тренутку њеног предузимања или место у коме је требало да дела. Под местом наступања штете подразумева се место у коме је дошло

⁵⁹ Под условом да је у конкретном случају у питању пермисивно дејство јавног поретка.

⁶⁰ “Сл. лист СФРЈ”, бр. 43/82, 72/82, „Сл. лист СРЈ“, бр. 46/96.

до повреде конкретног добра или место наступања штете, уколико су нпр, телесне повреде настале у једној држави, а лечење је предузето у другој. У случају измакле добити преовладава став да се под местом наступања последице подразумева пребивалиште оштећеног јер је оно центар његових пословних и животних активности.⁶¹

Законодавац је био наклоњен увођењу принципа *in favorem vicimate* у случају да се место извршења деликта и место наступања последице не налазе у истој држави. У том смислу, меродавно може бити било које од ових права, у зависности од тога које је у конкретном случају повољније за оштећеног. У погледу питања ко дефинитивно одлучује о томе законодавац није експлицитно регулисао. Свакако да ће иницијатива потећи од оштећеног. Преовлађујући став доктрине јесте да о томе треба да одлучи суд.⁶² Међутим, оштећени је тај који најбоље зна шта је у конкретном случају за њега повољније, будући да то зависи од околности конкретног случаја, али и стања у коме се жртва налази.

Меродавно право које је одређено на основу колизине нормe регулише и питања основа одговорности, узрочне везе између радње и штете, деликтне способности, искључења и поделе одговорности, врсте штете која се може надокнадити и њихове износе, престанка вануговорне облигације, укључујући и застарелост. Принцип заштите жртве нашао је своју примену и у погледу процене да ли је конкретна радња противправна. Ово питање се регулише путем *lex loci delicti* или *lex loci damni*, при чему је довољно да она није допуштена према било којем од наведених права. На овај начин се омогућава да у случају да су место извршења деликта и место наступања последице лоцирани у различитим државама за питање противправности буде меродавно једно право, а да друго право регулише сва остала питања јер је повољније за оштећеног. Наведено цепање деликтног статута требало би избећи.

Подношење захтева за надонаду штете која је настала услед прекида преговора за закључење уговора може бити предмет дилема.

⁶¹ На основу аналогне примене члана 1102 ст. 4 Закона о облигационим односима. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, стр. 99 и Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, *op.cit*, Нови Сад, 2005, стр. 429.

⁶² *Ibidem*.

Спорно је да ли он проистиче из уговорне или вауговорне одговорности. У нашем праву, углавном се заступа деликтни карактер пред-уговорне одговорности.⁶³ У том случају и меродавно право за *culpa in contrahendo* би се одређивало на наведени начин.

Меродавно право за неосновано обogaћење, незвано вршење туђег посла, обавезе из употребе ствари без пословодства и друге вануговорне обавезе које не извиру из одговорности за штету је посебно дефинисано. У погледу неоснованог обogaћења које је последица исплате непостојећег дуга, меродавно је оно право које уједно регулише однос из кога је дуг настао или се погрешно држало да је настао. С обзиром да ће то углавном бити уговор, треба применити члан 19 или члан 20 ЗРСЗ, у зависности од тога да ли су странке изабрале меродавно право за уговор. Исто важи и ако је у питању плаћање извршено погрешном повериоцу или ако се плати више од дугованог или се испуни нешто друго. Међутим, уколико је оваква исплата последица грешке банке, биће меродавно право државе у којој банка има седиште. Одређивање права које ће мериторно решити спор вршиће се применом одредби које се односе на уговоре у случају да је до неоснованог обogaћења дошло услед плаћања по основу који је накнадно отпао или који је ништав. Исто важи и у случају да је престација извршена по основу чије се наступање тек очекује, а до њега не дође.⁶⁴ Незвано вршење туђег посла регулише се правом државе у којој је обављена радња господара посла. Исто право је меродавно и уколико је до пословодства дошло у вези са неким другим правним односом међу странкама. Под употребом ствари без пословодства подразумева се претварање искоришћене ствари у нешто друго, смањење њене вредности или случај када она престаје да постоји. Будући да је оно везано за употребу ствари, а меродавно право се одређује према месту где су се догодиле чињенице које су довеле до настанка обавезе то ће вануговорну облигацију регулисати *lex rei sitae*.⁶⁵

⁶³ М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op.cit.*, стр. 95.

⁶⁴ Међутим, уколико наследник испуни легат, а касније завештање буде у целости поништен, примениће се право места где су се догодиле чињенице које су проузроковале штету.⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ За покретне ствари право места налажења у тренутку њихове употребе.

Може се закључити да наше право за одређивање меродавног права у овој материји још увек примењује традиционалне тачке везивања. Потписивањем и ратификацијом Споразума о стабилизацији и придруживању Европској унији, септембра 2008. године, Република Србија је преузела обавезу усаглашавања законодавства са легислативом ЕУ.⁶⁶ При томе, ова дужност се не исцрпљује приближавањем супстанцијалних норми, већ целокупног материјалног права, укључујући и колизионе норми. У материји меродавног права за *деликте*, то би значило замену застарелог колизионог решења о фаворизовању оштећеног. У том смислу је нужно усвајање *lex loci damni*, уз уже тумачење у складу са Регулотивом Рим II, што има за последицу смањење еластичности решења, али доприноси правној сигурности. Коректив ове круте колизионе норми за све специфичне (постојање претходног правног односа) или атипичне случајеве (постојање слабе везе са државом чије је право редовно меродавно) треба тражити у увођењу заједничког редовног боравишта, аутономије воље и специјалне клаузуле одступања као нових решења у овој материји, на начин на који то чини Регулатива Рим II. Иако наш Закон садржи посебне колизионе норми њихов домашај је знатно сужен јер се односе само на случајеве неоснованог обогаћења, *negotiorum gestio* и употребе ствари без пословодства. У погледу *неоснованог обогаћења* постојећа колизиона норма је у складу са основним решењем Регулативе. Међутим, она се треба проширити увођењем могућности за примену права државе заједничког редовног боравишта оштећеног и одговорног лица, места у коме је дошло до неоснованог обогаћења и специјалне клаузуле одступања. Основно домаће колизионо решење за *незвано вршење туђег посла* је последња супсидијарна тачка везивања коју Регулатива предвиђа за ово питање. Наш законодавац није узео у обзир могућност да између господара посла и незваног вршиоца туђег посла постоји претходни уговорни однос. И у случају предуговорне одговорности треба следити релевантне одредбе комунитарног међународног приватног права. Евидентна је потреба увођења посебних колизионих норми које би регулисале не-

⁶⁶ Члан 72 Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, од 10.09.2008 године, „Сл. гласник РС“, бр. 83/08.

лојалну конкуренцију, акте који ограничавају тржишну утакмицу, повреду права интелектуалне својине и угрожавање животне средине. Штавише, у сáмом Споразуму усаглашавање законских одредби за ова питања означено је као приоритетно.⁶⁷ У погледу меродавног права за одговорност за производ и друмске саобраћајне незгоде Република Србија је обавезна на примену Хашке конвенције о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде и Хашке конвенције о меродавном праву за одговорност произвођача за штету насталу од производа, које се примењују без услова реципроцитета. У том смислу, могло би се адекватном нормом упутити на примену релевантних вишестраних уговора, што би олакшало рад судијама, посебно имајући у виду одбојан став који постоји према материји међународног приватног права.⁶⁸

У појединим земљама из окружења, које су такође закључиле Споразум о стабилизацији и придруживању и које примењују исти ЗРСЗ,⁶⁹ сматра се да би, услед сложености законодавне процедуре и времена које она изискује, у хармонизацији међународног приватног права велику улогу имала судска пракса. Она би требало да, до ступања на снагу усклађених одредаба међународног приватног права, доприноси европеизацији домаћег права будући да се заступа мишљење да би ови органи већ од дана потписивања Споразума били овлашћени да постојеће законске одредбе примењују тумачењем *de lege europae lata*.⁷⁰

⁶⁷ Чланови 73, 75, 105, 106 и 111. Споразума. Република Србија би и даље примењивала конвенције које је у овим областима закључила, а које су веома бројне, посебно у области интелектуалне својине.

⁶⁸ Република Србија би и даље примењивала конвенције које је закључила у области меродавног права за вануговорну одговорност, а које су веома бројне, посебно у области интелектуалне својине.

⁶⁹ Након распада СФРЈ, а потом и СЦГ, ЗРСЗ су преузеле Србија, Хрватска, Црна Гора, Босна и Херцеговина, док су Словенија и Македонија донеле нове законе у овој материји.

⁷⁰ В. Боучек, *Приједлог Уредбе Рим II из 2003. године и опће одредбе деликтног статута у хрватском Закону о међународном приватном праву*, *Zbornik prispekov Evropski sodni prostor*, Марибор, 2005, стр. 214 – 215.

Sanja Marjanović
Assistant at the Faculty of Law in Niš

LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS IN COMMUNITY PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

Regulation on applicable law for non-contractual obligations (Rome II) defines the conflict-of-law rules applicable to non-contractual obligations in civil and commercial matters, including product liability, negotiorum gestio (acts relating to the affairs of another person) and culpa in contrahendo (non-contractual obligations arising out of dealings before the conclusion of a contract). Applicable from 11 January 2009 in all Member States except Denmark, it does not attempt to harmonize the substantive law of the signatories in the field of non-contractual obligations, but only their conflict-of-law rules, so that, no matter where in the EU an action is brought, the rules determining the applicable law will always be the same. Rome II will complete the harmonisation at Community level of the rules of private international law relating to civil and commercial obligations. This process started with the Regulation Brussels I and Rome I.

Specific rules are provided for certain domains, e.g. product liability and intellectual property, and certain domains are excluded.

In 2008 Republic of Serbia has ratified the Stabilization and Association Agreement concluded with the European Communities and their Member States. Now, Serbia has the obligation to harmonize the substantive law and conflict-of-law rules, as well, with relevant EU instruments. In this paper the author will try to analyze the provisions of the Regulation on applicable law for non-contractual obligations and to compare them with domestic conflict-of-law rules in this matter in order to define the differences between these solutions which have to be moderate.

Key words: *Regulation Rome II, non-contractual obligations, direct damage, delicts, product liability, unfair competition, environmental damage, culpa in contrahendo, negotiorum gestio, unjust enrichment.*

Проф. др Невена Петрушић
Правни факултет, Универзитет у Нишу

Др Маријана Пајванчић
„ПРАВНИ ОКВИР РАВНОПРАВНОСТИ ПОЛОВА”
Завод за равноправност полова, Нови Сад, 124 стр.

Монографија „Правни оквир равноправности полова”, ауторке проф. др Маријане Пајванчић представља прву целовиту *de iure* и *de facto* анализу законске регулативе, стратегије и политике равноправности полова у Србији с краја 20. и почетком 21. века. Полазећи, с правом, од става да су репрезентовање жена у представничким телима и институционални механизми који омогућују деловање на остваривању равноправности полова у институцијама власти два основна индикатора успешности остваривања родне равноправности, ауторка монографије своју пажњу усмерава управо на ова два важна сегмента.

Једна од кључних одлика монографије јесте оригиналност приступа ауторке у сагледавању равноправности полова. Наиме, ауторка читаоцу пружа увид у генезу процеса имплементације равноправности полова у Србији, од почетних корака учињених непосредно после демократских промена до данашњих дана, при чему сваки корак у имплементацији објашњава имајући у виду теоријски концепт, међународне стандарде, постављене циљеве, постигнуте резултате, као политичке и друге разлоге који су утицали на коначне исходе. С друге стране, ауторка пружа детаљан увид у изборне резултате и процесе који су пратили конституисање уставног оквира родне равноправности. У том смислу, монографија је драгоцен историографско штиво за све оне који се једног дана буду бавили реконструкцијом друштвених и политичких процеса у Србији на почетку трећег миленијума.

У првом делу монографије ауторка даје преглед активности предузетих са циљем да се повећа учешће жена у институцијама система,

како би се обезбедило њихово активно суделовање жена у креирању политике и доношењу друштвених одлука, од првих политичких договора, до промена изборног законодавства. У овом делу рада ауторка критички анализира нормативна решењима којима су регулисане посебне мере за обезбеђивање равномерног репрезентовања жена у скупштинама (квоте на листама за мање заступљени пол), указујући на њихове практичне ефекте. Ауторка је са посебном пажњом реконструисала процес успостављања механизма (тела и процедура) који ће осигурати учешће жена у одлучивању. Читатељкама/читаоцима је омогућено да сазнају са каквом су аргументацијом заговарани поједини модели институционалних механизма при скупштинама (Одбор за равноправност полова Народне Скупштине Србије, Одбор за равноправност полова Скупштине АП Војводине) и у извршној власти (Савет за равноправност полова Владе Србије, Секретаријат за рад запошљавање и равноправност полова АП Војводине и Завод за равноправност полова), како је текао процес њиховог установљавања и нормативног уобличавања, како је установљен нови институционални механизам – заменик омбудсмана за равноправност полова у АП Војводини и каква је перспектива да једном од заменика Заштитника грађана у Србији буде поверена област равноправности полова. Ауторка износи своју критичку оцену постигнутих резултата, детаљно аргументујући своје ставове, и указује на правце унапређења регулативе, при чему посебно указује на потребу законског уређивања локалних механизма равноправности полова.

У монографији је изложен пресек тренутног стања правне регулативе, уз указивање на родно сензитивне одредбе новог Устава, кључна решења садржана у Нацрту закона о равноправности полова и у Националном плану активности за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности.

Посебно вредан део монографије чине излагања под насловом „Глас за европску перспективу Србије – парламентарни избори 2007“. Ауторка је из „женског угла“ размотрила специфичности последњих парламентарних избора у Србији и, као посебно занимљиве, анализирала два индикатора: препознавање женског бирачког тела у политичким странкама и исходе кампање која је вођена са циљем да 30% освојених мандата припадне мање заступљеном полу.

Централни део рада ауторка је посветила правном оквиру равноправности полова. У овом делу ауторка упознаје читатељке/читаоце са садржином Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, апострофирајући њене најважније појмове, циљеве везане за развој и еманципацију жена, обавезе државе у домену промена социјалних и културних модела понашања, забране експлоатације жена, учешћа жена у политичком и јавном животу, у међународним односима, држављанство жена и њихове једнакости пред законом, права жена у области образовања и запошљавања жена, здравствене и социјалне заштите, као и унапређења положаја жена на селу и у унапређења права жена везаних за брак и породицу. Излагања пружају увид у универзалне стандарде које Конвенција поставља и користан су путоказ за припрему извештаја о имплементацији Конвенције.

Ауторка се определила да посебну пажњу посвети кључним феноменима равноправности полова: дискриминацији, у свим њеним облицима и мерама афирмативне акције. Веома суптилна анализа ових појмова, коју је ауторка у раду извршила, отклања сваку дилему у погледу њихове садржине и значаја с аспекта успостављања истинске равноправности полова и отклањања фактичке дискриминације засноване на припадности одређеном полу. Нарочиту похвалу заслужују свеобухватна излагања под насловом “Бирачко право жена“, која нуде сазнања о еволуцији овог права, његовој интернационализацији и конституционализацији.

С обзиром да је по научној вокацији конституционалисткиња, ауторка је посебну пажњу у раду посветила уставним оквирима равноправности полова. Ауторка зналачки и веома детаљно реконструира пут ка новом Уставу Србије и прати ток уставне дебате, указујући на доминантна питања која су ову дебату пратила. Она врши компаративну анализу свих уставних пројеката и даје вредносну оцену предложених уставних решења. Својом научном аргументацијом, ауторка читатељкама/читаоцима омогућава да стекну боље увиде у суштину предложених решења, а будућим истраживачима/цама историје уставности у Србији пружа драгоцену сазнања научнице, која је и сама учествовала у изради једног од уставних пројеката, о процесу уставног уобличавања равноправности полова и политике једнаких могућности.

Пре него што је приступила анализи одредби новог Устава које се односе на равноправност полова, ауторка је најпре анализирала основна права која је неопходно гарантовати уставом како би се осигурала равноправности жена и мушкараца, створиле могућности за њихов једнак третман у приватном, економском, политичком и социјалном животу, и опште уставно правило о равноправности (забрани дискриминације) с обзиром на припадност одређеном полу операционализовало и ближе садржински одредило у појединим областима. Потом је, у делу монографије „Нови Устав Србије и равноправност полова – осврт на уставна решења, систематски, свеобухватно и веома детаљно размотрила све уставне одредбе које се непосредно или посредно односе на равноправност полова. Целовитост у приступу, суптилност анализе, објективност у сагледавању уставних решења, логично извођење закључака, конзистентност у структурирању излагања, само су неке од позитивних карактеристика које одликују овај део монографије.

Доследна у свом ставу да су репрезентовање жена у представничким телима и институционални механизми који омогућују деловање на остваривању равноправности полова у институцијама власти два основна индикатора успешности остваривања родне равноправности, ауторка своја излагања посвећена закону као инструменту остваривања равноправности полова фокусира управо на ова два показатеља. Питања која у овом делу рада поставља, од суштинске су важности за креирање стратегије и политике будућег деловања на остваривању истинске равноправности полова у свим сегментима друштвених односа.

Монографија је писана јасним и разумљивим стилем. Ауторка је уложила приметан напор да и најсложеније политичке и правне појмове и појаве објасни на једноставан начин, разумљив сваком читаоцу/читатељки.

На крају, треба указати на чињеницу да монографија није вредносно и идеолошки неутрална. Напротив. Заснована је на сасвим јасном систему демократских вредности саме ауторке, као једне од крупних фигура женског покрета, и написана с недвосмисленим циљем да читатељке/читаоце индоктринира, снабде неопходним знањима и оспособи их да разумеју и у свом свакодневном животу практикују, промовишу и развијају идеју равноправности полова и доприносе изградњи друштва заснованог на праведном односу полова.

Монографија „Правни оквир равноправности полова“, ауторке проф. др Маријане Пајванчић, представља незаобилазно штиво за све оне који се теоријски, професионално и активистички баве равноправношћу полова. Она је, истовремено, и путоказ креаторима политике и стратегије остваривање родне равноправности и унапређења друштвеног и правног положаја жена.

**БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ
ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ***

МОНОГРАФСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

МОНОГРАФИЈЕ

1. ДЕСЕТ ГОДИНА РАДА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ - 1960-1970, Ниш, 1970, 167 стр. уредник: Данило Ж. Марковић
2. Крстић, Божидар, ШИЗОФРЕНИЈА И УБИСТВА, Ниш, 1978, 117 стр.
3. 20 ГОДИНА РАДА: ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ - 1960-1980, Ниш, 1980, 171 стр. уредник: Љубиша Јовановић
4. ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ: 25 ГОДИНА РАДА И РАЗВОЈА, Ниш, 1985, 66 стр. уредник Љубиша Соколовић
5. Рочкомановић, Милорад, ЈАВНИ ПОРЕДАК У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1988, 125 стр.
6. Симић, Миролуб, БИБЛИОГРАФИЈА ЂОРЂА ТАСИЋА, Ниш, 1990, 120 стр.
7. Стојановић, Драган, ОСНОВНА ПРАВА ЧОВЕКА – ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВИМА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА, Ниш, 1990, 222 стр.

* Библиографске јединице су поређане хронолошки, а у оквиру сваке године дат је азбучни редослед аутора или наслова публикација где нема аутора.

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, Правни факултет, Центар за публикације, 1998, 318 стр.
11. Митровић, Љубиша, ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ И АКТЕРИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 340 стр.
12. Стојановић, Драган, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОСЛАНИКА – на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 346 стр.
13. Лазић, Мирослав, ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, 214 стр.
14. Ћирић, Александар, Цветковић, Предраг, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО – СТРУЧНИ ЕСЕЈИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, 484 стр.
15. Милановић, Тихомир, Ж., ПРАВО У СУДСКОЈ ПРАКСИ, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2001, 143 стр.
16. Јовановић, Мила, Старо римско Ius Civile. Књ. 1, Leges regiae, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2002, 220 стр.
17. Николић, Драган, ВУКОВА ДЕЛА КАО ИЗВОР ЗА ИСТОРИЈУ ОБНАВЉАЊА СРПСКЕ ДРЖАВЕ, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004., 75 стр.

18. Живковић, Мирко, ЕВОЛУЦИЈА ИДЕЈА О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004., 84. стр.
19. Ђорђевић, Мирослав, ОСЛОБОДИЛАЧКИ РАТ СРПСКИХ УСТАНИКА: 1804-1806, Београд, Војноиздавачки завод, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 447
20. Ђурђић, Војислав, Ранђеловић, Небојша, Илић, Горан, СРПСКО ДРЖАВНО ТУЖИЛАШТВО 1804-2004, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, 131. стр.
21. Анђелковић, Милева, Драган Јовашевић, ИЗБЕГАВАЊЕ ПЛАЋАЊА ПОРЕЗА – фискални и кривично-правни аспект, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 246
22. Пејић, Ирена, ПАРЛАМЕНТАРНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 340.
23. Голубовић, Срђан, ЕВРОПСКА МОНЕТАРНА УНИЈА: ИНСТИТУЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 191
24. Јовановић, Мила, КОМЕНТАР СТАРОГ РИМСКОГ IUS CIVILE: Књ. 2, Закон XII таблица, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 461
25. Кнежевић, Саша, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 97
26. Јовашевић, Драган, НУЖНА ОДБРАНА И КРАЈЊА НУЖДА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, 264. стр.
27. Константиновић-Вилић, Слободанка, Костић, Миомира, Миладиновић, Душица, ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ И

КВАЛИТЕТ ПРАВНЕ ПОМОЋИ ПРУЖЕНЕ ГРАЂАНИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И ПОСТУПКУ ИЗДРЖАВАЊА КАЗНЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 188

28. Кнежевић, Саша, ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 239

29. ПОВЕРЕЊЕ ГРАЂАНА/ГРАЂАНКИ НИША У ИНСТИТУЦИЈУ СУДСТВА, Ниш, Правни факултет у Нишу, Филозофски факултет у Нишу, 2008, стр. 98

УЦБЕНИЦИ

30. Живковић, Мирко, ФРАНЦУСКИ ЈЕЗИК ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВА, Ниш, 1993, 249 стр.

31. Ковачевић-Куштримовић, Радмила, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО - ОПШТИ ДЕО, 3. изд., Ниш, 1997, 306 стр.

32. Ђорђевић, Владислав, НАСЛЕДНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1997, 420 стр.

33. Николић, Драган, ФРАГМЕНТИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, 1997. – 321, LXV стр.

34. Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, 4. изд., Ниш, 1998, 690 стр.

35. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 2. изд., Ниш, 1998, 479 стр.

36. Анђелковић, Милева, ПОРЕСКО ПРАВО, Ниш, 1999, 333 стр.

37. Димитријевић, Момчило, Симић, Миролуб, УВОД У ПРАВО, Ниш, 1999, 394 стр.
38. Ђорђевић, Мирослав, Стојичић, Слободанка, НАЦИОНАЛНА ИСТОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА, 1999, 247 стр.
39. Митровић, Љубиша, ОПШТА СОЦИОЛОГИЈА – предмет, метод и теорије, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 296 стр.
40. Стојановић, Драган, УСТАВНО ПРАВО, Књига 1, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 270 стр.
41. Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, VI, 576 стр.
42. Јовановић, Љубиша, Ђурђић, Војислав, Јовашевић, Драган, КРИВИЧНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, 2000, 587 стр.
43. Миленовић, Дара, ПОСЛОВНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, 606 стр.
44. Константиновић-Вилић, Слободанка, Ристановић, Весна, КРИМИНОЛОГИЈА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, 420 стр.
45. Миладиновић, Зоран, ПРАКТИКУМ ЗА ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ И АУТОРСКО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. 650
46. Стојановић, Наташа, ПРАКТИКУМ ЗА НАСЛЕДНО ПРАВО (ПОМОЋНИ УЏБЕНИК), Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004., стр. 372

47. Ђуровић, Радован, Ђирић, Александар, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО, ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, 320 стр.
48. Ђирић, Александар, Ђуровић, Радован, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО, ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, 420 стр.
49. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 4. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 416
50. Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 208
51. Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 289
52. Јанковец, Ивица, Миладиновић, Зоран, ПРАВО ОСИГУРАЊА, Ниш, Центар за публикације, 2006, стр. 467
53. Миленовић, Дара, СУБЈЕКТИ ПРИВРЕДНОГ ПРАВА, 3. допуњено и измењено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 545
54. Петровић, Милан, НАУКА О УПРАВЉАЊУ КАО ПРЕТПОСТАВКА УПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 400
55. Стевановић, Чедомир, Ђурђић Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 390
56. Миладиновић, Зоран, ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЛИНЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 446

57. Димитријевић, Предраг, УПРАВНО ПРАВО, Општи део, књ. 1., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2008, стр. 311

58. Димитријевић, Предраг, УПРАВНО ПРАВО, Посебни део, књ. 2., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2008, стр. 315

ЗБОРНИЦИ

59. 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.

60. 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

61. УДРУЖЕНИ РАД И ДРУШТВЕНА СВОЈИНА, Зборник радова са саветовања одржаног маја 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 211 стр. уредник: Славољуб Поповић

62. 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

63. ДВЕСТОТА ГОДИШЊИЦА ФРАНЦУСКЕ РЕВОЛУЦИЈЕ (1789-1989), сепарат из Зборника, бр. 29-1989, Ниш, 1989, 84. стр. уредник: Душан Р. Паравина

64. 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

65. РАД И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИХАИЛА МИТИЋА, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 89 стр. уредник: Гордана Станковић

66. 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

67. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1995, 305 стр. уредник Гордана Станковић

68. 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

69. 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

70. 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

71. БОРИСЛАВ Т. БЛАГОЈЕВИЋ (1911-1986), Објављено у оквиру општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1997, 198. стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић

72. 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

73. 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

74. 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

75. 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

76. 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

77. 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

78. 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

79. 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

80. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 1, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2002, Ниш, 273 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

81. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 2, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2003, Ниш, 482 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

82. ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ, 2003, Ниш, 260 стр. уредник: Гордана Станковић
ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр.

83. ПРАКТИЧНО ОБРАЗОВАЊЕ ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр. уредник: Мирослав Лазич

84. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 3, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2004, Ниш, 236 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

85. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 4, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2004, Ниш, 205 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

86. РЕНЕСАНСА ФИНАНСИЈА, Зборник радова, 2004, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 156 стр., уредници: Миодраг Јовановић, Милева Анђелковић

87. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2004, стр. 320, уредник Мирко Живковић

88. УСТАВНО ПИТАЊЕ У СРБИЈИ: научно саветовање, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2004, стр. 464, уредник Милан Петровић

89. ЕВРОПСКИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА: ИСКУСТВА И НОВИ ИЗАЗОВИ,, зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 2003. г. на Правном факултету у Нишу, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 264, уредник: Зоран Радивојевић

90. СРБИЈА 1804-2004, зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 2004. године на Правном факултету у Нишу, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 481, уредник уредник: Слободанка Стојичић

91. ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – УСАГЛАШАВАЊЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, зборник

радова са међународне научне конференције, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, уредник: Гордана Станковић

92. ДВЕСТОТИНЕ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА – УТИЦАЈ ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА НА СРПСКО ПРАВО, зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 337, уредник Гордана Станковић

93. НОВИНЕ У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ, зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу априла 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 280

94. ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу маја 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 643

95. ХАРМОНИЗАЦИЈА СТЕЧАЈНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА И НОВИ ЗАКОН О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ, зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006, стр. 272, уредник Гордана Станковић

96. ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, тематски зборник радова у оквиру пројекта ПРАВО НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007, уредник Невена Петрушић

97. ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, књ. 2, тематски зборник радова

у оквиру пројекта ПРАВО НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007, уредник Невена Петрушић

98. АКТУЕЛНА ПИТАЊА ГРАЂАНСКЕ КОДИФИКАЦИЈЕ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2008, уредник Радмила Ковачевић-Куштримовић

99. УСТАВНЕ И МЕЂУНАРОДНОПРАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2008, уредник Зоран Радивојевић

СЕРИЈСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

100. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 1/1962.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

101. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 2/1963.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

102. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 3/1964.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

103. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 4/1965.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

104. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ
ФАКУЛТЕТА 5/1966.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

105. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ
ФАКУЛТЕТА 6/1967.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

106. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ
ФАКУЛТЕТА 7/1968.

уредник: Миодраг Матејић

107. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ
ФАКУЛТЕТА 8/1969.

уредник: Миодраг Матејић

108. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 9/1970.

уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ

109. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 10/1971.

уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ

110. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 11/1972.

уредник: Врлета Круљ

111. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 12/1973.

уредник: Славко Марковић

112. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 13/1974.

уредник: Душан Р. Паравина

113. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА ванредан број посвећен новим уставима 14/1974.

уредник: Славко Марковић

114. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ТРИДЕСЕТ ГОДИНА ПРАВОСУЂА У СОЦИЈАЛСИТИЧКОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ 15/1975.

уредник: Душан Р. Паравина

115. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 16/1976.

уредници: Славољуб Поповић и Момчило Димитријевић

116. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 17/1977.

уредник: Љубиша Јовановић

117. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 18/1978.

уредник: Слободан Миленковић

118. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 19/1979.

уредник: Михаило Митић

119. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 20/1980.

уредник: Михаило Митић

120. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 21/1981.
садржи библиографију радова поводом двадесетогодишњице рада
уредник: Чедомир Стевановић
121. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 22/1982.
уредник: Чедомир Стевановић
122. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 23/1983.
уредник: Димитрије Кулић
123. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 24/1984.
уредник: Мирослав Миљковић
124. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 25/1985.
уредник: Мирослав Миљковић
125. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 26/1986.
уредник: Мирослав Миљковић
126. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 27/1987.
уредник: Славко Марковић
127. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, редовни и
тематски број: УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СР СРБИЈИ 28/1988.
уредник: Славко Марковић

128. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 29/1989.

уредник: Слободанка Стојичић

129. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 30/1990.

уредник: Слободанка Стојичић

130. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 31/1991.

уредник: Гордана Станковић

131. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 32-
33/1992/93.

уредници: Гордана Станковић и Радмила Ковачевић
Куштримовић

132. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 34-
35/1994/95.

уредник: Драган Станимировић

133. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 36-
37/1996/97.

уредник: Војислав Ђурђић

134. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 38-
39/1998/99.

уредник: Милорад Рочкомановић

135. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 40-41/2000/01.

уредник: Дара Миленовић

136. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 42/2002.

уредник: Мирољуб Симић

137. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 43/2003.

уредник: Мирса Мијачић

138. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 44/2004.

уредник: Мирса Мијачић

139. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 45/2004.

уредник: Мирса Мијачић

140. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 46/2004.

уредник: Мирса Мијачић

141. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 47/2006.

уредник: Милан Петровић

142. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ЈОВАН СТЕРИЈА ПОПОВИЋ 48/2006.

уредник: Милан Петровић

143. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: Изградња правног система републике Србије 49/2007.

уредник: Милан Петровић

144. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 50/2007.

уредник: Милан Петровић

145. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 51/2008.

уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

ЗАКОНИ

146. УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ и Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије, поговор Стојановић Драган, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 129

МУЛТИМЕДИЈА И ЕЛЕКТРОНСКА ИЗДАЊА ЗБОРНИКА

147. 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

148. СТВАРАЊЕ УСЛОВА ЗА РАЗВОЈ МОДЕРНОГ ПРАВНОГ И ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ КАО ДЕМОКРАТСКЕ ДРЖАВЕ, зборник радова, Ниш, Правни факултет, 2005, уредник: Гордана Станковић