
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 65 | ГОДИНА LI | 2013

**COLLECTION OF PAPERS
FACULTY OF LAW, NIŠ**

N^o 65 | YEAR LI | 2013

НИШ, 2013.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Правни факултет Ниш, 2013.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Слободанка
Константиновић Вилић
Проф. др Драган Чорбић
Проф. др Мирко Живковић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Срђан Голубовић
Проф. др Горан Обрадовић

Чланови Редакционог одбора из иностранства

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

Проф. др Иванова Светлана Анатолевна, декан
Правног факултета Финансијског универзитета
Владе Руске федерације

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног
факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија
Груцина Людмила Јуревна, доктор правних
наука, Катедра грађанског права Финансијског
универзитета Владе Руске федерације

Проф. др Анатолий Капустин, професор
Финансијског универзитета Владе Руске
федерације

Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног
факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД
Селивон Николай Федосович, академик,
председник Међународног трговинског
арбитражног суда при Привредно-индустријској
комори Украјине

Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор
Академије адвокатури и нотаријата Руске
федерације

Секретар Редакционог одбора: мр Душица Миладиновић-Стефановић

Преводи: Гордана Игњатовић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: Атлантис Ниш

Тираж: 100

**COLLECTION OF PAPERS,
FACULTY OF LAW, UNIVERSITY OF NIŠ, 2013**

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

**Editorial Board Members
(Faculty of Law):**

Prof. dr Slobodanka
Konstantinović Vilić
Prof. dr Dragan Čorbić
Prof. dr Mirko Živković
Prof. dr Nevena Petrušić
Prof. dr Srđan Golubović
Prof. dr Goran Obradović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International
Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria
Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of
Law, Finance University of the Government of the Russian
Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia
Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department,
Faculty of Law, Finance University of the Government of the
Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance Univer-
sity of the Government of the Russian Federation, Moscow,
Russian Federation
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of
Buffalo, USA
Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the
International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of
Commerce and Industry, Ukraine
Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the
Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian
Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board:

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.M.

Translation and Proofreading: Gordana Ignjatović

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Atlantis, Niš

Copies: 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

САДРЖАЈ

Уводна реч.....13

І ЧЛАНЦИ

У ФОКУСУ

НАЦИОНАЛНЕ МАЊИНЕ И ЕТНИЦИТЕТИ

Lidija R. BASTA FLEINER,
Participation Rights under the Framework Convention
for the Protection of National Minorities (FCNM): Towards
a Legal Framework against Social and
Economic Discrimination..... 19

Влада ЂУРИЋ,
Правне основе и оквири етнички засноване
нетериторијалне аутономије37

УРЕДБЕ ЕУ И ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Aleš GALIČ,
Service abroad in Civil and Commercial Matters – From
the Hague Conventions to the EU 1393/2007 Regulation...59

Мирко ЖИВКОВИЋ,
О примени хашког Протокола о меродавном праву
за обавезе издржавања у међународном приватном
праву Републике Србије.....79

Слободанка КОНСТАНТИНОВИЋ ВИЛИЋ,
Феминистичка криминологија: теоријски оквир
о родним обележјима криминалитета 95

Војислав ЂУРЋИЋ, Марко ТРАЈКОВИЋ,
О истини у кривичном поступку 111

Зоран РАДИВОЈЕВИЋ,
Заштита цивилног становништва од
последица непријатељстава у
међународном хуманитарном праву..... 129

Драган НИКОЛИЋ, Рецепција византијског права у најстаријем словенском правном зборнику Закон судњи људем...	147
Невена ПЕТРУШИЋ, Аустријски модел помоћи и подршке детету у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта.....	161
Милева АНЂЕЛКОВИЋ, Улога и значај фискалних правила у стабилизацији јавних финансија	181
Драган ЈОВАШЕВИЋ, Међународна кривична дела у Римском статуту.....	201
Миомира КОСТИЋ, Дарко ДИМОВСКИ, Осуђеничке банде у Сједињеним Америчким Државама.....	219
Ђорђе Л. НИКОЛИЋ, Лица која су одговорна по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари.....	237
Видоје СПАСИЋ, Дизајн у функцији моде.....	253
Небојша РАИЧЕВИЋ, Да ли Србија треба приступити конвенцији о касетној муницији?	273
Љубица ЂОРЂЕВИЋ, Контрола уставности правних аката Европске уније	291
Радзивилјук Валерия ВИКТОРОВА, Характерне признаке мировогог соглашения как суденој процедури банкротства по Закону Украине о банкротстве	307
Дејан ВУЧЕТИЋ, Предраг ДИМИТРИЈЕВИЋ, Специфичности поступка издавања грађевинске дозволе	325
Александар ЂОРЂЕВИЋ, Древноруски градови као друштвени оквир развијеног приватног права.....	345
Јована ПУШАЦ, Правне последице повреде битне форме уговора.....	353

II СУДСКА ПРАКСА

III ПРИКАЗИ

Маја НАСТИЋ,
Однос Уставног суда и редовних судова -
коментар одлуке Уставног суда Србије 373

Миљана ТОДОРОВИЋ,
Међународна научна конференција - 1700 година
Миланског едикта 389

Милош ПРИЦА,
Приказ јавне расправе о Предлогу нацрта
Закона о општем управном поступку 393

IV СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Сања МАРЈАНОВИЋ,
Међународна надлежност за спорове о издржавању
у међународном приватном праву Србије *de lege lata*
и *de lege ferenda* 399

Михајло ЦВЕТКОВИЋ,
Објективни елемент уговора о поклону 419

Новак КРСТИЋ,
Одређивање величине нужног дела..... 437

Марко ДИМИТРИЈЕВИЋ,
Пореска конкуренција:теоријски осврт 455

Драгана РАДОВАНОВИЋ,
Инспекцијски надзор над применом
прописа у области рада..... 471

CONTENTS

Editor's Introductory Note	13
----------------------------------	----

I ARTICLES

IN FOCUS

NATIONAL MINORITIES AND ETHNICITIES

Lidija R. BASTA FLEINER,

Participation Rights under the Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM): Towards a Legal Framework against Social and Economic Discrimination..... 19

Vladimir ĐURIĆ,

The Legal Grounds and Framework of Ethnicity-Based Non-Territorial Autonomy37

THE EU REGULATION AND THE HAGUE CONVENTIONS

Aleš GALIČ,

Service abroad in Civil and Commercial Matters – From the Hague Conventions to the EU 1393/2007 Regulation.....59

Mirko ŽIVKOVIĆ,

On the Application of the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations in Private International Law of the Republic of Serbia79

Slobodanka KONSTANTINOVIĆ-VILIĆ,

Feminist Criminology: A Theoretical Framework on Gender-based Crime95

Vojislav ĐURĐIĆ, Marko TRAJKOVIĆ,

On the Truth in Criminal Procedure 111

Zoran RADIVOJEVIĆ,

Protection of Civilians from the Effects of Hostilities in International Humanitarian Law..... 129

Dragan NIKOLIĆ, Reception of Byzantine Law in Zakon sudnyi lyudem, the earliest Collection of Slavonic Laws	147
Nevena PETRUŠIĆ, The Austrian Model of Child Support and Assistance in the Proceedings for Regulating Parental Custody and Personal Contact with the Child.....	161
Mileva ANĐELKOVIĆ, The Role and Significance of Fiscal Rules in the Stablization of Public Finances.....	181
Dragan JOVAŠEVIĆ, International Crimes in the Rome Statute	201
Miomira KOSTIĆ, Darko DIMOVSKI, Prison Gangs in the United States.....	219
Đorđe L. NIKOLIĆ, Responsible Persons on the grounds of the Warranty of Operability	237
Vidoje SPASIĆ, Design in the Service of Fashion	253
Nebojša RAIČEVIĆ , Should Serbia accede to the Convention on Cluster Munitions?	273
Ljubica ĐORĐEVIĆ, Constitutional Review of EU Law.....	291
Valeria Radzyvilyuk VIKTOROVNA, Characteristic Signs of Amicable Agreement as a Judicial Bankruptcy - Procedure under the Law of Ukraine on Bankruptcy	307
Dejan VUČETIĆ, Predrag DIMITRIJEVIĆ, Special Features of Building Permits Issuing Procedure.....	325
Aleksandar ĐORĐEVIĆ, Ancient Russian Towns as a Social Framework for the Development of Private Law	345
Jovana PUŠAC, The Legal Consequences of Breaching the Legal Form of Contract	353

II JUDICIAL PRACTICE

Maja NASTIĆ,

The Relationship between the Constitutional Court and
Regular Courts: A Commentary on a Decision of the
Constitutional Court of Serbia 373

III REVIEWS

Miljana TODORVIĆ,

International Scientific Conference – 1700. Years of the
Edict of Milan..... 389

Miloš PRICA,

Panel Discussion on the Draft Law
on Administrative Procedure 393

IV STUDENTS' PAPERS

Sanja MARJANOVIĆ,

International Jurisdiction in Maintenance Disputes in
the Private International Law of the Republic of Serbia .. 399

Mihajlo CVETKOVIĆ,

Donation Contract: The Objective Element 419

Novak KRSTIĆ,

Assessing the Amount of Compulsory Portion..... 437

Marko DIMITRIJEVIĆ,

Tax Competition: A Theoretical Overview..... 455

Dragana RADOVANOVIĆ,

Labour Inspection and Supervision over
the Application of Labour Regulations 471

Уводна реч

Поштовани читаоци,

Зборник радова Правног факултета у Нишу је научни часопис који се у континуитету објављује од оснивања Правног факултета 1962. године, а од 2007. године редовни бројеви излазе два пута годишње. Више од пола века излажења једног часописа представља важан догађај у научним оквирима, нарочито ако се узме у обзир чињеница да се његово објављивање одвијало паралелно са развојем академске заједнице Универзитета у Нишу. Од самог стварања часопис излази редовно захваљујући првенствено наставницима и сарадницима Факултета, али и ауторима са других универзитета са којима Правни факултет остварује сарадњу.

Поштујући традицију и значај часописа, који је категорисан као водећи научни часопис националног значаја (M51), уређивачка политика новог Редакционог одбора, именованог јуна 2013. године, усмерена је на унапређивање квалитета публикације. Отворен је позив ауторима и истраживачима у земљи и у иностранству са циљем да се допринесе ширењу и размени научних информација у европском академском простору. Актуелне друштвене теме, које захтевају научни осврт и теоријско преиспитивање ставова, биће један од мотива сваког броја, који ће бити праћен бројним темама из области права и сродних научних дисциплина. У настојању да реализује своју уређивачку политику, Редакциони одбор је у овом кратком периоду наишао на изузетну подршку. Посебну захвалност дугујемо бројним угледним научницима и стручњацима из земље и иностранства који су помоћ пружили компетентним и објективним рецензијама приспелих радова.

У броју који се налази пред вама, радови су сврстани у неколико сегмената. У оквиру рубрике под називом „Чланци“ у фокусу су се нашле две теме: националне мањине и етничитети, као и уредбе Европске уније и хашке конвенције. Иза њих следе радови из различитих ужих области правне науке. На интересовање читалаца у области позитивног права одговорили смо посебном рубриком под називом „Судска пракса“, док су информативни прилози о научним скуповима одржаним на Правном факултету у Нишу током године садржани у рубрици „Прикази“. На крају, али не и најмање важна, налази се рубрика „Студентски радови“ у којој ћемо објављивати радове студената докторских академских студија као увод у њихову научну промоцију.

Надамо се да ће на темељу своје традиције и са великим бројем научних радова, како признатих стручњака, тако и младих истраживача, наш часопис успети не само да потврди своју репутацију у домаћој периодици, већ и да унапреди научну цитираност у међународним публикацијама сличне врсте.

У Нишу, децембар, 2013.

*Ирена Пејић,
главни и одговорни уредник*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

The Law Faculty Journal is an independent scientific journal of the Faculty of Law, University of Niš. It has been published on the annual basis since 1962 but, since 2007, it has been issued on the semi-annual basis. The fact that the LF Journal has been published for over 50 years now is a significant academic and scientific development, particularly bearing in mind that its publication has evolved in conjunction with the development of the University of Niš academic community. From the outset, the regular publication of the LF Journal has been predominantly based on the scientific contributions of the Law Faculty professors, assistants and associates, as well as on the submissions of authors from a number of other national and foreign universities which the Law Faculty in Niš has been cooperating for years.

Owing to its well-established tradition and contribution to legal theory and practice, this periodical has been ranked as the leading scientific journal of national interest (M51). In full observance of its tradition and overall significance, the new Editorial Board appointed in July 2013 has endeavoured to develop the editorial policy which would contribute to upgrading the quality of this periodical and promoting its reputation among the national publications of this kind. Authors and researchers from the country and abroad have been issued an open invitation to contribute to the dissemination and exchange of scientific and professional information in the European Academic-Higher Education Area. Each LF Journal issue will thematically focus on significant contemporary social topics which shall be observed from the theoretical and academic point of view, but it will also include numerous other topics in different areas of law and related scientific disciplines. In an endeavour to implement its editorial policy, the Editorial Board has received an outstanding support of eminent scholars and experts from the country and abroad. In particular, we wish to extend our special appreciation and gratitude to the scholars and experts who have contributed to the development of the LF Journal by providing competent and impartial reviews of the submitted articles.

In this particular issue of the LF Journal, the submitted papers have been organized under several sections. The section designated as "Articles" focuses on two central topics: National Minorities and Ethnicity, and the EU Regulations and Hague Conventions, which are followed by articles from diverse specific areas of legal science. In response to the demonstrated interest of the vast readership in the area of positive law, we have included a special section on „Judicial Practice“. The section „Reviews“ includes book reviews and conference reports on scientific meetings hosted by the Faculty of Law, University of Niš. Last but not least, the section „Students' Papers“ is aimed at publishing the academic articles

written by students of doctoral academic studies at the Law Faculty in Niš for the purpose of initiating their academic development and scientific promotion.

On the grounds of its long-standing tradition and a huge number of scientific contributions by eminent scholars, renowned experts as well as novice researchers, we hope that our Law Faculty Journal will not only reaffirm its reputation among the national scientific periodicals but also improve the scientific citation of domestic authors in the international publications of this kind.

Niš, December 2013

Irena Pejić
Editor-in-Chief,

ЧЛАНЦИ

У ФОКУСУ
НАЦИОНАЛНЕ МАЊИНЕ И
ЕНТИЦИТЕТИ

УРЕДБЕ ЕУ И ХАШКЕ
КОНВЕНЦИЈЕ

Lidija R. Basta Fleiner, L.L.D.
Permanent Visiting Professor, Faculty of
Political Sciences, University of Belgrade,
Former professor at the University
of Fribourg, Switzerland

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.234

Рад примљен: 06.10.2013.

Рад прихваћен: 07.10.2013.

**PARTICIPATION RIGHTS UNDER THE FRAMEWORK
CONVENTION FOR THE PROTECTION OF NATIONAL
MINORITIES (FCNM): TOWARDS A LEGAL FRAMEWORK
AGAINST SOCIAL AND ECONOMIC DISCRIMINATION¹**

Abstract: *The FCNM marks a many-fold milestone in setting higher the international standards for minority protection: a/ It is the first hard law multilateral treaty on minority rights; b/ fundamental in nature, minority rights are an integral part of the international protection of human rights; c/ the introduced second level of anti-discrimination standards includes in many cases additional rights for the persons belonging to minorities; d/ by including participation rights, the FCNM first recognizes a political dimension in minority aspirations. Given the absence of a formal minority definition in the FCNM, the ACFC drew benefits out of this for new migrant minorities. The article sets out differences in rational accommodation as a non-discrimination policy in Canada and EU law respectively, in order to discuss diverging approaches between the FCNM comprehensive understanding of the protection against discrimination and the rational accommodation of intercultural identities of migrants in the EU. Nowadays, state constitutional politics must build on the states' international legal obligations to guarantee to all those living within its territory regardless of their citizenship status a non-discriminatory protection of their fundamental rights.*

Key words: *Discrimination, National Minorities, Participation Rights*

lb@lbasta.com

1 The topic of this article is based on the material published in "Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society", Council of Europe, *Trends in social cohesion*, Strasbourg, 2009, pp. 67-84

1. The Context and Emerging Issues: Contested Fields of Trans-Cultural Communication

Identity politics represents a major challenge for the liberal constitutional democracy of today. Cultural themes dominate political debate on equal footing with economic issues, to say the least. This is the case not only in the societies with ethnic cleavages, let alone the countries coming out of ethnic wars worldwide. The same is true with Western democracies after September 11th, 2001.² The debate is irrevocably leading to re-visiting the question of national identity in terms of the commonly accepted values underlying a democratic consensus in the societies of Western Europe. The reforms to citizenship became a highly politicized issue in France and Germany in the 1990s, and nationality law was reformed four times in the two countries. Political debate over concepts of nationality, belonging and integration shifted in both countries to a more focused sphere of migration. Contrary to Brubaker's prediction given in 1992 (Brubaker, 1992), that basic structural differences between French civic and assimilationist, and German cultural and exclusionist idioms of nationhood would continue to affect nationality policy until today, it was Germany that in 1993 adopted for the first time a law granting an entitlement of citizenship on the basis of birth and residence. Again it was France, which in the same year pursued a restrictive citizenship policy and adopted for the first time a law ending the automatic acquisition, at the age of 18, of citizenship by aliens born in the country. As Nathan Glaser put it, we are all multiculturalists now (Hansen, Koehhler, 2005).

Shifting to migration aspects in citizenship policy in France and Germany in the 1990s can indeed be interpreted as a sign that citizenship discourse becomes foremost the issue of strongly politicized debates over nationality policies instead of a scholarship theorizing on nationhood. However, rather than to point to narrowing a policy debate, the four nationality law reforms in France and Germany demonstrate the depth of the issue behind the confrontation over nationality policy – the issue of nationhood itself. It is the foundational principles

2 In one of his articles on "Identity, Immigration, and Liberal Democracy", F. Fukuyama argues that a more serious longer-term challenge than terrorism facing liberal democracies today concerns the integration of migrant minorities – particularly those from Moslem countries – as citizens of liberal democracies. "Europe has become and will continue to be a critical breeding ground and battlefield in the struggle between radical Islamism and liberal democracy", since "radical Islamism itself is a manifestation of modern identity politics, a by-product of the modernization process itself." (F.Fukuyama, 2006)

of both nation-states, personified in respective concepts of nation as *pouvoir constituant* that call for re-consideration and revision.³

Migration policy is rightly analysed within the relationship between migration, the state and the society. Citizenship models, modes of migrant incorporation, membership of the welfare state, socio-cultural exclusion, discrimination and ethnic minority formation, as well as ethnic mobilisation become major cross-cutting issues to address mature and emergent problems in migration policies (Craanen, 2006: 324). As regards the normative elements in future EU policy aiming at “complex-equality” and “reasonable accommodation” of cultural diversity among migrants (inter-culturalism as equal access of migrants to social services in terms of identity-driven equal rights and equal results), these is the issues to be seriously taken into account. The link between inter-ethnic relations changes in personal and group identity even without a further phase of incorporating migrants into citizenship must take into account this inherent relationship between migration, nation-state and society. A further significant step forward would be to focalize on the empirical aspects in the relationship between social disintegration, globalisation and intercultural and inter-ethnic conflicts at a micro level. That low-key political conflicts with ethnic bases can be de-escalated demonstrates a political anthropology on the micro-level. The members of different groups living together on an everyday basis are also constrained by the networks involving cross-group ties (Craanen, 2006: 334-335).

Reacting to these emerging problems and debates, the Council of Europe called already in 1994 for political and cultural democracy as essential for maintaining social cohesion in Europe. What makes in this regard the international legal standards for the protection of national minorities, particularly the Framework Convention on the Protection of National Minorities of the Council of Europe (FCNM), relevant for the context and emerging issues as described until now?

Firstly, the discourse on “reasonable accommodation of cultural diversity” and “equal access of migrants to social services as identity-driven equal rights” draws attention to a new aspect in their protection. It targets their quality as

3 Even the Swiss concept of composed nation, which builds on minority rights as group rights in order to guarantee collective liberty and identity, remains “hermetically” closed for “immigrated diversity”. Differential exclusion of migrants is immanent to Swiss migration policy, even more so than, say in French culturally-blind concept of nationhood. Swiss “Willensnation” (nation by will) is defined as much by those whom it includes (traditional linguistic and religious communities) as by whom it excludes. Territorial basis for minority rights goes against individual socio-economic mobility of migrants. Federal design minimizes the capacity of migrant powerless groups to act upon the full extent of their interests and direct democracy proved instrumental in fomenting anti-migration sentiments, including racism and discriminatory perception of some migrant groups in the population.

ethnic minorities. For migrant ethnic minorities, unlike national minorities, a rupture occurred between territory and cultural identity. More importantly, in most cases also a rupture between cultural identity and citizenship has taken place. Nevertheless, the new policy debate for the first time crosses the Rubicon and understands their minority cultural identity also as a part of their human rights' accommodation. Secondly, The Preamble of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM) makes it obvious what major importance the Council of Europe gives to the rights of national minorities: their comprehensive and effective protection by State Parties is a key element to promote stability, democratic security and peace in Europe; only advanced pluralist societies as genuinely democratic can create a climate of tolerance and dialogue inside each society.

Therefore it is by no accident that the Council of Europe becomes the first international body to argue in favour of multicultural citizenship as a pre-condition to inclusive and participatory democracy. This oldest European organisation promoting democracy and the rule of law rightly understood that to date, the European traditional liberal democratic *acquis* faces a major challenge: How to constitute a state which would be inclusive for all major communities of its society? In this sense, the Parliamentary Assembly Resolution 1735 (2006) on the concept of nation made indeed a far-reaching statement on citizenship and nationhood within a multilateral setting: "The general trend of the nation state's evolution is towards its transformation, depending on the case, from, a purely ethnic or ethnocentric state into a civic state and from, a purely civic state into multicultural state."

Put it differently, effective protection of the rights of persons belonging to national minorities has become the standard for democratic governance and sine qua non for social cohesion within nation-states. Without this condition fulfilled by nation-states, Europe will not be able to design a sustainable strategic response to multiple identities of societies and individuals within its border. Mind that European Union has no common minority policy, and will probably not have in a near future.⁴

The paper maps the FCNM key legal standards for the minority protection and democratic management of diversity as a critical stepping-stone towards designing a comprehensive European legal framework against social and economic discrimination. In doing so, it focalises on participation rights of persons belonging to national minorities since the underlying concept of full and effective equ-

4 The number of EU Member States who ratified the 12th Protocol as of 8th July 2009 is more than telling. Among nineteen ratifications, six are from EU Member States (Cyprus, Finland, Luxemburg, Netherlands, Spain and Romania).

ality of persons belonging to minorities inherently embraces their participation rights in all areas of economic, social, cultural and political life. Given already existing different concepts of RA in Canada and EU law respectively, the paper also touches upon some similarities and considerable conceptual differences between the FCNM understanding of the protection against discrimination and the general approach underlying “rational accommodation of intercultural identities of migrants” in Europe.

Major accents will be outlined in the pronouncements of the Advisory Committee (ACFC), a monitoring body to the Convention⁵ as regards a normative content of the Article 15 governing participation of minorities in cultural, social and economic life and in public affairs (political participation). The underpinning argument is that the Opinions of the ACFC on the implementation of the FCNM by State Parties during more than a decade of its jurisprudence underscored and developed the foundational nature of the participation rights, in terms of both their content and connection to other rights that the State Parties under this convention are obliged to guarantee to the persons belonging to national minorities (Advisory Committee on the FCNM, 2008; Weller, 2005). As already said, the aim is to demonstrate the relevance of the FCNM but also principal differences to the RA concepts as embedded in the Canadian and EU law respectively. Finally, the paper argues that only an inclusive approach of participation rights for the persons belonging to minorities, bringing together social and economic rights with the rights in public sphere, can be taken as an important step towards providing a European legal framework against social and economic discrimination, and in favour of both political and cultural democracy in Europe.

2. FCNM Participation Rights – an Important Step towards European Legal Framework against Social and Economic Discrimination

2.1. Legal Nature and the Importance of the FCNM ⁶

The FCNM marks a milestone in setting higher the international standards for minority protection. Such a statement is by no means exaggerated, although most of the provisions of the Framework Convention contain rather general principles

⁵ “In evaluating the adequacy of the measures taken by the Parties to give effect to the principles set out in the framework Convention the Committee of Ministers shall be assisted by an advisory committee, the members of which shall be recognised experts in the field of the protection of national minorities” (Art.26, para1). The composition of the ACFC and its procedure were established in the Rules of Procedure (1998) and further decisions of the Committee of Ministers relevant to the monitoring procedure.

⁶ The Framework Convention for the Protection of National Minorities of the Council of Europe entered into force February 1st, 1998. As of April 2009, it has 43 signatures and 39

and –except for the right to freely choose to be treated or not as belonging to a national minority (Art. 3) - establish duties for State Parties, not individual rights to be directly claimed. Nevertheless, the FCNM is the first multilateral treaty, which in a form of hard law obliges the Parties to treat rights of persons belonging to minorities as fundamental rights. Minority rights thus become an integral part of the international protection of human rights, and do not fall within the reserved domain of States. Furthermore, by declaring full and effective equality a key standard for minority protection, the Convention introduces a second level of anti-discrimination standards that will in many cases imply additional rights for the persons belonging to minorities. Last but not least, Art. 15 of the Convention that lays down the obligations of the State Parties in effectuating participation rights of persons belonging to national minorities, goes much further than Art 27 of the UN Covenant on Civil and Political Rights. Moreover, Article 4(2) lays down the participation in social, economic, cultural and political life as a measure for full and effective equality.

This is how the FCNM for the first time recognizes a political dimension in minority aspirations while “avoiding dangerous and radical “aspirations of self-determination (Kymlicka, 1995). In the same context, the importance of the participation of national minorities as a part of democratic cohesion and political pluralism has been stressed out in the Recommendation 1492/2001 of the Parliamentary Assembly. It says, inter alia, that ‘the minority has the responsibility to participate in political and public life of the country in which it lives and to contribute, along with the majority, to the democratic cohesion and pluralism of the states to which it has offered its allegiance”.

2.2. Participation is inclusive and covers cultural, economic, social and public life

Article 15 of the FCNM provides that “the parties shall create the conditions necessary for the effective participation of persons belonging to national minorities in cultural, social and economic life and in public affairs, in particular those affecting them”. Undoubtedly, the importance of Art.15 lies in its scope. It stipulates the necessity for the creation of the conditions by the State Parties needed for the effective participation of national minorities by imposing on States negative as well as positive obligations. On one hand, it implies obligations not to interfere in the cultural and other practices on which minority identity is based and not to hamper their participation in public affairs, in particularly those affecting them. On the other hand, it obliges the States to take measures

ratifications out of 47 member-states. Belgium, Greece, Ireland and Luxembourg have not ratified, and Andorra, France, Turkey and Monaco have not yet signed the Convention.

to support the development of national minorities' identities and to create conditions for the effective participation of national minorities.

2.2.3. Foundational Nature and Contextualised

Approach: Articles 3, 4 and 6

It is not possible to talk about effective participation without taking into account other rights that State Parties have to guarantee under the Framework Convention. The right of persons belonging to national minorities to be involved in affairs affecting them directly or indirectly touches profoundly upon their identity, traditions and cultural heritage, as well as their active participation in political life, and in consequence presupposes that they can enjoy these rights in a non-discriminatory manner. Ensuring full and effective participation of the persons belonging to national minorities is the most working instrument for the effective protection of other rights covered by in the Framework Convention. Put it differently: Effective participation is a condition sine qua non and a measure for the level of protection of all other principles guiding minority rights in the Convention.

The legal nature and a broad normative content of Article 15 of the FCNM are best reflected in the inclusive concept of participation that the Convention lays down, and the ACFC persistently embraced in its Opinions. In order to act as a facilitator in a constructive dialogue between the state authorities and members of national minorities the ACFC endorsed a transversal scope of participation rights and interpreted participation as indeed a critical standard for democratic governance. It may well be that in this sense the ACFC could have been even more persistent. For example, it is notable that in its early pronouncements⁷ the ACFC did not often make an explicit link between education (arts. 6 and 12-14) and participation although it often requested the authorities to decide "in consultation with concerned minorities". On the other hand, already later opinions of the first monitoring cycle show that the ACFC went further in targeting state's non-compliance with its duties under Art. 15, when it concluded that these reflected a deliberate state policy and saw them as an element of non-democratic governance. Especially in the post-conflict cases of state-reconstruction the ACFC also used the participation argument in order to warn against the "reinforcing ethnic lines as the main pillar of state action".

As regards our theme, a consolidated review of the ACFC jurisprudence on participation rights shows that the FCNM monitoring body mainly focused on the following issues:

⁷ The 1st monitoring cycle (1998 – 2003)

- Scope of application (Art.3),
- equal protection of laws and non-discrimination clauses (Art.4),
- a spirit of tolerance and inter-cultural dialogue, including anti-discrimination measures (Art. 6).

To start with, the ACFC particularly underlined the importance of the relationship between Article 15 and articles 4 and 5 (maintenance and development of culture) in demonstrating that effective participation of persons belonging to national minorities is a key to the full enjoyment of other rights protected under Convention. In fact, Articles 15, 4 and 5 can be seen “as the three corners of a triangle which together form the main foundations of the Framework Convention”(Advisory Committee on the FCNM, 2008).

In a similar vein, the ACFC outlined Art 3 as critical to the fulfilment of the aim of the Convention. It is clear that the effectiveness of participation directly depends on the number of those in one country who are protected under the FCNM. In this context, notably revealing are the comments of the ACFC under Article 3 related to the personal scope of application of the Framework Convention. The on-going disagreement over the definition of national minorities during the drafting phase – reflecting in fact a more fundamental, political disagreement over their individual or group-right nature⁸ - was the key reason why the Convention remained intentionally unclear about its personal scope of application. Nevertheless, the ACFC always examined the scope of application given by each State Party, in order to verify whether this margin of appreciation had not been used in a given case for arbitrary and unjustified restriction in implementing the FCNM.

The ACFC in fact persistently held to a standard concept of “unjustified and arbitrary distinctions” in international law. For instance, the Committee used the scope-of-application-argument also to reiterate the importance of advisory and consultative mechanisms, saying that certain persons belonging to ethnic minorities should not be excluded a priori from the dialogue because they are not recognized as national minorities under the Framework Convention. This went in line with the PACE Recommendation 1623 (2003), namely: “The Assembly considers that the states parties do not have an unconditional right

⁸ Notwithstanding the Explanatory Report, according to which the Convention “does not imply the recognition of collective rights”, the ambivalence between the individual and the collective in MR remains. It played a significant role in the work of the ACFC, notably in its conceptual discussions. The “founding fathers” of the FCNM did put this ambivalence aside, since no consensus within the international setting seemed feasible in near future. As a consequence, the Explanatory Report draws a clear line, almost in a manner of antinomy, between individual and collective rights.

to decide which groups within their territories qualify as national minorities in the sense of the framework convention. Any decision of the kind must respect the principle of non-discrimination and comply with the letter and spirit of the Framework Convention.”

Citizenship is indeed a decisive element to influence the scope of FCNM application in general and minority participation in public affairs, in particular. The absence of a formal minority definition in the FCNM left a broad margin of appreciation for the ACFC, and it did its best to draw benefits out of this for new migrant minorities despite encountering resistance of certain states and discontent of the Committee of Ministers. As already said, the ACFC built its arguments in compliance with general principles of international law. Indirectly conducive may have been the EU principle of constitutional tolerance and human rights foundation of European citizenship. Referring to the concept of “arbitrary or unjustified distinctions”, the ACFC considered as a part of its duty to examine the personal scope of application given to the implementation of the Framework Convention in every given case. This allowed the Committee to go beyond the states definitions and examine the situation of other minority groups, most notably migrants (Tanase, 2003).⁹ The ACFC took a position that, “while it is legitimate to impose certain restriction on non-citizens concerning their right to vote and be elected, they should not be implied more widely than necessary”. As a rule, the Committee encouraged the State parties to provide non-citizens with active and passive voting right in local elections. It consistently recommended flexibility and inclusiveness in the approach taken by State Parties. Moreover, the ACFC always emphasised the fact that the application of the Framework Convention to non-citizens belonging to minorities can enhance the spirit of tolerance, intercultural dialogue and co-operation, as provided for in Art 6 of the Convention.

It is the normative content of Art 6 that considerably helped the ACFC by its article-by-article-approach to assess the FCNM implementation also in view of the inclusion of non-citizens belonging to ethnic minorities that were not guaranteed minority protection in given cases. This article applies to everyone within the state with respect to threats and discrimination based on ethnicity, language, or religion. The Committee used inclusive scope and mandatory character of the obligations for State Parties under Art 6 in matters regarding media

⁹ In its opinion on Germany of March 2002, the Committee didn't hesitate to refer to the large number of groups of noncitizens living in Germany, the Government itself having indicated 7.49 million foreigners living in Germany (§ 17). In particular, the Committee quotes the official statistics at the end of 1999, it referred to the presence of 1,856,000 citizens from EU States, more than 2,053,000 Turkish citizens, 737,000 Yugoslav citizens, 214 000 Croats and 291,000 Polish citizens. (More in: Tanase, 2003)

stereotyping, policy failures, and citizenship laws (Gilbert, 2005). The principles of tolerance, dialogue and mutual respect, enshrined in Art 6 are intrinsically linked to full and effective equality and non-discrimination. Thanks to a creative teleological interpretation by the ACFC, positive effects of Art 6 went far beyond providing a framework for balancing between the need for persons belonging to a national minority to preserve their own culture, and yet be integrated into the society. By systematically targeting migrants' policy failures, the Committee in fact "stubbornly" reiterated that economic and social cohesion are not viable in societies where persons belonging to big ethnic or religious migrant groups remain at the same time "differentially" included (labour and social welfare) and systemically excluded as regards their cultural identity. This is an important lesson learnt when considering the feasibility and principles of rational accommodation of cultural diversity within a European legal framework.

In its Report on Non-Citizens and Minority Rights (2006) the Venice Commission points to the above developments as an indication "that a significantly more flexible and nuanced approach has gained ground in the implementation and monitoring practice under the FCNM, even in those cases where the Government's formal position on the issue has remained intact." Moreover, "a move towards a more nuanced approach to the definition issue can be detected not only in the work of the ACFC, but also in the work of the CM and, although to a lesser extent, in governmental practice." Finally, also the Venice Commission leaves no doubt as to the key standard for arbitrary or unjustified, i.e. discriminatory distinctions in granting minority rights:

"132. Each State shall secure to everyone within its jurisdiction - including non-citizens - the human rights guaranteed by the general human rights treaties binding upon them, mainly by refraining from undue interference in their exercise. A restrictive declaration entered upon ratification of the FCNM and/or a general law on minorities containing a citizenship-based definition can in no way mitigate this international obligation."¹⁰

Given such developments, the PACE re-focused its concerns from minority definition to the risk of discriminatory exclusion of minority groups by those States, which have entered declarations or reservations upon ratification of the FCNM. The support backing the Recommendations 1623 (2003) stressed in particular that "it would be rather unfortunate if the European standards of minority protection appear to be more restrictive in nature than the universal standards". Namely, Article 27 ICCPR is not limited to citizens; at the same time, it remains binding for all State Parties to the FCNM regardless of the citizenship criterion in the implementation policy of a considerable number of them. This principal

10 CDL-AD(2007)001

warning of the PACE against undue restrictions based on the citizenship-criterion in the state policy of human rights was also *mutatis mutandis* echoed in the Resolution 1509 (2006) on the Human Rights of Irregular Migrants.

2.2.4. Full and effective equality means positive measures and the obligation of a result

From the very beginning of the monitoring process, the ACFC understood the principles of full and effective equality and of second level of protection against discrimination (Art. 4) as cornerstones for the foundational nature and inclusive scope of participation under the FCNM. The ACFC particularly built upon para.2 of the Article 4 of the Framework Convention, which explicitly demands from State Parties to engage in “non-exclusion policy” prohibiting discrimination. It also called on State Parties to adopt, where necessary, adequate measures in order to promote, in all areas of economic, social and political and cultural life “full and effective equality between persons belonging to a national minority and those belonging to the majority”. Compared in sequence to respect and protection, promotion is the third, highest level of accommodation. Throughout its Opinions, the ACFC repeatedly related the broad scope of application of these measures of positive discrimination to participation. More importantly, the ACFC always underlined that it did not consider positive measures as discriminatory. For example, the ACFC saw that some discriminatory situations might be remedied by adopting special measures, such as quotas, to ensure full and effective participation of persons belonging to national minorities in terms of a more significant presence of these minorities in state administrative structures. In particular, the ACFC often made in its opinions a cross-reference between the effective participation, equality and non-discrimination principles, in order to address the problem of differences in social and economic situations between certain minorities and the majority. The ACFC also concluded that unemployment appears to affect disproportionately persons belonging to national minorities, especially young women, stressing the need to eliminate both direct and indirect discrimination in the labour market, and enhance the recruitment of qualified persons belonging to national minorities in public service persisted. When coming to the dispute over minority land rights, the ACFC often pointed out that both socio-economic and cultural aspects of the problem are directly interrelated with the participation rights of the minority in question. In a nutshell: It becomes obvious that the ACFC applied the indirect-discrimination-concept¹¹

11 Indirect discrimination is generally understood as a rule, policy, practice, or procedure that is the same for everyone and thus may look fair but whose side effect disadvantages members of a specified group relative to others.

taking fully into account that indirect discrimination as such points to a collective dimension of minority rights *as such*, including also migrant minorities.

2.2.5. Participation in public affairs – not goal in itself, but an instrument to effectively prevent social and economic discrimination on the basis of cultural identity

In its ten-year work, the ACFC had to address three key aspects of participation rights in public affairs: constitutional state design (decentralisation and territorial autonomy) and governance of state as a whole, in order to evaluate the inclusiveness of a given constitutional framework for effective decision-making capacities of minority communities; the entitlements of the minorities to autonomously decide on the issues that are of particular relevance to them; the question of internal democracy within minority communities (Weller, 2005: 430). The truth of the matter is that the ACFC differentiated in devoting its attention to these issues.¹² One could say that throughout all its opinions the ACFC never gave up stressing the importance of a dialogue between the state and minority organisations. Like with representation, the ACFC always understood consultation of minorities as a stepping-stone, but definitely not already as a form of full participation. In many cases the ACFC encouraged the authorities to make this step forward and give appropriate effect to the opinion and proposals of the minority representatives. In fact, the ACFC looked upon consultative mechanisms and their relevance in political decision-making process as a very important term of reference to measure both the scope and the effectiveness of the participation rights in a given country.

The Opinions addressed a whole set of questions pertinent not only to minorities' auto-determination entitlements and their genuine representation through the organisations and institutions of their choice; the ACFC, for example, ruled on the various solutions related to elected bodies, in order to monitor the participation of minorities in legislative process - parties, design of electoral system at each level, boundaries, reserved seat system, parliamentary practice and veto-type rights, participation through specialised governmental bodies.

The message of the ACFC was clear in terms of high-level standards for an effective participation in public life; minority representation and minority consultative mechanisms as such are inherent in political participation of persons belonging to minority. Nevertheless, their mere existence does not mean a fulfilment of participation. Representation is not an aim in itself. Consultative mechanisms are to operate instead as forceful institutional avenues, which will actively

¹² In 2005, M. Weller rightly warned that "little or no attention has been devoted to the internal democracy of minorities thus far". (Weller, 2005: 430)

promote effective participation of minorities, in cultural, social and economic life and in public affairs, in particular those affecting them.

3. Outlook

In fulfilling its task of a treaty body, the Advisory Committee addressed the implementation of the FCNM as “an unfinished story of human rights” and understood its role as that of discovering and developing normative meanings in the human rights canon in terms of minority protection. Has the ACFC hereby confirmed the foundational nature of participation rights, and has it sufficiently built upon and developed the inclusiveness backing the concept of participation rights?

Here, it is worth reminding that the inclusiveness of participation rights of persons belonging to national minorities can be understood in two ways: a/ in terms of the scope of rights, b/ in terms of a constitutive nature of a given state construction which should accommodate and further improve inclusiveness as a major principle of effective, legitimate multicultural societies (multicultural nationhood). The letter message still waits to be more explicitly communicated by the ACFC in its future monitoring work. Nevertheless, the jurisprudence to date represents a good ground for the ACFC to engage into further interpretative possibilities of the “effectiveness” of political participation. As the Commentary on Participation shows, the interpretative basis has been already provided:

“Effectiveness” of participation cannot be defined and measured in abstract terms. When considering whether participation of persons belonging to national minorities is effective, the Advisory Committee has not only examined the means which promote full and effective equality for persons belonging to national minorities: it has also taken into account their impact on the situation of the persons concerned and on the society as a whole.

Hence it is not sufficient to formally provide for the participation of persons belonging to national minorities. The measures should also ensure that their participation has a substantial influence on decision taken and that there is, as far as possible, a shared ownership of the decisions taken.

Similarly, measures taken by the State Parties to improve participation of persons belonging to national minorities in socio-economic life should have an impact on their access to labour market as individual economic actors, their access to social protection and, ultimately, their quality of life. Full and effective equality may, in this context, be seen as a result of effective participation” (Advisory Committee on the FCNM, 2008: 13).

It remains to be seen whether the ACFC will pursue its ten-year proactive interpretation of the FCNM, and whether it will further take an indeed bold path in developing normative content of Article 15 in terms of multicultural citizenship, as suggested in the PACE Resolution 1735 from 2006. Whatever the result may be, it will certainly not depend on expertise level and good will of the members of the ACFC. I would fully agree with those who argue that today, “we are facing perhaps even more difficult stage of the FCNM implementation”. The essential today’s challenges for the full and effective compliance by the State Parties with their obligations under the present Convention are far-reaching and systemic: although integral part of universal human rights, minority rights are often handled as a sort of “special” rights, different and completely isolated from the “general” human rights.¹³

Even with such important tasks still pending for the ACFC, there is no doubt that the most important lessons learnt also affect migrants’ accommodation. The ACFC demonstrated in its jurisprudence that to date, traditional differentiation between immigration and “other” countries is obsolete. There is no viable future for state constitutional politics which ignores both new reality and states’ international legal obligations to guarantee to all those living within its territory and regardless of their citizenship status a non-discriminatory protection of their fundamental rights. From a different perspective and in a different approach the ACFC thus contributed to the on-going debate, which contextualizes migrants’ rights and nationality state policies into a broader spectrum of state and society. Such a linkage should be translated not only in social and cultural, but also constitutional politics. The Committee always encouraged the states to give electoral rights to minorities at local levels, where their social, economic and cultural rights face a day-to-day- policies directly affecting them, including protection of their cultural identity and social security against indirect discrimination. A more convincing argument could not be provided to show that social cohesion is viable only (a) with a critical mass of politically cohesive elements in migrant policies and (b) provided that there is legal basis guaranteeing a critical level of political accommodation of minority groups, including big migrant groups.

13 Besides the problem of failed mainstreaming, B. Cilevics, member of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, warns of States’ reluctance to guarantee full and effective equality to the national minorities, and criticizes the lack of synergy between the EU and the Council of Europe in this field, what additionally undermines the principle of universality of minority rights (*Conference 10 Years of Protecting National Minorities and Regional and Minority Languages*, Strasbourg, March 2008).

4. Concluding Observations

The FCNM represents the first respond to the need of hard-law obligations for State Parties within the international legal system of minority rights. Already at first glance it becomes clear that this document of the Council of Europe has embraced the principle of reasonable accommodation of persons belonging to national minorities as such, without using the legal concept properly taken, in the sense it developed in Canadian law.¹⁴ Some articles are indeed paradigmatic in this regard.¹⁵ A commonality with the Canadian concept is in the motives of discrimination prohibited: religion, language, ethnic or national origin. However, the comparison has to stop here. The teleology of the FCNM goes much further and is fundamentally different: although positive measures in promoting effective and full equality of persons belonging to national minorities also take place at an individual level (obligation of an action), the aim behind this second level of anti-discrimination standards goes beyond a given case, and implies that such measures should have additional positive impact on the situation of persons concerned/given community and on a society as a whole (obligation of results).

Finally, regarding practical implications of the above-outlined ACFC jurisprudence for the institutional and social-policy reforms necessary to sustain social and economic integration of migrants also by taking into account their cultural identity, a conclusive question has to be raised: Do legal responses effectively lead to policy implementation? The answer underlying this paper is straightforwardly positive. The rule of law notoriously demands legal standards for policy implementation in the sense that they make policy implementation more or less comprehensive. More notably and more pragmatically, it is again legal settings that are testament to measuring the effectiveness of policies in terms of breaches of international legal obligations of a result. To date, 43 signatures and 39 ratifications prove that FCNM indeed became the European standard in implementing international legal obligations in minority rights, including to a considerable extent also those with a non-recognized status of national minorities.

14 Given to its reduced, basically labour-market-driven-nature, neither can the RA as introduced in the EU since 2000 be a point of reference here.

15 In areas inhabited by substantial numbers of persons belonging to a national minority traditionally or in a substantial numbers, if there is sufficient demand, the Parties shall endeavour to ensure, as far as possible and within the framework of their education system, that persons belonging to those minorities have adequate opportunities for being taught the minority language or for receiving instructions in this language" (Art. 14, para 2)

References

- Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities (Secretariat). (2008). *Commentary on Participation Rights*. Strasbourg.
- Brubaker, R. (1992). *Citizenship and nationhood in France and Germany*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Craanen, M. (Hgb.). (2006). *Berichte aus Forschungsvorhaben im Rahmen der Förderungsiniciativen "Das Fremde und das Eigene" – 1999-2006*. Hannover: Transcript Verlag, Bielefeld und VolkswagenStiftung.
- Fukuyama, F. (2006). Identity, Immigration, and Liberal Democracy. *Journal of Democracy*. Vol. 17. No. 2. 5-20.
- Gilbert, G. (2005). Commentary of Art 6 of the FCNM. in M. Weller ed., *The Rights of Minorities, a Commentary of the FCNM*. Oxford University Press. 177-191.
- Hansen, R., Koehler, J. (2005). Issue Definition, Political Discourse and the Politics of Nationality Reform in France and Germany. *European Journal of Political Research*. Vol. 44. 623-644.
- Kymlicka, W. (1995). *Cultural Rights and Minority Rights: A European Experiment*. (manuscript). 1-12.
- Tanase, I. (2003). *Defining National Minorities: Old Criteria and New Minorities*. St. Antony's College University of Oxford online publication.
- Weller, M. (2005). Commentary of Article 15. in M. Weller (ed.). *The Rights of Minorities, a Commentary of the FCNM*. Oxford University Press. 429-461.

Др Лидија Р. Баста Флајнер,

Стални гостујући професор Факултета

политичких наука, Универзитет у Београду

Редовни професор Универзитета у Фрибуру, Швајцарска (у пензији)

**Права партиципације према
Оквирној конвенцији за заштиту националних
мањина: У сусрет Правном оквиру за сузбијање
социјалне и економске дискриминације**

Резиме

Оквирна конвенција за заштиту националних мањина представља први одговор на потребу да државе-чланице Савета Европе приступе испуњавању обавеза преузетих из међународних уговора у оквиру међународног правног система заштите права националних мањина. Очигледно је већ на први поглед да овај документ Савета Европе почива на принципу рационалне правне заштите припадника националних мањина, при чему се овај правни концепт ипак значајно разликује од тога како је схваћен у канадском праву и у Европској Унији. Заједничко за оба концепта је основ дискриминације: верско опредељење, језик, етничко или национално порекло. Међутим, свако даље поређење ту престаје. Телеологија Оквирне конвенције иде много даље од канадског концепта, који је свеобухватнији, и од стандарда ЕУ. Иако се позитивноправне мере, усмерене ка промовисању делотворне и потпуне једнакости припадника националних мањина, примењују на индивидуалном плану (кроз обавезу држава да предузму одговарајуће мере), основни циљ увођења другог нивоа антидискриминацијских стандарда има далекосежније импликације од решавања појединачних случајева. У случају Оквирне конвенције, он подразумева да такве мере морају имати додатан позитиван утицај на конкретну ситуацију у којој се дотичне особе налазе или на конкретну друштвену заједницу и друштво у целини (обавеза постизања конкретних резултата).

Практични ефекти, које приказана јуриспруденција Саветодавног комитета може имати на реформу институција и социјалне политике неопходних да би се подржала социјална, економска и културна интеграција миграната, воде до кључног питања: да ли одговарајућа правна регулатива води до ефикасне имплементације ове социјалне политике? Одговор аутора је несумњиво позитиван. Владавина права нужно захтева установљавање

правних стандарда за имплементацију одређене политике социјалне интеграције миграната. Истовремено, правно утврђени стандарди и инструменти миграционе социјалне политике значајно доприносе њеној свеобухватној имплементацији. Правни оквир је опет кључни фактор који обезбеђује мерење ефикасности усвојених програмских политика с обзиром на резултате и обавезе који проистичу из међународних правних обавеза. До данас, Оквирну конвенцију су потписале 43 државе-чланице а званично је ратификована од стране 39 држава-чланица, доказ да је ова Конвенција прихваћена као европски стандард у имплементацији међународних правних обавеза заштите мањинских права, укључујући у одређеним случајевима и мањинске групе којима није признат статус националних мањина.

Кључне речи: дискриминација, националне мањине, партиципациона права.

Владимир Ђурић,
Научни сарадник Института
за упоредно право, Београд¹

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 323.17

Рад примљен: 10.10.2013.
Рад прихваћен: 17.10.2013.

ПРАВНЕ ОСНОВЕ И ОКВИРИ ЕТНИЧКИ ЗАСНОВАНЕ НЕТЕРИТОРИЈАЛНЕ АУТОНОМИЈЕ

***Апстракт:** У раду аутор анализира основе и оквире етнички засноване нетериторијалне аутономије у међународном, упоредном и домаћем праву. НТА се сматра институционалним решењем погодним за обезбеђивање партиципације мањина у јавним пословима, иако међународно право не прописује обавезу њеног формирања. Закључак анализе упоредних и домаћих решења је да је културна аутономија уставно прихватљив оквир НТА, док етнички заснована функционална аутономија има значајна уставна ограничења и инхерентну антиномију.*

***Кључне речи:** нетериторијална аутономија, културна аутономија, функционална аутономија, националне мањине, национални савети.*

1. Увод

Појам „аутономија“, и поред широке и честе употребе, још увек нема једнообразно значење, не само у ванправном, политиколошком, социолошком, филозофском и историјском, поимању, већ и у речнику правне науке. Отуда и не чуди да „аутономија“ представља предмет честих спорења у теорији и дилема у позитивноправном регулисању друштвених односа. Део таквих спорења односи се и на концепт нетериторијалне аутономије (даље НТА). Тема овог рада је анализа правних основа и оквира етнички засноване НТА. Први корак у таквој анализи је покушај систематизовања различитих схватања појмова „аутономија“.

¹ djuric.vim@gmail.com

2. Појмовни спектар

Појам аутономија изводи се из грчких речи „аутос“, са значењем сам, сопствен, и „номос“, са значењем закон, норма. Отуда следи да се „аутономија“ може превести као само-законодавство, односно сопствено прописивање норми, саморегулисање.

У философији „аутономија“ подразумева независност и слободну вољу самопоимајућег „ја“, док у политикологији и праву аутономија упућује на самосталност дела, уз поштовање целине једног ентитета.

У теорији права аутономија се ближе одређује као облик организовања у коме одређене територије или социјалне групе, имају посебан статус и аутономна права. Скуп тих аутономних права, средстава за њихово остваривање и посебна организација, сачињавају аутономни статус тих територија и социјалних група у оквиру једне државе која својом вољом гарантује такав статус (Митровић, 2003:417). Већина аутора чини разликовање између персоналних, административних, функционалних, културних и територијалних форми аутономије (Ackrén, 2009:16). Значење тих појмова није идентично, нити једнообразно.

У уставном и управном праву чешћа је и јаснија употреба појма „територијална аутономија“. Под њом се подразумева право територијалних јединица да у оквиру уставног и законског поретка државе, посредством својих органа, доносе сопствене законе, односно облик унутрашњег уређења једне државе, или федералне јединице у федеративној држави, који се карактерише високим степеном самосталности одређене територије и становништва која се испољава у сфери законодавства и извршења, али не и судства (Николић, 1994:426).

Одређења НТА приступом *per negationem* би тај вид аутономије сводио на све облике који немају територијалну основу и не односе се на одређене територије (Légaré, 2008:144).² Реч је првенствено о појмовима *персонална и културна аутономија* који упућују на мањинска права, или права аутохтоних народа (Ackrén, 2009:16). Појмови „културна“ и „персонална“ аутономија везују се за радове аустро-марксиста који су под њима сматрали сложени институционални аранжман у којем би етничке групе („нације“) биле организоване као корпоративни самоуправни ентитети засновани на индивидуалном чланству, пре него на територијалном принципу (Renner, 2005:15-47). У домаћој теорији, персоналном аутономијом означава

² У теорији се, примера ради, наводи да нетериторијална јурисдикција постоји када се самостална јавна власт врши у погледу одређених индивидуа широм државе, без обзира на чињеницу да су они настањени на територији на којој су друга лица подређена сличној власти са територијалном надлежношћу – видети (Légaré, 2008:144)

се аутономија заједница које нису територијално, већ су персонално засноване, односно одређених националних, верских, професионалних, сталешких и сличних социјалних група, док се под културном аутономијом подразумева право нација или етничких група као таквих, независно од територије на којој су настајене, на развијање своје културе преко самостално образованих културних институција и на слободу употребе свог језика (Марковић,1995:538).

Недавно је у теорији започело раздвајање појмова персонална и културна аутономија. Под *персоналном аутономијом* подразумева се индивидуална слобода у остваривању и бављењу интересима који се односе на лични идентитет (Shopflin,2000:283-284), или коришћење права удруживања у хоризонталној домензији, између лица која припадају мањинској групи, за извршавање различитих културних и других активности које мањина сматра важним (Suksi,2008:196,197). Нешто другачији приступ, следећи аустро-марксисте, појмом *персонална аутономија* означава правну везу индивидуе са одређеним аутономним институцијама која је заснована на индивидуалним карактеристикама различитим од пребивалишта (Nimni,2000:8).

Културна аутономија је по својој природи заснована на колективитету и од персоналне аутономије се разликује по намени и циљу због кога шири права одређене културне или лингвистичке групе. Овој форми НТА својствена су регулаторна овлашћења (Ткасиќ,2008:371), тако да се под њом подразумева право саморегулисања одређене групе у погледу питања која утичу на одржавање и обнављања њене културе (Suksi,2008:196). У режиму културне аутономије држава оптира да мањинској групи не намеће своју власт у одређеном сету питања (Ткасиќ,2008:375). Културна аутономија подразумева да културна, односно етничка група која је њен носилац, мора бити организована као вертикално интегрисана корпорација заснована на индивидуалном чланству са изабраним руководећим телом које је носилац одређених јавних функција и овлашћења, односно имплицира етнички засноване самоуправне институције које нису део територијално одређене јавне власти и које редовно поседују одређене материјалне или ауторитативне јавне ресурсе (Osipov,2011:396).

Самоуправне институције, односно сопствена самоуправна структура и руководећа тела приближавају културну аутономију појмовима *функционалне и административне аутономије* и стварају својеврсно „прелазно“ теоријско подручје. У теорији се сматра да је административна и функционална аутономија више везана за различите институције, њихове функције и овлашћења (Ackrén, 2009:16). У домаћој правној

науци институционална аутономија се одређује као право појединих институција³ да уживају самосталност у оснивању, раду, управљању и финансирању (Марковић, 1995:538). Функционална аутономија се описује као трансфер одређених јавних функција⁴ на приватноправне институције (Malloy, 2009:665,667), што имплицира децентрализацију контроле над једним питањем, или једном облашћу послова, чак и на истом територијалном подручју (Ткасиќ, 2008:371,376). За разлику од тако схваћене функционалне аутономије, административна аутономија подразумева сет функционалних аутономија које коегзистирају на истом подручју које може да представља територијалну посебност (Ткасиќ, 2008:371). Административна аутономија укључује ограничена регулаторна овлашћења, али не и законодавну власт (Ткасиќ, 2008:372).

У многим упоредним уставним системима постоје облици нетериторијалног организовања и представљања мањина као колективитета који имају и извесних елемената различитих форми аутономије. Пре него што се размотре уставне основе и оквири таквих аутономија, треба сагледати решења која су предвиђена међународним правом.

3. Међународно право и НТА

Правни теоретичари углавном су сагласни у тврдњи да међународноправни инструменти не прописују аутономне мањинске аранжмане, њихову дефиницију или начела (Osipov, 2011:397). Поједини међународни акти који спадају у тзв. меко право (*soft law*) упућују на нетериторијална решења. У препорукама из Лунда Високог комесара ОЕБС за националне мањине о делотворном учешћу националних мањина у јавном животу истиче се да такво учешће може да захтева нетериторијална или територијална *решења самоуправе*.⁵ Нетериторијални облици управе корисни су за очување и развој идентитета и културе националних мањина,⁶ а области на које би се могло утицати успостављањем таквих решења обухватају образовање,

3 Школа, универзитета, болница, привредних и пословних организација и сл.

4 Не нужно у сфери културе.

5 У Објашњењима уз Препоруке из Лунда јасно је истакнуто да се одељак 17. односи на нетериторијалну аутономију која се често назива „персоналном“, или „културном“ аутономијом. Иако се у Објашњењима Препорука упућује на „културну“ и „персоналну“ аутономију, у коментарима се истиче да је, вероватно из предострожности, у самим Препорукама изостављена реч аутономија и да се радије користи појам аранжмани (решења). (Malloy, 2009:666)

6 Одељак бр.17. Препоруке из Лунда

културу, употребу мањинског језика, религију и остала питања кључна за идентитет и начин живота националних мањина.⁷

Везивање НТА за област културе, језика и образовања садржано је у још једном акту меког права - у Коментару Саветодавног комитета Оквирне конвенције за заштиту националних мањина⁸ о делотворном учешћу лица која припадају националним мањинама у културном, социјалном и економском животу и јавним пословима.⁹ Оквирна конвенција за заштиту националних мањина СЕ не предвиђа облике НТА, али у члану 15. прописује да ће стране уговорнице креирати неопходне услове за ефективну партиципацију лица која припадају националним мањинама у културном, социјалном и економском животу, и у јавним пословима, *нарочито онима који се њих тичу*. Та одредба, иако не намеће одређени модел учешћа, сугерише стварање институционалних решења којима би се омогућило учествовање у *оним јавним пословима који се тичу националних мањина*. У Коментару се наводи да је циљ аранжамана НТА који су колективно дати припадницима мањина да мањинским организацијама делегирају важне компетенције у области мањинске културе, језика и образовања и да они могу да допринесу заштити и развоју мањинских култура.

Нешто другачији је приступ Европске повеље о регионалним или мањинским језицима. Она упућује уговорне стране, да охрабре групе становништва које користе мањинске језике, да установе одговарајућа тела која би се бавила саветовањем власти о свим питањима која се тичу мањинских језика.¹⁰ Будући да Повеља предвиђа мере у области образовања, судских овлашћења, административних власти и јавних служби, средстава јавног информисања, културних активности, економског живота и прекограничне размене, јасно је да би тела говорника мањинских језика, могла саветовати власти у тим областима друштвеног живота.

У теорији је разматрано питање да ли међународно право, уколико не познаје изричите одредбе о мањинској НТА, садржи извесна решења

7 Одељак 18. Посебно је у оквиру те тачке назначено а) да појединци и групе имају право на избор да употребљавају своје име на мањинском језику и право да добију званично признање своих имена, б) да, узимајући у обзир одговорност владиних тела да поставе образовне стандарде, мањинске институције могу да одреде наставне планове за наставу њихових језика, културе, или у обе области, као и в) да мањине могу да одреде и уживају своје националне симболе и остале облике културног изражавања

8 Тело које Комитету министара СЕ помаже у праћењу спровођење Конвенције у државама чланицама

9 ACFC/31 DOC (2008) 001

10 Чл. 7. ст. 4.

којима се такви аранжмани подстичу или ограничавају. То питање се може сагледати у три равни.

Прву раван чини могућност стварања мањинских организација, без мешања државе. Оквирна конвенција јамчи слободу удруживања припадника националних мањина и право на очување, одржавање и изражавање културе и идентитета. Важно је указати да је питање шта чини етничку основу удруживања комплексно и да на међународном плану, због тога што нема обавезујуће дефиниције националне мањине, нема једнообразног приступа међународних институција том питању. Постоје ставови да је самоидентификација појединаца довољна,¹¹ док се у појединим коментарима сматра да је слободан избор појединца повезан са објективним критеријумима.¹²

Другу раван чини могућност стварања јавних или приватних институција подељених по етничкој основи (Osipov,2011:406). Преовлађујући став је да је забрањена *обавезна* сегрегација јавних институција (Osipov,2011:406). Конвенција UNESCO о борби против дискриминације у области просвете дозвољава установљење посебних школских система, или школа, ако их држава дозволи, ако је њихово похађање добровољно, као и ако је настава која се у њима изводи саобразна прописима донесеним или одобреним од стране надлежних органа.

Трећу раван разматрања чине јавна овлашћења која се могу доделити самоуправним, етнички заснованим организацијама. Иако је међународно право, позитивно настројено према учешћу припадника мањина у јавним пословима, нарочито онима који се на њих односе, у теорији се ипак истиче да не постоје сасвим јасни критеријуми у погледу облика и садржине такве партиципације (Osipov,2011:407), па, самим тим, ни у погледу овлашћења која се могу доделити самоуправним мањинским организацијама.

11 Према Општој препоруци број 8. Комитета за уклањање расне дискриминације која је посвећена проблематици идентификације са одређеном расном или етничком групом, таква идентификација, уколико не постоји оправдање за супротно, засниваће се на самоидентификацији датог појединца – CERD, General Recommendation No. 08: Identification with a particular racial or ethnic group (Art.1, par.1 & 4),08/22/1990 - A/45/18

12 Оквирна конвенција у члану 3. предвиђа да сваки припадник националне мањине има право да се према њему опходе или не опходе као таквом. Међутим, у коментару те одредбе истиче се да „*ова одредба препушта сваком таквом лицу да одлучи да ли жели или не да се подведе под заштиту која прописује из Оквирне конвенције*“, али се додаје да она „*не подразумева право појединца да једноставно одлучи да припада некој националној мањини. Субјективни избор појединца неодвојиво је повезан са објективним критеријумима релевантним за његов идентитет*“ – Explanatory Report of the Framework Convention

4. Унутрашње право и НТА

Учешће мањина у јавним пословима у многим државама обезбеђено је посредством саветодавних и консултативних тела која могу да делују како на државном, тако и на регионалном или локалном нивоу (Weller,2006:447). Њихове функције могу да обухватају учешће у припремању владиних стратегија о мерама за унапређење положаја мањина, давању мишљења на нацрте закона, праћењу положаја мањина, размену мишљења са владиним и парламентарним функционерима, припремање водича за јавне власти о мањинама, координирање мањинске политике у различитим органима или регионима, итд (Weller,2006:447). Таква тела, осим саветодавних функција, могу да испуњавају и одређене извршне функције, као што је случај са дистрибуцијом средстава намењених културним активностима организација мањина (Weller,2006:448). Међутим, функције, статус и састав ових тела се у упоредном праву разликују.

Један покушај класификације таквих тела, извршен донекле према њиховим активностима, сврстава их у четири типа различитих механизма – 1. механизми коодлучивања, 2. механизми консултација, 3. механизми координације и 4. механизми мањинске самоуправе (Weller,2009:559). Механизам коодлучивања подразумева да се мањински савети морају консултовати пре доношења одлука, што се најчешће остварује институционалним решењем према коме су таква тела при парламенту или влади. Мекша варијанта овог механизма постоји ако се законодавство не може усвојити пре него што се прибаве и размотре мишљења савета, док доследније коодлучивање постоји у случају да таква тела имају право законодавне иницијативе, или чак и могућност да блокирају усвајање закона који погађа интересе мањина (Weller,2009:559). У случају механизма коодлучивања мањински савети не морају да представљају тачно одређену мањину, већ могу заступати интересе свих мањина. Консултативни механизми могу да буду организовани тако да окупљају искључиво представнике различитих мањинских група, искључиво представнике једне националне мањине, или да буду тела која воде и на чији рад пресудно утичу представници власти (Weller,2009:559). Механизми координације нису права мањинска саветодавна тела, већ могу да буду сачињена и од представника различитих државних органа, експерата, итд. Последњи вид таквих тела представљају механизми мањинске самоуправе који постоје уколико се мањинско тело установљава у циљу организовања, односно заступања одређене мањине и има овлашћења доношења одлука (*decision-making powers*) у интерној сфери (Weller,2009:559). То је случај када се одредбама унутрашњег права предвиђа постојање мањинске функционалне или културне аутономије чији су извршни орган мањински

савети (Weller,2009:559). Упоредноправна решења пружају широку палету различитих могућности, па чак и комбиновања изложених механизма, што утиче на јасно класификовање природе и оквира делатности таквих тела, а самим тим, повратно, и на теоријско поимање различитих облика НТА. Због тога, анализу основа и оквира етничке НТА треба усмерити на сагледавање упоредноправних решења.

4.1. Упоредноправна решења

Учешће мањина у јавним пословима посредством специфичних организација које имају елементе аутономности најразвијеније је у Мађарској, Естонији, Финској, Словенији и Хрватској. Упоредни приказ најпре треба започети сагледавањем решења из мађарског правног система чије је искуство снажно утицало на друге државе.

Претходни Устав Мађарске из 1949. садржавао је у члану 68. одредбе према којима држава осигурава колективно учешће мањина у јавним пословима и јамчи право да оснивају локална и државна тела самоуправе.

Закон о правима националних и етничких заједница донесен 1993.. предвиђао је да мањинска самоуправна тела имају статус правног лица. Закон је одредио појам националне мањине, али је, у циљу избегавања сваке забуне, истовремено утврдио и које се групе сматрају националним мањинама (Кривокапић, 2004:109-133).¹³ Задатак државне мањинске самоуправе био је да заступа и штити интересе мањине коју представља, како на државном, тако и на регионалном нивоу. У циљу остваривања културне аутономије мањине, државна самоуправа је могла да оснује одговарајуће установе и да усклађује њихов рад. Закон је поставио критеријуме за уређивање односа између мањинских самоуправа и јавних образовних установа које уживају аутономију. Одредбама Закона била је регулисана могућност да мањинска самоуправа преузме образовну установу од неког другог органа, али само под условом да може да обезбеди постигнути ниво наставе, у ком случају државна дотација није смела да буде умањена.

Државна самоуправа мањине самостално је одлучивала о седишту, организацији и правилима функционисања, буџету, имену и симболима самоуправе, празницима мањине, одликовањима, коришћењу радијских и тв канала који су јој стајали на располагању, оснивању институција,

¹³ Занимљиво је да је Закон предвиђао да декларисање одређене припадности не искључује могућност двоструке, односно вишеструке етничке припадности и да је утврдио поступак признавања статуса мањине и другим групама које нису биле наведене.

позоришта, музејских поставки, одржавању библиотека, итд. Она је давала своје мишљење о нацртима прописа који се односе на мањину (према закону чак и када је реч о уредбама скупштина жупанија или главног града), имала је право да тражи извештај од надлежних органа јавне управе по питањима која се тичу мањине коју представља, а имала је и право да тим органима упућује своје предлоге и покреће иницијативе. Најдаље, у смислу јавних овлашћења, отишло се прописивањем да државна мањинска самоуправа има „право на сагласност“, заправо одређену врсту вета, у случају програма мањинског образовања и прописа који се односе на очување и заштиту историјских насеља и споменика архитектуре мањине. Мађарска Влада је у Извештају Парламенту о положају националних и етничких мањина из 1997. сумирала да се овлашћења и активности државних мањинских самоуправа могу поделити у две групе: 1. доношење одлука у оквиру њихове аутономије и 2. учешће у општем управљању појединим секторима друштвеног живота.¹⁴

У истраживањима о мањинској самоуправи указивано је и на извесне пропусте у примени и решењима закона. Јавна управа није била упозната са „правом на сагласност“, а истицано је и да мањинске самоуправе делују без правне контроле (Walsh, 2000:51,52). Посебна замерка односила се на инсуфицијенцију демократског легитимитета мањинских самоуправа (Korhocz, 2002:161-181). Решења садржана у закону из 1993. подстакла су поједине ауторе да истакну да је њихов прави смисао био да буду „монета“ у спољнополитичкој подршци Мађарске захтевима дијаспоре у суседним државама (Smith, 2013:34).

Можда се у светлу изложених критика и закључака могу сагледати и измене ивршене 2005. којима је предвиђено обавезно уписивање у списак бирача за избор мањинских самоуправа. Следећи нови мађарски устав,¹⁵ изгласан је нови Закон CLXXIX из 2011. којим је мањинска самоуправа дефинисана као *организација установљена на основу закона путем демократских избора која делује као правни субјект у форми органа, испуњава дужности националних (мањинских) јавних служби које су одређене законом и која је основана за остваривање права националних (мањинских) заједница, заштиту и заступање њихових националних интереса и самостално управљање националним (мањинским) јавним пословима који спадају у домен њених одговорности и надлежности на локалном, регионалном*

14 Report No. I/3670 of the Government of the Republic of Hungary to the National Assembly on the situation of the national and ethnic minorities living in the Republic of Hungary, Budapest 1997, p. 36

15 Чланом 29. ст.2. новог Устава из 2011. предвиђено је право националности да оснивају локална и државна тела самоуправе.

или државном нивоу.¹⁶ Уз задржавање идентичних решења о питањима о којима самоуправа самостално одлучује, у новом Закону је приметно детаљније регулисање њених функција и овлашћења. То је видљивије како у погледу преноса јавних овлашћења на мањинске самоуправе и уређивања начина вршења права на консултовање и права на сагласност мањинске самоуправе, тако и у погледу могућности да мањинске самоуправе, под одређеним условима преузму вођење јавних образовних и културних институција које испуњавају државне дужности.¹⁷ Приметно је да је детаљније регулисање функција и овлашћења мањинских самоуправа праћено одредбама о односу између мањинских самоуправа и органа јавних власти, што укључује и вршење контроле коју над њиховим радом могу да обављају локални и подручни органи управе. Будући да је законом предвиђена и контрола коју Влада врши посредством окружних јединица државне управе,¹⁸ Венецијанска комисија је у свом Мишљењу о закону стала на становиште да је, с обзиром на детаљно регулисање рада и функционисања мањинских самоуправа, веома тешко осигурати пуно поштовање закона и на тај начин избећи непотребно и претерано мешање извршне власти у рад мањинских самоуправа.¹⁹

Према Уставу Естоније, националне мањине имају право да оснивају самоуправна тела у складу са условима и поступком предвиђеним Законом о културној аутономији националних мањина.²⁰ Тај Закон је донесен 1993. и има извесне паралеле са чувеним Законом о мањинским самоуправама из 1925.²¹ Он садржи исто решење као и закон из 1925, према коме културна удружења мањине могу поднети Влади пријаву за оснивање мањинске самоуправе и за дозволу да се створи регистар лица која припадају тој мањинској групи. Културну аутономију националне мањине могу да оснују припадници немачке, руске, шведске и јеврејске мањине, као и припадници

16 § 2. 2. Културна аутономија је одређена као *колективно национално право које се огледа кроз рад самоуправе националних заједница.* - §.2. 3.

17 § 25. § 37.УНЕТИ

18 Без обзира што је она сведена на законитост одлука које мањинске самоуправе доносе у вршењу дискреционих овлашћења - § 147.

19 European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the Act on the Rights of Nationalities of Hungary Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary session, Venice, 15-16 June 2012 CDL-AD(2012)011 p.12

20 Члан 50. Устава Естоније

21 Закон из 1925. је одређивао да су мањинске самоуправе удружења јавног права која су добила одређене надлежности у области културе, образовања и социјалног старања уз гарантовани удео у јавним фондовима. Заправо, самоуправе су, по тадашњем закону, требале да буду одговорне за управљање и надзор над школама на језику мањина.

мањина које броје више од 3000 лица.²² Лица уписана у регистар имају право да бирају културни савет као централно тело културне аутономије. Закон прописује да је културна аутономија право припадника одређене националне мањине да установљавају тела културне аутономије како би остварили културна права која им јамчи устав,²³ а у основне циљеве културне аутономије убраја: 1. организовање образовања на матерњем језику и праћење коришћења обезбеђених средстава, 2. формирање мањинских културних институција, организовање њихових активности и организовање културних манифестација и 3. успостављање фондација и додељивање стипендија и награда за промоцију културе и образовања мањина.²⁴ Културни савет националне мањине усваја статут о културној аутономији који уређује поступак избора руководства, формирање институција културне аутономије²⁵ и права и дужности тих институција, у складу са основним циљевима културне аутономије.

У коментарима се истиче да савремени закон почива на другачијем приступу у односу на закон из 1925 и да, за разлику од његових решења, практично значење самоуправе остаје нејасно, а домет изложених одредби донекле ограничен, јер се мањинске самоуправе не сматрају правним лицима и отворено је питање да ли могу оснивати и друге институције, располагати имовином или закључивати уговоре, а не постоји ни чврста, нити јасна гаранција њиховог финансирања (Osipov,2013:11).

У Финској постоје посебни облици мањинске НТА који су веома занимљиви у погледу шведске мањине. Устав Финске не помиње шведску мањину, а шведско становништво формално се ни не сматра националном мањином, јер су национални језици фински и шведски које свако, у складу са законом, има право да употребљава пред судовима и другим органима и да на свом језику прима званичне документе.²⁶ Устав помиње аутохтони народ Сами. Осим одредби о аутономији Аландских острва, Устав не садржи изричите одредбе о НТА и мањинској самоуправи, али прописује да се, на једнакој основи, обезбеђује задовољавање културних и друштвених потреба грађана који говоре фински и грађана који говоре шведски. У правном поретку Финске развијена су два облика културне и одређени видови функционалне аутономије.

22 Чл.2.ст.2. Закона о културној аутономији националних мањина

23 Чл.2.ст.1. Закона о културној аутономији националних мањина

24 Члан 5. Закона о културној аутономији националних мањина

25 Закон у њих убраја образовне институције, културне институције, културна предузећа и издавачке куће и институције социјалног старања.

26 Члан 17. Устава Финске - Видети начелно о статусу шведске мањине у Б.Кривокапић,н.д.стр.94,95

Први вид је Скупштина финских Швеђана (*Svenska Finlands Folkting*) чија су састав, овлашћења и рад подробније регулисани Законом.²⁷ Скупштина има задатак да промовише права и деловање становништва које говори шведски, унапређује његове културне и социјалне услова, као и да унапређује шведски језик у Финској. Она прати поступке који се одвијају пред судовима и другим органима у вези са спровођењем језичких права, даје мишљења и пружа информације, а прати и стање у образовним активностима.²⁸ То су међутим једина овлашћења која Скупштина има, тако да се, упркос чињеници да јој се на разматрање достављају одређени предлози прописа, она ипак не сматра органом јавне власти. Скупштина не обавља ниједну управну функцију, односно нема никакву улогу у функционалној аутономији у области образовања која постоји у школама са билингвалном наставом. У њима се, у оквиру јединственог система са сличном садржином наставе, установљавају две управљачке структуре за финску и шведску лингвистичку групу, чији се чланови именују на језичкој основи. Такво управљање чини етнички засновану функционалну аутономију и у теорији је окарактерисано као аранжман „одвојени, али једнаки“, што се, без обзира на негативне призвуче, не сматра дискриминацијом (Suksi, 2008:204).²⁹

Почевши од 1973. народ Сами у Финској има своје представничко тело за коме је Закон 974 из 1995. одредио да обавља задатке у вези са културном аутономијом. Сами парламента води рачуна о Сами језику и култури и брине о статусу Сами народа као аутохтоног. У вези са тим питањима, Сами парламент представља Сами народ у националним и међународним оквирима и може да даје иницијативе и предлоге властима. Власти имају обавезу да преговарају са Сами парламентом у вези са питањима и мерама које могу да утичу на њихов статус аутохтоног народа, а које се односе на комунално планирање, управљање, употребу и издавање државног земљишта и заштићених подручја, захтеве за добијање дозвола за искоришћавање рудника, законодавне и административне промене у вези са занимањима која припадају формама Сами културе, развој наставе Сами језика и на Сами језику, као и у осталим питањима која могу да утичу на Сами језик и културу.³⁰ Закон предвиђа да ће се Сами парламенту дати

27 Законом бр. 1331 из 2003 предвијено је да ову Скупштину чини 75 представника, од којих се 70 одређује на основу резултата локалних избора, док су петоро представници Парламента Аландских острва.

28 § 1. Закона бр.1331

29 Сматра се да је такво решење у складу са Конвенцијом UNESCO о борби против дискриминације у области просвете.

30 Члан (секција) 9. Закона 974

прилика да размотри та питања и буде саслушан, али да пропуштање неће резултирати онемогућавањем поступања јавних власти.

Уставом Словеније аутохтоним заједницама, мађарској и италијанској, гарантовано је право слободне употребе народних симбола и оснивање организација, развијање привредних, културних и научноистраживачких активности, као и активности на подручју јавног информисања и издаваштва.³¹ Народне заједнице и њихови припадници имају право на образовање и васпитање на свом језику, као и на обликовање и развијање овог васпитања и образовања. Устав прописује да на подручјима на којима живе те заједнице њихови припадници, у циљу остваривања својих права, оснивају своје самоуправне заједнице.³² На предлог мањинских самоуправа, држава може да овласти ова тела да обављају одређене послове из њене надлежности и обезбеђује средства за њихово остваривање.³³ Према Закону о етничким заједницама које имају самоуправу из 1994, припадници аутохтоних мањина успостављају општинске заједнице које имају самоуправу које се интегришу у заједницу која има самоуправу на државном нивоу.³⁴ Највиши орган етничке заједнице која има самоуправу је савет. Заједнице које имају самоуправу аутономно одлучују о свим питањима из њихове надлежности, разматрају питања која се односе на положај мањина и дају пристанак у стварима које се односе на заштиту посебних права мањинских заједница. Те послове обављају покретањем и организовањем културне, истраживачке, информативне, издавачке и економске активности од важности за развој заједнице, оснивањем организација и јавних установа, праћењем и унапређивањем развоја образовања, обављањем послова које им је држава пренела, итд.³⁵ Оне подносе предлоге, иницијативе и мишљења о питањима из своје надлежности, а државни органи су у обавези да прибаве њихово претходно мишљење када одлучују о питањима која се односе на положај припадника

31 Члан 64. Устава Словеније

32 Таква институција мањинског учешћа у друштвеном и политичком животу, по моделу самоуправних интересних заједница била је уведена уставним реформама још 1974. Самоуправе народности имале су двојаку улогу – са једне стране су сарађивале са самоуправним интересним заједницама за културу, образовање и предшколско васпитање, у питањима важним за припаднике народности, док су, са друге стране, у општини деловале и као четврто веће општинске скупштине када се расправљало о проблемима националне заједнице.

33 Чл.64.ст.3. Устава Словеније

34 Чл.9.ст.1. Закона о етничким заједницама које имају самоуправу

35 Чл.4. Закона о етничким заједницама које имају самоуправу

заједница.³⁶ Закон не обавезује државне органе на поштовање ставова заједница, нити предвиђа санкцију уколико органи не узму у обзир ставове мањинских самоуправа (Мургел,2002:141), али из његових одредби следи да су заједнице централни партнери који представљају аутохтоне мањине у односима са државом (Котас,2002:28).

Устав Републике Хрватске јамчи равноправност припадницима свих националних мањина које изричито набраја.³⁷ Припадницима мањина јамчи се слобода изражавања националне припадности, слободно служење својим језиком и културна аутономија.³⁸ Уставни закон о правима националних мањина уређује посебна тела - већа националних мањина која се бирају у јединицама територијалне самоуправе³⁹ у којима живи одређени број припадника мањине. Веће мањине је непрофитно правно лице, а Уставни суд Хрватске стоји на становишту да је реч о правном лицу јавног права.⁴⁰ Већа мањина могу да стварају координацију већа националних мањина, а Закон предвиђа да је координација за подручје државе створена када је споразуму о њеном оснивању приступило више од половине већа подручне самоуправе.⁴¹ Закон не употребљава изразе овлашћења, функције, или надлежности када нормира делатност тих тела. Уместо тога, већа имају *право* да предлажу мере за унапређивање положаја мањине, укључујући давање предлога општих аката телима јединица самоуправе којима се уређују питања од значаја за националну мањину, да истичу кандидате за дужности у телима државне управе и телима јединица самоуправе, да буду обавештена о сваком питању о коме ће расправљати радна тела представничког тела јединице самоуправе, а које се тиче положаја националне мањине, као и да дају мишљења и предлоге на програме радио и телевизијских станица на локалном и регионалном нивоу који су намењени националним мањинама.⁴² Јединице територијалне самоуправе својим општим актима уређују начин, рокове и поступак остваривања права мањинских самоуправа, што је у пракси

36 Исто, чл. 15

37 Чл.15.ст.1. У Изворишним основама Устава наводи се да је Хрватска национална држава хрватскога народа и држава припадника националних мањина: Срба, Чеха, Словака, Италијана, Мађара, Јевреја, Немаца, Аустријанаца, Украјинаца, Русина, Бошњака,Словенаца, Црногораца, Македонаца, Руса, Бугара, Пољака, Рома, Румуна, Турака, Влаха, Албанаца

38 Чл.15.ст.4. Устава

39 подручне, градске и општинске

40 Одлуке Уставног суда Републике Хрватске бр. U-I-3786/2010 и U-I-3553/2011.

41 Чл.33.ст.4. Уставног закона о правима националних мањина

42 Исто, чл.31

понекад изостало и што може да тела исте националне мањине, у различитим јединицама локалне самоуправе, доведе у неравноправан положај. Закон предвиђа и да је руководство јединице самоуправе дужно да у припреми предлога општих аката од већа мањина затражи мишљење и предлоге о одредбама којима се уређују права и слободе националних мањина. Ако веће мањине сматра да је општи акт јединице самоуправе, или нека његова одредба супротна Уставу, Уставном закону или посебним законима којима се уређују права и слободе националних мањина, дужно је о томе одмах обавестити министарство надлежно за општу управу које може да обустави такав акт од примене.⁴³ Координација већа националних мањина на државном нивоу може доносити одлуке о знамењу и симболима мањине и начину обележавања празника мањина уз сагласност Савета за националне мањине.⁴⁴

У хрватској литератури истиче се да су овлашћења већа консултативног карактера, да не предвиђају право вета на одлуке представничких тела које би могле имати негативне импликације и да прописани делокруг не имплицира аутономност одлучивања. То намеће закључак да се ради о институцији чије постојање може да буде сврсисходно само уколико би већа и представници јединица територијалне самоуправе почели да сарађују (Petričušić, 2012:95,102).

4.2. Етничка НТА у правном поретку Републике Србије

Етничка НТА у Републици Србији су национални савети националних мањина. Законом о заштити права и слобода националних мањина⁴⁵ предвиђено је да припадници мањина могу изабрати своје савете, ради остваривања права на самоуправу у области употребе језика и писма, образовања, информисања и културе.⁴⁶ Савети делују на републичком нивоу. Закон садржи одређење појма националне мањине,⁴⁷ али тим, ни

43 Исто, чл. 32

44 Исто, чл. 33. ст.5 Савет за националне мањине је тело чије чланове именује Влада Хрватске, између осталог, и на предлог већа националних мањина.

45 „Службени лист СРЈ“ бр.11/02, „Службени лист СЦГ“ бр.1/03 и „Службени гласник РС“ бр. 72/09 – други закон

46 Чл.19.ст.1. Закона о заштити права и слобода националних мањина

47 Национална мањина у смислу овог закона је свака група држављана која је по бројности довољно репрезентативна, иако представља мањину на територији државе, припада некој од група становништва које су у дуготрајној и чврстој вези са територијом државе и поседује обележја као што су језик, култура, национална или етничка припадност, порекло или вероисповест, по којима се разликује од већине становништва, и чији се припадници одликују бригом да заједно одржавају свој

било којим другим законом, нису ближе уређени критеријуми који су садржани у том одређењу. То значи да је могућност образовања савета прилично широко постављена. Савет је по одредбама тог Закона **правно лице**⁴⁸ које представља мањину у наведеним областима друштвеног живота, учествује у процесу одлучивања, или одлучује о питањима из тих области и оснива установе из тих области.⁴⁹

Закон о заштити права и слобода националних мањина садржи одредбе на основу којих се може утврдити природа и обим учествовања савета у процесу одлучивања и њиховог самосталног одлучивања. Прописано је да ће органи власти, приликом одлучивања о питањима из наведених области друштвеног живота, затражити мишљења савета,⁵⁰ као и да им се савети могу обратити у вези са свим питањима која утичу на права и положај националне мањине.⁵¹ Закон садржи и одредбу која уноси више јасноће у погледу самосталног одлучивања националних савета. Наиме, предвиђено је да се део овлашћења из области од значаја за мањине може поверити саветима⁵² и да ће држава обезбедити за то финансијска средства, као и да се приликом утврђивања обима и врсте овлашћења која ће им бити поверена води рачуна и о захтеву националног савета.⁵³

Део решења садржаних у Закону о заштити права и слобода националних мањина конституционализован је 2006. Устав је предвидео да припадници националних мањина могу, у складу са законом, да изаберу своје националне савете ради остваривања **права на самоуправу** у области културе, образовања, обавештавања и службене употребе језика и писма, али није определио у чему би самоуправа могла да се огледа. Наведене области друштвеног живота спомињу и у чл.75.ст.2. Устава којим је прописано да путем колективних права, припадници националних мањина, непосредно или преко својих представника, учествују у одлучивању, или сами одлучују о појединим питањима везаним за своју културу, образовање, обавештавање и службену употребу језика и писма. Може се закључити да уставна самоуправа коју национални савети оличавају заправо представља *одлучивање, или учешће у одлучивању о појединим питањима везаним за њихову културу, образовање, обавештавање и службену употребу језика и писма.*

заједнички идентитет, укључујући културу, традицију, језик или религију – чл.2.ст-1-Закона о заштити права и слобода националних мањина.

48 Исто, чл.19.ст.2

49 Исто, чл. 19.ст.7

50 Исто, чл. 19.ст.8

51 Исто, чл.19.ст.9

52 Исто, чл..19.ст.10

53 Исто, чл..19.ст.11

Према изричитој уставној одредби члана 75.ст.3. самоуправа се остварује у складу са законом. То упућује на закључак да се природа и обим могућих функција националних савета могу сагледати само на основу чињенице да се они опредељују законом. Устав чланом 137. ст.2. и 3. прописује да се *поједина јавна овлашћења* могу законом поверити недржавним субјектима⁵⁴ и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима. Судаћи на основу изложених одредби Устава, функције националних савета *могу да се огледају само у појединим јавним овлашћењима*, а они се могу сматрати *sui generis* уставноправним телом (не и државним органом!), односно институционалним видом зајамченог права на самоуправу (НТА), које се остварује одлучивањем и вршењем појединих јавних овлашћења у појединим питањима.

За разлику од изложеног, Законом о националним саветима националних мањина⁵⁵ утврђују се њихове *надлежности*, поступак непосредних и електорских избора, као и финансирање. Закон уређује опште надлежности у које већином спада самостално одлучивање о административним и финансијским питањима од значаја за савет, о предлогу националних симбола, знамења и празника националне мањине које потврђује Републички савет, о оснивању установа, удружења, фондација, привредних друштава, о установљењу и додељивању признања, итд. Осим тога, савети иницирају доношење и прате спровођење закона и других прописа, учествују у припреми прописа и предлажу измену и допуну прописа којима се уређују права националних мањина, а предлажу и посебне прописе и мере ради постизања пуне равноправности.

Детаљно су уређене надлежности националних савета у области културе, образовања, обавештавања и службене употребе језика и писма. Већином су то консултативне функције предлагања и давања мишљења о питањима из тих области,⁵⁶ али међу њима има и оних која се састоје у њиховом учешћу у управљању установама које је основала Република, покрајина или локална самоуправа, и то на различите начине – од давања мишљења о предложеним члановима управних одбора и кандидатима за органе руковођења, до предлагања и именовања одређених чланова, или

54 предузећима, установама, организацијама и појединцима

55 „Службени гласник РС“ бр. 72/2009

56 Чланом 34. Закона о националним саветима прописано је да су противзаконити, односно ништави (!?) појединачни правни акти донесени без одговарајућег предлога или мишљења националног савета, али да се, у случају да национални савет и поред уредно достављеног захтева надлежног органа, у року од 30 дана не достави предлог или мишљење, акт доноси и без прибављеног предлога, односно мишљења.

давања сагласности на њихово именовање. Закон прописује и могућност потпуног и делимичног преноса оснивачких права, али и обавезни пренос оснивачких права над таквим установама на националне савете, у одређеним случајевима,⁵⁷ као и у случају да национални савети поједине од тих установа определе као установе од посебног значаја за националну мањину.⁵⁸

5. Закључци

Устави многих држава предвиђају постојање етнички засноване НТА. Она се сматра институционалним решењем погодним за обезбеђивање представљања мањина као колективитета и учешћа у јавним пословима, што је међународноправни стандард заштите мањина, иако међународно право не прописује обавезу њеног образовања.

Будући да се појмом НТА обухвата спектар различитог садржаја, намећу се извесне дилеме о њеним правним основама и оквирима. Прва дилема је да ли етнички заснована НТА изискује изричито одређење мањина које су представљене и које учествују у јавним пословима. Упоредна решења указују на тендецију изричитог навођења мањина, са евентуалним остављањем могућности да и друге групе добију статус мањине. Отворено је питање да ли је такав приступ у свему у складу са начелом самоодређења које и треба да буде у основи аутономног положаја, док оптирање за потпуно слободно самоидентификовање наговештава могућност конституисања НТА за мањине које немају реалну потребу, ни одговарајуће ресурсе за обављање њених функција.⁵⁹

Представничка улога НТА сугерише потребу креирања легитимне институције, што може да изискује непосредне изборе од стране припадника мањине. Са друге стране, непосредни избори доносе многобројне уставноправне изазове (Ђурић, 2012:133-162).⁶⁰ Демократизација може да

57 У случају образовних установа у којима се настава искључиво изводи на језику националне мањине, у случају установа културе чија је основна делатност очување и развијање културе националних мањина, и у случају установа које обављају јавно информисање искључиво на језику мањине

58 чл.11.ст.3, чл. 16.ст.3, чл.19.ст.2, чл.24. Закона о националним саветима националних мањина

59 Примера ради, у Републици Србији су своје националне савете изабрали и припадници мањина које, према резултатима пописа, броје тек неколико стотина припадника и чији језик није заступљен у образовању, обавештавању, нити је у службеној употреби.

60 Нпр. начин и надлежности стварања бирачких спискова, двоструко право гласа, монополисања НТА од стране политичких странака и могућност постојања

буде основ за проширење овлашћења НТА и њено поимање као државног органа, док комбиновање непосредних избора на локалном нивоу са посредним конституисањем НТА на државном нивоу отвара дилеме легитимитета и различитог карактера и улоге таквих тела, као и односа са државним органима.

Статус НТА зависи од начина конституисања тела које је оличава, као и од ширине овлашћења која поседује. Најчешће је реч о признатом и неспорном (јавно)правном субјективитету НТА, али има и супротних решења. Јавноправни карактер етнички засноване НТА подразумева да су њене институције носиоци јавних овлашћења. Од врсте и ширине овлашћења зависи да ли је НТА државни орган, или недржавни јавни субјект.

У упоредном праву све институције које су носиоци НТА имају хетерогену природу. Оне представљају комбиновање саветодавних тела која оличавају мањине као колективитете, са једне, и својеврсне мешавине различитих облика НТА са друге стране. Док је саветодавна улога тела које представља мањину прихватљив уставноправни оквир његовог рада, уз нужну корекцију да је она омеђена опште-представничким карактером демократског политичког система, дотле је питање јавних овлашћења и регулативних функција које НТА може да обавља осетљиво и зависи од општег уставноправног и законског регулисања јавних овлашћења, начина њиховог вршења и могућности њиховог преношења. Поштовање идентитета мањина и признавање њихове аутономије, односно самоуправе, намећу закључак, а упоредна решења га потврђују, да је културна аутономија срж, суштина, а можда и једини уставно прихватљив вид етнички засноване НТА. Другим речима, поштовање идентитета мањина и признавање њихове аутономије, односно самоуправе, нужно значи и да су уставно могући оквири њеног деловања они који се састоје у одлучивању о питањима сопственог идентитета (нпр. симболи мањине, празници, стандардизација језика, итд), о питањима од значаја за институције које оличавају НТА (седиште, симболи НТА, расподела средстава за њихов рад, управљање сопственом имовином, итд), као и у вези са одржавањем и развојем сопствене културе, што се може огледати у стварању сопствених културних установа и распоређивању средстава из јавних извора за рад постојећих културних установа. Међутим, шира управна овлашћења која значе да етничка НТА има и елементе функционалне аутономије⁶¹ нису прихваћена у упоредном праву.

вишеструких, или различитих националних идентитета истог лица, не само у различитим временским, већ и у другачијим друштвеним контекстима, као и у вези са правним карактером извода из бирачког списка.

61 Уз изузетак Мађарске и Србије

Етнички заснована функционална аутономија има значајна уставна ограничења и инхерентну антиномију. Она може да значи конфликт два модела аутономије – обичне функционалне и етнички засноване функционалне аутономије. Уколико етнички заснована функционална аутономија подразумева преузимање и вршење управљачких права над установама које је основала држава, или неки други ниво јавне власти, утолико се поставља питање критеријума на основу којих ће се такво преузимање извршити и субјекта који је властан да „измери“ етничку компоненту у јавним установама. Несумњиво, такав модел у себи носи опасност етничке гетоизације вршења јавних служби. Најзад, али не и најмање важно, широка управна овлашћења која НТА приближавају карактеру државног органа, као што то показује пример Мађарске, подразумевају и израженију контролу од стране централних власти, што је супротно самом појму аутономије.

Литература

Ackrén, M. (2009). *Conditions for Different Autonomy Regimes in the World*, Åbo Akademi University Press.

Ђурић, В. (2012). Избори и делотворно чешће националних мањина у јавним пословима. У О. Николић, В. Ђурић (ур.), *Избори у домаћем и страном праву*. Београд: Институт за упоредно право.

European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the Act on the Rights of Nationalities of Hungary Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary session, Venice, 15-16 June 2012 CDL-AD(2012)011.

Komac, M. (2002) Protection of ethnic minorities in the Republic of Slovenia, *Y Slovenia & European Standards for the Protection of National Minorities*. Council of Europe.

Korhecz, T. (2002). Democratic Legitimacy and Election Rules of National Ethnic Minority Bodies and Representatives – Reflections on Legal Solutions in Hungary and Slovenia, *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 9. No.2. 161-181 .

Кривокапић, Б. (2004). *Заштита мањина у међународном и упоредном праву*, Заштита мањина у националним порецима држава, књ.3. Београд .

Légaré, A., Suksi, M. (2008). Rethinking the Forms of Autonomy at the Dawn of the 21st Century, *International Journal on Minority and Group Rights*. 15. 143-155.

Malloy, M. (2009). The Lund Recommendations and Non-Territorial Arrangements: Progressive Deterritorialization of Minority Politics, *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol.16. No.4. 665-679.

Марковић, Р. (1995). *Уставно право и политичке институције*. Београд: Службени гласник.

Митровић, Д. (2003). Аутономија као појам и облик, О смислу, врстама и домашјима аутономије, *Анали Правног факултета у Београду*, Вол.51. Бр.3-4. 417-440.

Мургел, Ј. (2002). Положај мањина у правном систему Словеније, У *Демократија и националне мањине*, Београд.

Николић, П. (1994). *Уставно право*, Београд: Службени лист СРЈ.

Nimni, E. (2000). Introduction: National Cultural Autonomy Revisited, У E. Nimni (ed.), *National-Cultural Autonomy and its Contemporary Critics*. London ; New York, N.Y. : Routledge.

Osipov, A. (2013). Non-territorial Autonomy During and After Communism: In the Wrong or Right Place, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*. Vol.12. No.1. 7-26.

Osipov, A. (2011). Non-Territorial Autonomy and International Law, *International Community Law Review*. Vol.13. No.4. 393-411.

Petričušić, A. (2012). Vijeća nacionalnih manjina, Institucija upitnog legitimiteta i uglavnom neostvarene nadležnosti, *Revus*. 17. 91-104.

Renner, K. State and Nation. (2005). У E. Nimni (ed.). *National-Cultural Autonomy and its Contemporary Critics*. London ; New York, N.Y. : Routledge.

Shopflin, G. (2000). Nations, Identity, Power. У *The New Politics of Europe*. London: H&Co.

Smith, D.J. (2013). Non-Territorial Autonomy and Political Community in Contemporary Central and Eastern Europe, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*. Vol. 12. No. 1. 27-55.

Suksi, M. (2008). Functional Autonomy: The Case of Finland with Some Notes on the Basic of International Human Rights Law and Comparisons with Other Cases. *International Journal on Minority and Group Rights*. Vol. 15. No. 2-3. 195-225.

Tkacik, M. (2008). Characteristics of Forms of Autonomy, *International Journal on Minority and Group Rights*. Vol.15. No. 2-3. 369-401.

Walsh, N. (2000). Minority Self-Government in Hungary: Legislation and Practice, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*. Vol. 2. 3-70.

Weller, M. (2009). Advisory and Consultative Bodies for the Promotion of Effective Participation of National Minorities, *International Journal on Minority and Group Rights*. Vol.16. No.4.

Weller, M. (2006). Article 15, U *The Rights of Minorities, A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*. Oxford University Press.

Vladimir Đurić, LL.D.

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

The Legal Grounds and Framework of Ethnicity-Based Non-Territorial Autonomy

Summary

In this paper, the author analyzes the legal foundations and framework of ethnicity-based non-territorial autonomy in international, comparative and domestic law. The non-territorial autonomy (NTA) is considered to be an appropriate institutional solution for ensuring minority participation in public affairs even though international law does not provide clear guidelines for its establishment. After analyzing the comparative law and the national legal solutions on this issue, the author concludes that the cultural autonomy is a constitutionally acceptable NTA framework, while ethnicity-based functional autonomy has significant constitutional limitations and inherent antinomy.

Key words: *non-territorial autonomy, cultural autonomy, functional autonomy, national minorities, national councils*

Aleš Galič, L.L.D.
Full Professor, Faculty of law,
University of Ljubljana, Slovenia¹

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.91/95(4-672EU)

Рад примљен: 08.10.2013.

Рад прихваћен: 17.11.2013.

SERVICE ABROAD IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS – FROM THE HAGUE CONVENTIONS TO THE EU 1393/2007 REGULATION

Abstract: *Protection of national sovereignty is no more the major concern in the system of cross-border service of documents. What is gaining on importance is the protection of fundamental rights and legitimate expectations of litigants, whereby proper balance must be struck between the competing values. The EU 1393/2007 Regulation strengthens the guarantees concerning language. On the other hand, by introducing the standard of the “language, which the addressee understands” the Regulation lowers the requirements applied in traditional regimes of cross-border service of judicial documents to a certain extent. On the principled level, the new approach can be favoured, it however causes numerous difficulties in practice, which does not contribute to legal certainty and predictability. The same applies to the CJEU’s departure from the traditional view that states are free to implement various methods, which make service abroad unnecessary.*

Key words: *Service of process, civil procedure, EU law, fair trial, language of judicial documents, judicial co-operation*

1. Introduction

Cross-border service of judicial documents has long been one of the main fields of mutual judicial assistance in civil and commercial matters. Service through diplomatic channels proved to be extremely time-consuming, costly and unreliable, often bringing the parties to international litigation to the edge of denial of justice. Different methods were thus agreed upon in different international treaties, allowing for service abroad without recourse to consular and diplomatic channels. Besides numerous bilateral treaties, multilateral treaties were also

¹ ales.galic@pf.uni-lj.si, www.pf.uni-lj.si

adopted, beginning already with the Hague Convention of 1 March 1954 on civil procedure. It was followed by the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters. In the framework of judicial cooperation in civil matters in the European Union the European adopted the Regulation No. 1348/2000.² The system was later elaborated and improved with the adoption of the Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters.

The most striking feature in this development is a clear paradigm shift as to what is the main concern in the regulation of cross-border service. Once it was the protection of national sovereignty but this is gradually losing importance. What prevails in focus today, is the striving for protection of individual procedural guarantees for parties to the procedure. From the viewpoint of the defendant, this concerns guarantees of due process and especially the right to be heard (related to language requirements), whereas from the viewpoint of the claimant the speed, reliability and low-cost in transmission in order to facilitate effective access to justice is essential. This paradigm shift is evident in the new system of cross-border service of documents in the EU 1393/2007 Regulation, especially if one compares it to the Hague 1965 Convention. Under the latter, the emphasis is solely on the issue of national sovereignty which is very clearly expressed in two aspects. In principle, the Hague convention requires a judicial document which is to be served through a central authority to be translated into the official language of the state addressed. It is the state of destination (its central authority) which has the right to reject acceptance of the service if the conditions concerning language are not fulfilled. However, if the central authority accepts to implement the service of documents without proper translation, there exists no individual right of the addressee to reject acceptance. On the other hand, the 1393/2007 provides for an individual right of the addressee to reject acceptance if requirements concerning language are not met. The second point, where the aforementioned paradigm shift is evident, relates to provisions on direct postal service in the Regulation on one hand and those in the 1965 Hague convention on the other. A contracting party to the Hague convention may namely object to direct service through postal channels (Art. 10), however if such an objection (or declaration as to the language requirements at least) is not declared³, the

² Council regulation (EC) No of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters

³ Direct service through postal channels (as a secondary method of transmission – the primary method under the Convention is service through designated central authorities) is only possible for states, which »do not object« to it (Art. 10). An overview of the status table of notifications, declarations and reservations on the web page of the Convention (<http://>

Convention itself does not provide for any procedural guarantees as to the language of documents, transmitted through postal channels⁴ (guarantees are only provided for in regard to service through central authorities pursuant to Art. 5). Exactly the opposite approach was adopted by the 1393/2007 Regulation. Member states may no longer object against direct postal service. However, the Regulation imposes effective requirements, which enable the addressee to refuse service if documents are not written in or translated into a language, which he or she understands and thus do not enable to sufficiently exercise the right to be heard in procedure (*see infra*).

Evidently the service of process is no longer viewed predominantly as an »act of exercising powers of a sovereign state«. It is rather considered as an »act of providing information« with the goal of guaranteeing adversarial procedure and effective exercise of rights of defense (Hess, 2010: 448.). It is therefore also not surprising that the public policy exception, characteristic still for both Hague Conventions does not apply under the EU Regulation.

2. An outline of methods of service pursuant to the Regulation No. 1393/2007

The Regulation provides for different ways of transmitting and serving documents. The first one is transmission through designated transmitting and receiving agencies. These are decentralized in most member states, whereas others have a single centralised agency. In addition, Article 14 of the Regulation provides for service on addressees directly by mail (registered letter with acknowledgement of receipt or equivalent), whereas Article 15 of the regulation allows for direct service through competent judicial officials or other competent persons of the member state addressed (e.g. *huissiers de justice*), although member states may oppose the latter option to be applicable in their territory. In addition the Regulation also provides for the possibility of transmission by consular or diplomatic channels, but this has remained without any practical significance though. Thereby the Regulation establishes neither a hierarchy nor an order of precedence as between the different methods of service allowed under the regulation.⁵ In Slovenia at least, the most important methods of service under the

www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=17) enables a conclusion that only a formal reservation (declaration) is effective; it is not sufficient that a contracting state opposes postal service in practice. A requirement for an appropriate notification, unlike in the context of the 1954 Hague convention, explicitly follows from articles 21 and 31 of the Convention as well.

4 See the Practical Handbook... (referring to case law of the courts in USA, France and Germany), p. 80.

5 *Plumex v. Young Sports NV*, C-473/04, 9.2.2006.

Regulation are service via designated transmitting and receiving agencies (Arts. 4-11) and direct service by post (Art. 14). The regulation relies heavily on the use of simplified standard forms, contained in the annexes to the Regulation (thus abolishing the requirement of once burdensome letters-rogatory. An important practical instrument for facilitating judicial co-operation under the Regulation is the European Judicial Atlas in civil matters.⁶ It enables users to quickly and easily find the appropriate receiving and transmitting agency in any member state, relevant standard forms and relevant member states' notifications concerning the Regulation. In general the Regulation considerably improved and speeded up transmission of judicial documents among member states.⁷ Nevertheless in certain states delays are still common although the Regulation stipulates that the receiving agency shall take all necessary steps to effect the service of the document as soon as possible, and in any event within one month of receipt.

3. Language guarantees in the Regulation No. 1393/2007

3.1 General remarks

With regard to all methods of service, the Regulation provides for important requirements concerning language. The approach is different than in the Hague 1965 Convention: pursuant to Art. 8, it is sufficient that the document to be served is in a language (or accompanied by a translation) which the addressee understands (or the official language of the Member State addressed or, if there are several official languages in that Member State, the official language or one of the official languages of the place where service is to be effected). Otherwise, the addressee may refuse to accept the document, whether at the time of the service or returning the document within one week.. Thus an attempt of service may not be refused if the proper translation is not included (compare Art. 146.a of the Slovenian Civil Procedure Act⁸). The court may not require the applicant to provide or pay for a translation. If the applicant insists, service must be attempted even if it is entirely clear that the document is neither in a language that the

6 http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/ds_information_en.htm (2 May 2013).

7 Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) 1348/2000 on the service in the Member States of Judicial and Extrajudicial documents in civil or commercial matters {SEC(2004)1145}; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0603:EN:NOT> (2 May 2013).

8 Zakon o pravnem postopku, Official gazette, No. 26/1999.

addressee understands nor in an official language of the receiving Member State.⁹ But as a danger that the addressee will refuse acceptance exists, in accord with Art. 5 of the Regulation the transmitting agency must advise the applicant who forwarded the document to it, that the addressee may refuse the service of the document if it is not in one of the languages of Art. 8 (the official language of the Member State of destination or a language the addressee understands; Art. 5/1).

Prior to coming into force of the Regulation it was questionable, how the right to refuse service of non-translated documents due to inappropriate language could be exercised in the case of substitute postal service. For example, under national procedural law, relatives living in the same household, are obliged to accept the document for the addressee. The same logic though cannot apply to the possibility of waiving the right to refuse service of documents that are not in the appropriate language. The will of the person (the relative for example) that accepts the service of the document for the addressee although requirements concerning language are not met, cannot substitute the will of the addressee to accept or refuse to accept the service due to lack of language requirements. The issue is now properly settled, giving the addressee 7 days to decide whether she will accept or refuse service (whereby she will be duly informed about this right in all official languages of EU member states; this information must be attached to the document). Thus, this right can be exercised in the case when another person accepted the service on behalf of the addressee as well. This is applicable in all methods of service – substitute service, postal service and personal service “in the hands” of the addressee (Art. 8 of the Regulation). This way she can inform herself of the document and then still decide to refuse the service. It must be taken into account that there will probably be an increase of cases where the addressee will accept the service of documents which are beneficial to him and refuse the acceptance of documents unfavourable to him. Nonetheless, such a regulation is appropriate. In the moment of acceptance, even the addressee himself accepting the document usually does not know of the right to refuse service. Just like he does not know whether the document is understandable to him or not.

⁹ Requirements with respect to language according to the 1965 Hague convention are stricter, though it is not the addressee who is entitled to refuse to accept the untranslated documents but only the central authority (see Art. 5 of the Convention). Still, even here an immediate translation is not necessary in every case (if an informal service through a central authority in the state of destination is required and the addressee is willing to accept the document, service in language of the foreign court is also allowed; if the state of destination does not reject service through direct postal channels and does not impose conditions concerning language, translation is not required in that case either).

3.2 The standard of »understanding the language« concerning natural persons and legal entities

The standard of “a language which the addressee understands” must clearly be understood in a subjective sense. What matters is whether the particular addressee understands the language. Implementation of more objective criteria (such as that the addressee understands the language of the state, which he or she is a national of) might be desirable from the viewpoint of legal certainty and predictability (Lindacher, 2001: 187), however the Regulation gives no ground for such an approach (Heiderhoff in Rauscher, 2010: 626). The word »understands« points to a factual, objective situation and not to a mere assumption, even if that assumption might be based on certain circumstantial evidence.¹⁰ Objective circumstances (such as citizenship of the addressee or the fact that for a longer time she lived in a state, in which a certain language is spoken) may only be regarded as an indication thereto or as one of the applicable circumstances in determining whether the addressee actually understands the language. The ECJ has already taken the standpoint that the parties’ contractual agreement concluded in the course of business that correspondence is to be conducted in the language of the Member State of transmission does not give rise to a presumption of knowledge of that language (which is the criterion concerning the validity of the service). Such an agreement is only evidence which the court may take into account in determining whether the addressee actually understands the language.¹¹ Particularly in consumer contracts the language of the contract or the language in standard contract terms which the contract is referring to, certainly cannot be (at least a strong) evidence of the consumer’s knowledge of that language (Heiderhoff in Rauscher, 2010: 626).

How then to determine whether the addressee truly understands the documents when the addressee is a legal entity? Which one of these should understand the language: the legal representative, (one of) in-house lawyers or senior managers, anyone, maybe the person that was actually handling the case for the entity? Or should it suffice that the language is the official language of State where a branch, agency or other establishment of the legal entity is situated? Would that apply only if the dispute is arising out of an operation of this branch, agency or establishment or maybe even if this is not the case? (Schlosser, 2003: Par. 2, Art. 8 EuZVO, Mankowski, 2009: 182, Lindacher, 2001: 187) A certain amount of objectivization is necessary since a legal entity as such does not speak or understand any specific language. The standpoint that it be decisive whether the

10 See the view of the Commission in the case C-14/07 (Weiss), referred to in the Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 29 November 2008 (Par. 35).

11 Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR v. Industrie- und Handelskammer Berlin, C-14/07, 8.5.2008.

legal representative of the entity understands the language or not is impractical. It is sensible to ascertain whether the people who were actually working on the subject matter understand the language (Heiderhoff in Rauscher, 2010: 629). It should also be assumed that the legal entity understands the language, spoken in the state of its seat (statutory seat or the seat of administration or of its principal place of business¹²). Also in view of the Attorney General *Trstenjak* the only practicable solution by which it is possible to answer this question would seem to be by reference to the registered office of the legal person as the relevant connecting factor for the linguistic knowledge.¹³ Surely taking the view that in cross-border business relations the legal entity must understand English since it is the *lingua franca* of international trade goes too far.¹⁴ According to the ECJ the agreed language of business correspondence on its own is not a decisive factor (see above), although it certainly is such a circumstance that makes it hard to object that the entity understands the language.

Difficulties might again arise concerning the question, what degree of knowledge of the language is needed in order to rightfully refuse the service of the document. Rudimentary or general knowledge of the language is probably not enough. The level of understanding of legal and expert terminology needed depends on the content of the documents as well; with the summons to a hearing or serving simple court orders the situation is not the same as with service of lengthy and complex statements of claims (Lindacher, 2001: 179- 187). In general however, the linguistic knowledge must be good enough for legal documents to be essentially understood from a linguistic point of view.¹⁵ On the other hand, it must be borne in mind that the primary objective of the Regulation is to lower the costs regarding translations and that the aim of requirements concerning language according to the ECJ is to enable effectively to assert the rights of the defence.¹⁶ From this point of view, lower standards regarding the extent of the translation (with respect to annexes see below), its quality as well as the necessary degree of the addressee's linguistic knowledge are sufficient.

12 Either of these criteria determines the „domicile“ of the legal entity pursuant to Art. 60 of the Brussels I Regulation.

13 Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 29 November 2008 (Par. 72) in case C-14/07 (Weiss).

14 Such a view: Schlosser, Rn. 2 to art. 8 EuZVO. See also opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 29 November 2008 (Par. 58) in the case C-14/07 (Weiss).

15 See also opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 29 November 2008 (Par. 74) in the case C-14/07 (Weiss).

16 *Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR v. Industrie- und Handelskammer Berlin*, C-14/07, 8.5.2008.

3.3 Party autonomy concerning the language of service of documents?

It is disputed whether autonomy of the parties concerning the determination of the acceptable language of the documents to be served, is allowed. May the parties validly conclude a procedural contract stipulating that in potential future court proceedings they shall accept service of documents, written in certain language even if (one of) the parties do not understand it? (In favour: Heiderhoff in Rauscher, 2010: 624, Schlosser, 2007: 621) Such an agreement, if admissible, could be framed in different ways, even in an indirect manner e.g. by stipulating that the parties “agree not to exercise their right from the Art. 8 of the Regulation” (the right to refuse to accept the document for reasons of language) or that “the parties agree that they understand a certain language for the purposes of service of documents.” It should be clearly distinguished that the aforementioned dilemma relates only to the parties’ autonomy concerning language in cross border service of process, not the language of court proceedings. The Regulation does not relate to the language of court proceedings at all. The question whether the parties may contractually agree upon cross-border service of documents in a certain language (presumably in the language of the proceedings) is not answered in the ECJ judgment in the *Weiss* case either.¹⁷ In that case the parties’ agreement concerned only the language of correspondence relevant to the performance of the contract and not the correspondence in connection with judicial proceedings brought in that regard.

There exists no explicit legal basis for giving binding effect to such a procedural contract and thus to the parties’ agreement on the language of the documents to be served pursuant to the Regulation on service. The issue concerns the general dilemma, to what extent (if at all) the procedural order allows for so called »procedural contracts«. In certain states, e.g. Slovenia and Austria, the general approach towards procedural contracts is negative (Ude, 2002: 107, Fasching, 1990: 395),¹⁸ whereas in certain other states, e.g. Germany, the doctrine and the case law seems to be more generous in recognizing party autonomy concerning powers contractually to depart from the statutory procedural regime (Rosenberg, Schwab, Gottwald, 2004: 421). In Slovenia at least, it is certain that parties are not authorized contractually to depart e.g. from the legal regime of service of process unless expressly authorized so by the law. Nevertheless, in the context of European civil procedure, in order to assure uniform application, a euroautonomous interpretation of notions and concepts, adopted by the Regulations must be favoured. Thus the question concerning the parties’ powers

¹⁷ Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR v. Industrie- und Handelskammer Berlin, C-14/07, 8.5.2008.

¹⁸ See e.g. the decision of the Austrian Supreme Court (OGH) of 7 October 2003, 4 Ob 188/03, published in *Recht der Wirtschaft* 2004, 223.

to waive in advance their right under article 8 of the Regulation is »ripe« for a referral for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union.

Personally I would advocate a restrictive approach. The right to refuse to accept a document aims to guarantee effective exercise of the right to be heard. The fundamental precondition of this right is that the party understands the subject matter of the dispute. This however is not the case if the party does not understand and is not obliged to understand the language of the document.¹⁹ At least the core elements of the right to be heard, which is protected by constitutions of numerous states (e.g. Art. 22 of the Slovenian Constitution) and by the Art. 6 of the European Human Rights Convention are not waivable in advance. This restriction applies even to legal orders, which are otherwise not unfavourable to recognizing legal effect to procedural contracts and even to fields of law, which are generally favourable to party autonomy in determining rules of procedure (such as arbitration²⁰). True, it is open to debate whether the guarantees concerning language of documents to be served should be regarded as a “core element” of the right to be heard, but such a view can at least be reasonably argued. Furthermore, the reasoning that »the provision concerning the refusal of documents (Art. 8 of the Regulation) is only giving a right to the party, is only in the party’s interest and that it is thus logically subject to a party disposition« (Schlosser, 2007: 621) is not convincing either. It is an entirely different matter to determine that the party can waive a right or decide not to exercise it (e.g. file an appeal, file a defense plea, decide not to request a disqualification of a judge, decide not to cross-examine a witness...) if this right can already be effected and the decision not to effect it can be based on circumstances of the pending case. But from this it can not at all be logically concluded that such a waiver of rights may as well and in the same manner be exercised in advance, even before court proceedings are pending. The nature of certain fundamental rights (e.g. the right to a fair hearing) excludes the possibility to waive their enforcement in advance (Landrove, 2006: 89). It is only admissible to waive them during the proceedings. This differentiation must be maintained because before the proceedings parties are not aware of all the consequences of a waiver. In contrast, such safeguards are no more necessary once the facts are known during the proceedings (Landrove, 2006: 89).

A further argument which is invoked in that regard is that if the parties may enter a jurisdiction agreement and thus conclusively agree on the language of court proceedings itself, then they may even more so agree on the language

19 The decision of the Austrian Supreme court dated 16.6.1998.

20 See e.g. the judgment of the Canton de Vaud Tribunal Cantonal, case 172/I, 23 April 2008, cited in Müller, *Swiss case law in International arbitration*, 2. Ed., Schulthess/Bruylant, 2010, p. 168.

of documents to be served abroad.²¹ I do not find that argument convincing either. The parties may depart from the statutory procedural regime and enter a jurisdiction agreement (which indeed conclusively means that they accept the language of court proceedings in the chosen court) because the law expressly authorizes them to do so (e.g. by Art. 23 of the Brussels I Regulation). But there is no such express authorization for a procedural contract concerning the language of the documents to be served abroad either in the Brussels I Regulation or in the Service of documents Regulation. I find it extremely far reaching to argue that already a jurisdiction agreement in favour of a court in a certain state (or even a choice of law agreement in favour of a law of a certain state) should be understood in the sense that the party either conclusively acknowledges to understand the language of proceedings in that court or that she waives the right to reject cross-border service of documents in the language of that court.

It is also not sufficient to make a reference to the parties' ability freely to agree on language issues in arbitration in order to justify that the same should be the case in regard to language of documents in cross-border service.²² It is a well recognized fundamental principle in arbitration that the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings. Compulsory procedural rules are clearly meant to be only an exception to that fundamental principle in arbitration.²³ In the court proceedings however, the starting point is the opposite: the law imposes the system of procedure, whereas the question may then be put as to what extent may the parties depart from such statutory determined procedural regime. The "arbitration argument" may be as well invoked to argue exactly the opposite: if the parties want more autonomy concerning rules of procedure and particularly to avoid the language requirements they are free to choose arbitration.

3.4. Translation of annexes to a document?

Neither the Regulation nor the Hague convention define the term "document" and therefore a commonly disputed issue concerning cross-border service is also the question of whether all annexes to the document must be translated as well or the translation of the application suffices. The ECJ already ruled on this, saying that the absolute obligation of translation concerns documents instituting proceedings or an equivalent document, regarding the annexes though,

²¹ This view is taken in the opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 29 November 2008 (Par. 85-91) in the case C-14/07 (Weiss).

²² Such a reference was invoked by the Advocate General Trstenjak her opinion delivered on 29 November 2007 in the case C-14/07 (Weiss).

²³ See e.g. Article 19 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985.

an assessment must be made, determining whether a translation is actually needed in order for the defendant to properly understand the content (of the claim and cause of action) and enable him to arrange for his defence.²⁴ The role and importance of annexes to a document to be served may vary according to the nature of the document. If only documents which have a purely evidential purpose and which are not intrinsically linked to the application in so far as they are not necessary for understanding the subject matter of the claim and the cause of action do not form an integral part of that document. Thus, translation from the standpoint of the Regulation is not obligatory (Par. 69 of the Judgment). The ECJ rejected the view that the annexes must always be considered to form an integral part of the “document” and that only a full translation should be regarded as necessary precondition for guaranteeing the rights of the defence.

4. Service abroad – is it necessary at all?

4.1 Fictitious domestic service instead of service abroad

The Regulation 1393/2007 applies “where a judicial or extrajudicial document has to be transmitted from one Member State to another for service there” (Art. 1). It is clear that the Regulation is applicable only to international service and not to internal service. But when does international service (transmission abroad »for service there«) need to occur at all? On the face of it the answer to this question is obvious: service abroad is necessary if the addressee resides abroad. However numerous legal systems have successfully invented ways of avoiding service abroad by providing for different – essentially fictitious – methods of service within their own jurisdiction. The best known example in comparative perspective (although not applicable in the context of EU already since the ECJ’s *Scania Finance* judgment²⁵). is perhaps the French method of *remise au parquet*. It enables the French authorities to serve a judicial document addressed to a person abroad by simply leaving it in the prosecutor’s office in France (the prosecutor then informs the foreign addressee, however this is merely an information as to the service, which has already been effected in France). In USA a method of “piercing the veil” for the purpose of service to a legal entity abroad has developed (handing the document to a subsidiary – although an independent legal entity – with a place of business in the USA in order to effect service to a mother company situated abroad).²⁶ In Switzerland (Par. 138 of the ZPO) a party with

²⁴ Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR v. Industrie- und Handelskammer Berlin, C-14/07, 8.5.2008.

²⁵ Scania Finance France SA v Rockinger GmbH & Co, C-522/03, 13 October 2005.

²⁶ E.g. Schlunk v. Volkswagenwerk Aktiengesellschaft, 486 U.S. 694 (1988), cited by Douglas B. Abrams, Service of Process Under The Hague Convention, Claims For Relief, and The Statute

a residence or place of business in a foreign country must designate an address for service in Switzerland, otherwise service is effected by public notice via publication in the official journal. In many countries (e.g. Germany, Slovenia²⁷, Poland) a party must appoint within its jurisdiction a representative, authorized to accept service. If the party complies with this obligation, service abroad is no longer necessary and if it doesn't, some method of – essentially – fictitious service within the jurisdiction shall (or may) be implemented.

An essentially identical rule as in Art. 1 of the Regulation No. 1393/2007 is contained also in Art. 1 of the 1965 Hague Convention, which defines that the Convention shall apply “*where there is occasion to transmit a judicial or extrajudicial document for service abroad*”. Since the Convention does not define cases where the service has to be effected abroad, it is a generally accepted position that it is left to the national law of each contracting state to define when a document needs to be transmitted abroad for service. Thus, the above mentioned methods of avoiding service abroad are admissible under the 1965 Hague Convention, which is regarded as non-binding since it is applicable only if the national law of the State of the court before which the matter is brought decides that a document must be transmitted abroad for the purpose of service.²⁸

4.2 The CJEU judgment in the *Alder* case

Since the wording of Art. 1 of the Regulation No. 1393/2007 is almost identical to Art. 1 of the Hague Convention the question is put whether the above stated findings apply to it as well. Is it left to each Member State to decide when a document has to be transmitted abroad for service or does the Convention apply (and override national rules) whenever the address of the addressee of the document to be served is in another Member State? Are rules of domestic law, which enable for avoiding service in another member state, compatible with Art. 1 of the Regulation? Moreover, does fictitious domestic service as a substitute for service abroad amount to an indirect discrimination based on grounds of nationality, since it imposes additional burdens (e.g. appointment of a representative in the country of proceedings) for parties residing abroad – and these will in a vast majority of cases be foreigners.²⁹ The CJEU has recently had an opportunity to

of Repose, <http://www.abramslawfirm.com/CM/Articles/Articles5.asp> (3 May 2013).

²⁷ Art. 146 of the Civil Procedure Act.

²⁸ Opinion of Advocate General Bot delivered on 20 September 2012 in Case C-325/11 (*Alder*), Par. 31.

²⁹ Article 18 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU) provides: “Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any

answer these questions in the *Alder* case.³⁰ The case concerned proceedings in a Polish court, which ordered the claimants (residing in Germany) to appoint a representative in Poland authorised to accept the service of documents pursuant to Article 1-135 of the Polish *Kodeks postępowania cywilnego*. The claimants failed to do so and the documents addressed to that party were placed in a case file and were, in accordance with the law, deemed to have been served.

The CJEU chose not to follow the patterns established in the framework of the 1965 Hague Convention, but rather relied on the opinion of the AG *Bot* who held that “far-reaching developments in the matter since it acquired a Community dimension entail a re-assessment of the relationship between the rules evolved from Regulation No 1393/2007 and national laws of civil procedure”.³¹ The Court while admitting that Art. 1 does not contain any express indication regarding the circumstances in which such a document ‘has to be’ transmitted from one Member State to another, nevertheless concluded that reading it together with other provisions of the Regulation provided useful clarifications in that regard. Specifically, in the first place, Article 1(2) of Regulation No 1393/2007 expressly provides that the regulation does not apply where the address of the person to be served with the document is not known.³² The Court concluded that it follows from a systematic interpretation of the regulation in question that that regulation provides for only two circumstances in which the service of a judicial document between Member States falls outside its scope, namely (i) where the permanent or habitual residence of the addressee is unknown and (ii) where that person has appointed an authorised representative in the Member State where the judicial proceedings are taking place.³³ It therefore concluded that except in these situations, if the person to be served with the judicial document resides abroad, the service of that document necessarily comes within the scope of Regulation No 1393/2007 and must, therefore, be carried out by the means put in place by the regulation to that end, as provided for by Article 1(1) thereof. The regulation thus precludes a procedure for notional service such as that (*in casu*) of the Polish national law (leaving the document addressed to the party abroad simply in the court’s file). Only in this manner a uniform application

special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.”

30 *Krystyna Alder and Ewald Alder v. Sabina Orłowska and Czesław Orłowski*, C-325/11, *Adler*, 19 December 2012.

31 Opinion of Advocate General *Bot* delivered on 20 September 2012 in Case C-325/11 (*Alder*), Par. 31.

32 *Krystyna Alder and Ewald Alder v. Sabina Orłowska and Czesław Orłowski*, C-325/11, *Adler*, 19 December 2012, Para. 22

33 *Ibid*, Para. 24.

of the Regulation is achieved.³⁴ The Court further stressed the importance of protection of fundamental procedural guarantees in the regulation of cross-border service. Objectives of effective service cannot be attained by undermining the rights of the defence in any way of the addressees, which derive from the right to a fair hearing, enshrined in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights and Article 6(1) of the European Human Rights Convention.³⁵ For that reason as well the CJEU favours the broad application of the Regulation since it seeks to adequately reconcile the efficiency and speed of the transmission of judicial documents with the need to ensure that the rights of the defence of the addressees are adequately protected, through the guarantee of actual and effective receipt of those documents.³⁶ On the other hand, the national law providing for a fictitious domestic service does not guarantee for that addressee either knowledge of the judicial act in sufficient time to prepare a defence or a translation of that document.

Since the CJEU found that the Polish national law is already incompatible with Art. 1 of the 1393/2007 Regulation, it did not need to examine whether it was also incompatible with the prohibition of discrimination based on nationality (Art. 18 TFEU). This issue, however, was addressed in the opinion of AG *Bot*, who considered that the obligation to provide an address for service is inconsistent with the principle of non-discrimination under Article 18 TFEU.³⁷ He observed that whereas the rule in question does not show direct discrimination on grounds of nationality because it applies in all cases where the party, irrespective of nationality, resides in another Member State,³⁸ it however amounts to indirect (covert) discrimination on the ground of nationality. This is in so far as it generally affects nationals of other Member States who in many cases will not have a residence, habitual abode or registered office in Poland. This reasoning is in line with the CJEU's *Mund & Fester* case, where the court – although in a different context (regarding conditions for obtaining an interim order of protection) – applied a broad concept of indirect discrimination.³⁹

34 Ibid, Para. 27.

35 Ibid, Para. 35.

36 Ibid, Para. 40.

37 Opinion of Advocate General Bot delivered on 20 September 2012 in Case C-325/11 (*Alder*), Par. 31.

38 Ibid, Para. 77.

39 *Mund & Fester v. Firma Hatrex International Trasport*, C-398/92, 10 February 1994.

4.3 Some critical remarks

Although based on concerns for an effective protection of fundamental rights, the CJEU Alder judgment is not immune to criticism. First, it is interesting to note that in the other area of traditional international judicial assistance (cross-border taking of evidence) the approach of the CJEU is exactly the opposite. In that context the CJEU (on two occasions⁴⁰) confirmed that rules of the EU Regulation 1206/2001 do not derogate national rules on taking evidence, which also have cross-border implications and application of which make resort to the Regulation unnecessary.⁴¹ However, it is difficult to see why the approach as to the relation between the EU Regulation and the national law concerning two related issues (cross-border service and cross-border taking of evidence) is exactly the opposite.

The CJEU is right in holding that methods of fictitious service jeopardize the fundamental right to be heard. Therefore they may only be implemented as the last resort, when absolutely necessary. Thereby competing values (right of effective access to court on the one hand and the right to be heard on the other hand) need to be carefully balanced. Such is in the case of persons with unknown address. There a fictitious service (e.g. by public notice) is admissible in order to safeguard legitimate expectations of the other party, but only after all investigations required by the principles of diligence and good faith have been undertaken to trace the addressee.⁴² Thus before fictitious service is effected all reasonably expectable means to find the real (not merely officially registered) address must be implemented.⁴³ It is true that the situation is different in the context of a known address of a person residing abroad, where a fictitious domestic service is merely a substitute for applying methods of the Regulation No. 1393/2007. But what CJEU failed to sufficiently take into account is that the fictitious domestic service in Poland (placing the document in the court's file) was not implemented automatically (unlike the French system of *remise au parquet* or the US system of "piercing the veil" for the purpose of service to a foreign company – see supra). Rather, it was a sanction for the claimants' failure to follow the court's instruction to nominate in Poland a representative authorized to accept service. Had the parties complied with that court order, there would have been no fictitious service at all. In such procedural situation it is, in order to assess compatibility with fundamental rights, wrong to take into account just the consequence (the sanction); one should in the first place examine whether

40 Lippens, C-170/11, 6 September 2012, Pro Rail, C-332/11, 21 February 2013.

41 Ibidem.

42 De Visser, C-292/10, 15 March 2012.

43 Compare also Kramberger Škerl, 2010, p. 121 ff.

the initial court order was such that it put an unnecessary burden upon the parties and whether it was unreasonably difficult for the parties to comply with it. Had the CJEU applied such a test, it would have hardly come to a conclusion that fundamental rights of the parties were violated. The obligation to nominate a representative authorized to accept service in the country where court proceedings are pending, does not seem to be too burdensome and difficult to comply with. Especially when this concerns not the defendants but the claimants (like in the Alder case), it does not seem unreasonable to expect that they shall first consider and then comply with the law of the country, where they themselves chose to bring proceedings. For example, a party can – instead of appoint such a representative, simply appoint a local attorney (with full powers of representation). After all in numerous EU member states there exists an obligatory representation by lawyers in civil procedure meaning that the parties cannot represent themselves. This inevitably means that a party will in any case need to nominate a member of the local bar (more precisely: authorized to appear in the courts of the member state at hand) where proceedings are pending and this will – in consequence – also mean that all documents shall be served to the (local) attorney. This will be a domestic service, without any need of translations. It is difficult to see the logic how it can be incompatible with the fundamental rights if the party needs to nominate a representative, authorized to accept service, in the country of the court, however it is perfectly acceptable if the party needs to appoint a fully authorized representative in that country (which also results in a disappearance of the need for cross-border service). It seems unfair to conclude that legal systems of those member states which provide for an obligation for foreign resident parties to appoint representatives for service within jurisdiction *per se* violate fundamental rights of (foreign) parties, whereas legal systems of those member states, which provide for an obligation of full representation by qualified attorneys do not. True, the mandatory representation by attorneys does not apply only to parties residing abroad but also to domestic parties. On the other hand the obligation to appoint a representative, authorized to accept service, affects only parties residing abroad (who will be in most cases foreign citizens). However this differentiation is no more an issue from the viewpoint of fundamental rights (right to be heard) but merely from the viewpoint of indirect discrimination. This should be examined solely on the basis of Art. 18 TFEU. The test in this regard should be whether there exist any justified grounds for such an – what it undoubtedly is – indirect discrimination. In my opinion such grounds do exist. While it is true that the 1393/2007 Regulation has significantly contributed to speeding up a cross-border service of documents and also made it more efficient and reliable, it is a pure fiction to say that this amounts to a total disappearance of any differences between domestic service and service abroad – in regard to cost, reliability and time. Service abroad can sometimes be

very costly (not only because of translation involved!), it can (in certain member states) still take a lot of time and the result sometimes is still uncertain. This however can be avoided if a party appoints a representative (either an attorney with full power of representation or a person authorized merely for accepting of service) in the country where proceedings are pending.

5. Conclusion

Comparing to the traditional system of the Hague 1954 and 1965 Conventions, the EU Service of Documents Regulation strengthens the guarantees concerning language on one hand. Foremost, because it is beyond doubt that these guarantees must apply to cases of direct postal service as well, whereby it is assured that the addressee can effectively exercise the right to refuse acceptance of the document for the reasons concerning language. On the other hand, introducing the criteria of the »language, which the addressee understands«, the Regulation lowers the standards, which were applied in traditional regimes of cross-border service of judicial documents to a certain extent. On the principled level, the new approach may be favoured as it corresponds to what should be the overriding principle in cross-border service of documents from the viewpoint of the addressee – effective exercise of the right to be heard in proceedings. On the other hand, the new approach has positive effects concerning certain other equally important procedural guarantees – those which relate to the cost barriers for an effective access to court and those relating to the duration of proceedings. The problem however is that the new standard of »understanding the language« causes numerous difficulties when applied in practice. Another striking development, which demonstrates that the EU Regulation is slowly detaching itself from the Hague Convention, which it was originally based on, concerns the clear preference, given by the CJEU to the methods of service, set out in the Regulation, over the “inventions” of national laws which substituted the need to serve abroad. Whether this development is entirely justified, remains to be seen.

References

- Hess, B. (2009). *Europäisches Zivilprozessrecht*. Heidelberg: CF Müller.
- Kramberger, Š. (2010). The Service of Court Documents on Persons with Unknown Residence – A Comparative Analysis with an Emphasis on Slovenia, in: Dahlberg (Ed.). *Party Autonomy. Del Lege*. Uppsala: Iustus Förlag. 121-146.
- Landrove, J.C. (2006). European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration: an Etat des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a problematic

- Swiss Law Feature. in: Besson & Hotellier & Werro (Ed.). *Human Rights in the Centre*. Zurich: Schulthess. 73-101.
- Lindacher, W. (2001). Europäisches Zustellungsrecht, *Zeitschrift für Zivilprozess*. Vol.114. 179–195.
- Mankowski, P. (2009). Übersetzungserfordernisse und Zurückweisungsrecht des Empfängers im europäischen Zustellungsrecht. *IPRax*. Vol. 2. 180–183.
- Permanent bureau of the HCPIIL. (2006). *Practical handbook on the operation of the Hague convention of 15 November 1965 on the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters*. 3rd Ed. Den Haag.
- Rauscher, T. (2010). Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EG-VollstrTitelVO. EG-MahnVO. EG-BagatellVO. EG-ZustVO2007. EG-BewVO. EG-InsVO. München: Seillier.
- Rosenberg, L., Schwab, K.H., Gottwald, P. (2004). *Zivilprozess*, 16. Aufl. München: Beck Verlag.
- Schlosser, P. (2003). *EU-Zivilprozessrecht*. 2. Aufl. München: Beck Verlag.
- Schlosser, P. (2007). Zustellung und Zustellungersatz durch Parteieinverständnis? in: *Studia in Honorem Pelayia Yessiou-Faltsi*, Athens. 611-623.
- Ude et al. (2005). *Pravdni postopek – zakon s komentarjem*. 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba in ČZ Uradni list.

*Др Алеш Галич,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Љубљани, Словенија*

Достављање аката у иностранству у грађанским и трговинским стварима: од Хашке конвенције до Уредбе ЕУ 1393/2007

Резиме

Заштита националног суверенитета није више главна брига у систему доставе судских и вансудских аката у иностранству. Све већи значај добија заштита фундаменталних права и легитимних очекивања процесних странака, при чему се мора постићи адекватна равнотежа између супротстављених вредности. У том контексту, Уредба ЕУ 1393/2007 јача гаранције које се односе на употребу језика. С друге стране, увођењем стандарда у погледу "језика који адресат разуме", ова Уредба донекле снижава захтеве који су примењени у традиционалним режимима доставе судских и вансудских аката у иностранству. У начелу, овај нови приступ може бити имати своје предности али у пракси проузрокује бројне тешкоће, што не доприноси правној сигурности и предвидивости. Исто важи и за одступање Суда правде Европске уније од традиционалног става да су државе слободне да имплементирају различите методе, што практично чини достављање у иностранству непотребним.

Кључне речи: *достављање аката у иностранству, грађански поступак, право ЕУ, језик судских докумената, судска сарадња.*

Др Мирко Живковић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.96:347.615](497.11)

Рад примљен: 09.10.2013.

Рад прихваћен: 13.11.2013.

О ПРИМЕНИ ХАШКОГ ПРОТОКОЛА О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА ОБАВЕЗЕ ИЗДРЖАВАЊА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ¹

Апстракт: Република Србија је 2013. године ратификовала Хашки протокол о меродавном праву за обавезу издржавања (2007). Њиме су дерогирани одговарајуће колизионе норме садржане у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља (1982) и отворено питање судбине таквих норми садржаних у двостраним међународним уговорима чија је страна уговорница наша држава. Поред тога, њиме је извршена и унификација колизионих норми о издржавању у односу на највећи број држава чланица Европске уније. У чланку су изложена основна решења из Протокола и указано на одређене проблеме који се у пракси наших судова могу појавити приликом његове примене.

Кључне речи: издржавање, меродавно право, Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања.

1. Увод

Република Србија налази се у фази изградње потпуно новог система међународног приватног права. С једне стране, рад на доношењу новог Закона о међународном приватном праву примиче се крају и његово ступање на снагу треба очекивати у току 2014. године. С друге стране, наша држава постаје све активнија чланица Хашке конференције за међународно приватно право и других међународних организација, промишљено

1 paklestica@yahoo.fr

Овај чланак је резултат рада на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета у Нишу који подржава Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број 179046).

приступајући појединим конвенцијама донетим у њиховом окриљу. На тај начин, комбинујући најновија достигнућа у упоредном међународном праву и међународном приватном праву Европске уније (уграђеним у нови Закон о међународном приватном праву) са приступањем значајним вишестраним конвенцијама, Република Србија налази се на прагу стварања сопственог модерног система међународног приватног права.² Један од последњих међународних инструмената који је са том намером уведен у наш правни систем јесте Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007. године. Његовом ратификацијом колизионе норме о обавези издржавања у нашем међународном приватном праву изједначене су (скоро у потпуности) са колизионим нормама које у овој области примењују државе чланице Европске уније.

Република Србија је априла 2012. године потписала Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања (2007), а Народна скупштина је 05. фебруара 2013. године усвојила Закон о потврђивању Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања (2007).³ Априла 2013. године Република Србија је депоновала инструменте о ратификације Протокола депозитару, Министарству иностраних послова Краљевине Холандије. Према члану 25. Протокола, он ступа на снагу првог дана месеца који следи после истека рока од три месеца након депоновања другог инструмента о ратификацији. *С обзиром да је Протокол априла 2010. године већ ратификовала и Европска унија, то значи да Протокол ступа на снагу 1. августа 2013. године.*

2. Примена Протокола

а) *Временско важење* (важење *ratione temporis*) – Одредбе Протокола примењују се само на издржавање које је затражено у држави чланици за период после његовог ступања на снагу у тој држави (*a contratio* члан 22 Протокола).⁴ Другим речима, оне се неће примењивати на потраживања која

² По мом мишљењу, будући развој међународног приватног права биће заснован управо на комбинацији савременог националног система МПП-а (који ће у доброј мери бити хармонизован са системима МПП-а других држава, односно који неће патити од вишка аутономне оригиналности) са значајним вишестраним конвенцијама, пре свега хашким. Двострани међународни уговори ће изгубити на значају и постати средство за уређење специфичних односа између држава (нпр. олакшане примене неког вишестраног уговора или само регулисања неких посебних питања).

³ *Службени гласник РС - Међународни уговори*, број 1/2013. О раду Хашке конференције за међународно приватно право на доношењу Протокола в. Бордаш, Ђундић, 2013: 134-136.

⁴ Члан 22 гласи: „Овај протокол се не примењује на издржавање затражено у држави чланици за период пре ступања на снагу у тој држави“.

се односе на период пре његовог ступања на снагу чак и ако поступак буде покренут после његовог ступања на снагу. Обрнуто, одредбе Протокола ће бити примењиване и ако је поступак покренут пре његовог ступања на снагу, али се ради о будућим потраживањима која се односе на период после његовог ступања на снагу.

б) *У погледу предмета* (важење *ratione materiae*) – Одредбе Протокола примењују се приликом одређивања меродавног права за све врсте издржавања (између родитеља и деце, између осталих сродника, супружника и бивших супружника, као и између ванбрачних партнера⁵). Дакле, без обзира о којој врсти издржавања, односно о којим лицима јер реч, меродавно право се одређује према овом Протоколу. Можда не најелегантније, али прилично недвосмислено, ову идеју изражава став 1 члана 1 Протокола.⁶ Притом, одлука о издржавању која би била донета применом Протокола (нпр. да према меродавном праву дужник треба да плаћа издржавање повериоцу) не утиче на *постојање* неког од односа наведених у ставу 1 члана 1 Протокола који представља правни основ обавезе издржавања.

в) *Принцип универзалне примене* – У члану 2 Протокола предвиђено је правило по коме се његове одредбе примењују (чак) и ако је меродавно право неке државе која није чланица Протокола. То значи да су норме садржане у Протоколу општег карактера и да се примењују као део нашег међународног приватног права, независно од тога да ли је у конкретном случају однос издржавања повезан са правом државе чланице или нечланице Протокола. Због тога, његове одредбе дерогирају норме о одређивању меродавног права за издржавање садржане у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

г) *„Изузетак“ од правила универзалне примене* – Одредбе Протокола ипак неће бити примењене у једном случају. Реч је о ситуацији када између наше

⁵ Ванбрачни партнери нису изричито наведени у Протоколу. Међутим, у припремним радовима и каснијим коментарима јасно су учињене препоруке да одредбама Протокола буде обухваћено и питање издржавања ванбрачних партнера (мада је у крајњој линији то препуштено унутрашњем законодавству држава чланица). У том смислу *Вопоти*, 2013: 45. У нашем праву, одредбе Протокола треба примењивати и када је реч о издржавању ванбрачних партнера имајући у виду одредбу става 2 члана члана 152 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, 18/2005 и 72/2011, који предвиђа да се „На издржавање ванбрачног партнера сходно (...) примењују одредбе овог закона о издржавању супружника“.

⁶ Став 1 члана 1 гласи: „Овај протокол одређује меродавно право за обавезе издржавања које проистичу из породичних односа, крвног сродства, брака или тазбинског сродства, укључујући обавезе издржавања детета, без обзира на брачни статус његових родитеља.“

државе и односне стране државе постоји важећи међународни уговор који садржи колизионе норме за издржавање. Члан 19 Протокола, који говори о „координацији с другим инструментима“, у том случају даје предност колизионим нормама садржаним (у најчешће двостраном) међународном уговору). Наравно, питање је са којим државама имамо закључен двострани уговор који садржи колизионе норме о издржавању? Листа је следећа: Бугарска – члан 38 став 1;⁷ Грчка – члан 22 став 1;⁸ Мађарска – члан 27 ставови 1-4, члан 32 (деца и родитељи), члан 34 (браћа и сестре, крвни сродници у правој усходној и нисходној линији);⁹ Пољска – члан 26, 28;¹⁰ Румунија – члан 23 ставови 1-3 и члан 26;¹¹ Словачка и Чешка – члан 24 ставови 1-3 и члан 28 став 3;¹² Француска – члан 5, члан 8, члан 10 и члан 11 став 2 и став 4.¹³

Осим ових држава, чланица Европске уније, колизионе норме о издржавању садржане су и у појединим двостраним уговорима које је наша земља закључила са државама које нису чланице Европске уније. Реч је о следећим уговорима: Русија (и Украјина) – члан 27¹⁴ и Монголија – члан 30 и члан 34 став 1 и став 3.¹⁵

У вези са овим „изузетком“ од правила универзалне примене одредаба Протокола, треба учинити две напомене. *Прва* се односи на околност да

7 Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске (1956) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак, 1/1957).

8 Конвенција о узајамним правним односима између ФНР Југославије и Краљевине Грчке (1959) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак, 7/1960).

9 Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске (1968) са изменама и допунама (1986) – (Сл. лист СФРЈ – додатак бр.3/1968; измене и допуне – Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори, 1/1987).

10 Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске (1960) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак, 5/1963).

11 Уговорао правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике (1960) – (Сл. лист ФНРЈ – додатак, 8/1961).

12 Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке СР (1964) – (Сл. лист СФРЈ – додатак, 13/1964).

13 Конвенција о надлежности и закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике (1971) – (Сл. лист СФРЈ, 55/72).

14 Уговор о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНР Југославије и СССР (1962) – (Сл. лист ФНРЈ, додатак, 5/1963)

15 Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске Народне Републике (1981) – (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, 7/1982).

у наведеним двостраним уговорима нису предвиђене колизионе норме за све врсте издржавања (нпр. са Бугарском и Грчком уређено је само питање издржавања ванбрачног детета од стране оца, а са Пољском и Румунијом - издржавање између супружника за време трајања брака и издржавање између родитеља и деце). То практично значи да на та питања треба применити одредбе двостраног уговора, а на остала, која нису њиме регулисана, одредбе Хашког протокола. Дакле, у сваком поједином случају, када је однос везан са неком од наведених држава треба пажљиво утврдити о којој врсти издржавања је реч и после тога размотрити која су питања регулисана двостраним уговором (и ако јесу - тада применити његове норме, а уколико нису - применити норме Протокола). Друга напомена, тиче се могућности уклањања овог изузетка. Како је предвиђено ставом 1 члана 19, он ће се примењивати, осим уколико државе уговорнице (двостраних) међународних уговора нису дале, односно не буду дале другачију изјаву о томе. То значи, на пример, да наша држава и државе чланице Европске уније могу дати изјаву да ће убудуће примењивати одредбе Протокола, а не двостраних уговора. Такве изјаве још нису дате, мада је логично очекивати развој догађаја у том правцу. Поред тога, могућ је и једноставнији начин, изостављањем колизионих норми о издржавању приликом измена постојећих двостраних уговора (какав је на пример, сада случај са Словачком). Притом, о свим будућим изменама у погледу важења норми двостраних уговора и одредаба Протокола требало би да судови буду благовремено обавештавани. У међувремену, између наше земље и ових држава, постојаће дупли колосек по питању меродавног права у материји издржавања, као што је већ објашњено. Свакако да овакво цепање меродавног права није добро решење будући да ствара проблеме у пракси. Зато га активношћу Министарства правде и Министарства спољних послова треба сасвим уклонити и садашњу фазу тако учинити само привременом, односно прелазном фазом ка потпуној примени Протокола.

3. Основна колизиона решења (чланови 3-8)

Основна решења о меродавном праву за обавезе издржавања садржана су у члановима 3-8 Протокола. Члан 3 предвиђа „опште правило о меродавном праву“, а наредна три члана предвиђају „посебна правила“: члан 4 - „посебна правила у корист појединих поверилаца“, члан 5 - „посебна правила за супружнике и бивше супружнике“ и члан 6 - „посебна правила о одбрани“. На крају, чланови 7 и 8 говоре о аутономији воље, односно о избору меродавног права који могу извршити поверилац и дужник издржавања.¹⁶

¹⁶ Оваква систематизација, иако се на први поглед чини кохерентном, ипак није довољно јасна и прегледна и сигурно не олакшава примену Протокола. Наиме, опште

3.1. Опште правило

Опште правило из члана 3 за обавезе издржавања налаже примену права државе *уобичајеног боравишта повериоца*.¹⁷ У вези са тим, две напомене. *Прво*, појам уобичајеног боравишта није дефинисан у Протоколу (уосталом, није ни у једној Хашкој конвенцији која га употребљава). Због тога би судије (у почетку) требало да користе одредбу из Нацрта нашег новог Закона о међународном приватном праву која одређује појам уобичајеног боравишта физичког лица.¹⁸ С тим у вези, међутим, судије би требало да буду посебно обазриве када је реч о утврђивању уобичајеног боравишта детета.¹⁹ Касније, праћењем примене Протокола у другим државама чланицама и учешћем у раду специјаних комисија Хашке конференције, установиће у ком се смеру дефинише овај појам као аутономни појам Протокола (само за сврху примене Протокола). *Друго*, одређивање меродавног права везује се за уобичајено боравиште *повериоца*, што омогућава да се постојање и износ издржавања утврде и одреде према праву државе у којој тражилац издржавања живи. Такво решење у складу је са идејом да ће поверилац средства добијена на име издржавања користити за живот у правном и друштвеном окружењу конкретне државе, оне у којој живи и обавља одређене активности (Вопоти, 2013: 207-208).

правило из члана 3 веома често неће бити примењено, а готово у сваком случају биће потребно испитивати могућности за његову примену. Другим речима, у зависности од конкретне ситуације, посебна правила из чланова 4-6 и још пре, аутономија воље из чланова 7 и 8 начелно имају предност у примени у односу на члан 3 Протокола (предвиђајући другачије тачке везивања). Зато судије, приликом одређивања меродавног права, заправо морају водити рачуна о одредбама Протокола супротно бројевима чланова, односно кренути уназад: најпре, морају видети каква је ситуација са аутономијом воље (чл.7-8), затим са посебним правилима (чл.4-6) и на крају са општим правилом из члана 3.

17 Уз то је корисном одредбом става 2 члана 3 избегнут проблем мобилног сукоба закона тако што је за случај промене уобичајеног боравишта повериоца – предвиђено да се примењује право државе новог уобичајеног боравишта од тренутка промене.

18 Према последњој верзији Нацрта новог ЗМПП, појам уобичајеног боравишта, у делу који је релевантан за издржавање, одређен је у члану 5 ст. 1 и 2 на следећи начин:

Уобичајено боравиште физичког лица

Члан 5.

„Уобичајеним боравиштем физичког лица сматра се место у држави у којој се налази центар његових животних интереса и у којој уобичајено борави, без обзира да ли је његов боравак уписан у евиденцију надлежног органа и независно од дозволе боравка или настајења.

У циљу одређивања уобичајеног боравишта у смислу става 1 овог члана, узимају се у обзир све околности личне или пословне природе које указују на трајније везе са овом државом или на намеру да се такве везе заснују.“

19 За појам уобичајеног боравишта детета, в. Марјановић, 2013: 403 (фуснота).

Творци Протокола, међутим, били су свесни да опште решење из члана 3 понекад може фаворизовати повериоца само на *апстрактан* начин (одређивањем примене права државе његовог уобичајеног боравишта, али да у поједином *конкретном* случају може бити неповољније у односу на примену права друге државе са којом је однос такође повезан).

3.2. Посебна правила за поједине категорије поверилаца

Због тога су у члану 4 Протокола, *најпре*, одредили круг лица (те тиме и врсте издржавања), а *затим*, и посебне (додатне) колизионе норме које за та лица важе поред одредбе из члана 3 Протокола. На тај начин, оформили су *круг привилегованих поверилаца* тј. лица која имају више могућности за остваривање издржавања – не само према праву државе на чију примену указује опште правило из члана 3, већ и према праву других држава, изричито наведених у посебним колизионим нормама. Наравно, даље се постављају два питања: који је то круг лица у чију корист су предвиђене посебне норме (1) и које су то норме, одн. шта оне предвиђају (2).

(1) *Према ставу 1 члана 4*, ради се о обавези издржавања: а) родитеља према деци, б) деце према родитељима и в) лица који нису родитељи према лицима млађим од 21 године (на пример, издржавање између брата и сестре, издржавање унука, издржавање пасторка и др., где је у свим случајевима поверилац издржавања млађи од 21 године). Из овог круга лица *изричито су искључени* супружници и бивши супружници уколико би један од њих имао мање од 21 године, с обзиром да посебна правила о њиховом издржавању садржи члан 5 Протокола.

(2) Када је реч о посебним нормама, предвиђена су следећа решења:

а) *Према ставу 1 члана 4*, ако поверилац не може да оствари издржавање на основу члана 3 Протокола (према праву државе свог уобичајеног боравишта), примениће се право државе суда (*lex fori*). На пример, уколико наш држављанин са уобичајеним боравиштем у иностранству не може пред нашим судом да оствари издржавање према страном праву (државе свог уобичајеног боравишта, меродавном на основу члана 3 Протокола), примениће се одредбе нашег права као *lex fori*.

б) *Према ставу 3 члана 4*, ако је поверилац покренуо поступак за остваривање издржавања пред судом уобичајеног боравишта *дужника*, примениће се право државе суда, а не опште правило из члана 3. Другим речима, примениће се право државе уобичајеног боравишта *дужника* (које овде коинцидира са *lex fori*), а не право државе повериоца. Разлог томе је што су, полазећи од принципа *in favorem creditoris*, аутори Протокола

сматрали да је поверилац имао посебан разлог да покрене поступак пред судом уобичајеног боравишта дужника (нпр. знатно теже може остварити право на издржавање према праву државе свог уобичајеног боравишта). Међутим, уколико је поверилац био погрешно обавештен и не може да оствари издржавање по праву државе суда (тј. уобичајеног боравишта дужника), сада накнадно „оживљава“ општи принцип из члана 3 Протокола и примењује се право државе уобичајеног боравишта повериоца (Вопомі, 2013: 39).

в) *Према ставу 4 члана 4*, привилегованим повериоцима дата је још једна колизиона алтернатива како би успели у остваривању издржавања. Наиме, уколико не могу остварити издржавање према члану 3 Протокола, нити према ставовима 2 и 3 члана 4 Протокола, примениће се, уколико постоји, право заједничког држављанства повериоца и дужника. Притом, уколико један или оба имају два или више држављанстава, не треба примењивати правила о решавању позитивног сукоба држављанства (принцип искључивости домаћег држављанства, односно, утврђивати ефективно држављанство ако су оба страна), већ само применити право државе заједничког држављанства (нпр. ако поверилац има холандско и француско, а дужник српско и холандско држављанство, треба узети да имају заједничко холандско држављанство) (Вопомі, 2013: 49). Такво тумачење је у складу с принципом *favor creditoris* који представља лајтмотив Протокола уопште.

Међутим, ако се покрене поступак за измену одлуке о издржавању привилегованог повериоца, примена овог каскадног система зависи од тога да ли измену тражи поверилац или дужник. Ако поверилац покрене поступак, каскадни систем функционише на следећи начин: а) уобичајено боравиште повериоца, б) *lex fori*, в) *lex nationalis communis*. Уколико, такође, поверилац подноси тужбу суду Србије, али се испостави да дужник има уобичајено боравиште у Србији, онда се лествица мења: а) *lex fori*, б) уобичајено боравиште повериоца, в) *lex nationalis communis*. Насупрот томе, уколико дужник подноси тужбу суду Србије, без обзира да ли у њој има или нема уобичајено боравиште, меродавно право би *увек* пратило следећу лествицу: а) најпре, уобичајено боравиште повериоца, па тек онда б) *lex fori*, и напослетку в) *lex nationalis communis*. Разлог је тај што право државе суда постаје прво у хијерархијској лествици само онда када *поверилац* подноси тужбу према уобичајеном боравишту дужника, без обзира да ли тек треба одлучити о издржавању или се тражи измена одлуке. Насупрот томе, ако је реч о измени одлуке о издржавању осталих поверилаца, одређивање меродавног права нема оваквих особености.

У члану 5 Протокола садржано је посебно правило којим се уређује издржавање између *супружника у току трајања брака и бивших супружника*. Наиме, на обавезу издржавања између супружника, разведених супружника или лица чији је брак поништен у начелу се примењује опште правило из члана 3 Протокола. Међутим, оно неће бити примењено уколико су испуњена (кумулятивно) два услова: *први*, да се примени члана 3 противи једна од странака и *други*, да је право неке друге државе, а нарочито државе њиховог последњег заједничког уобичајеног боравишта, у ближој вези са браком. Дакле правило о најближој вези (као нека врста клаузуле одступања) комбиновано са противљењем једне од странака да буде примењено опште правило из члана 3, доводи до тога да на се на издржавање у овом случају примењује право те друге државе која је у ближој вези са браком (уз искључење примене члана 3). не ради заштите повериоца него услед правила о најближој вези. Ова врста издржавања не спада у категорију првлегованих, а исто тако се разликује од општег система јер садржи посебна правила. Могло би се рећи да је реч о *sui generis* режиму издржавања. Притом, ова правила се не би могла тумачити као фаворизујућа јер се одступање од основне колизионе нормe примењује не ради заштите повериоца, већ услед правила о најближој вези. *Mutatis mutandis*, наш судија би ово правило требало да примењује и на издржавање ванбрачног партнера.²⁰

3.3. Заштита дужника

Члан 6 Протокола садржи *посебна правила о одбрани*. Идеја овог члана је да у одређеној мери уравнотежи разлике које постоје у националним системима држава када је реч о појединим врстама издржавања. На пример, неке државе не дозвољавају издржавање између тазбинских сродника или између браће и сестара или других побочних сродника или сродника у правој усходној линији (у неком даљем степену сродства), док друге допуштају ту могућност. Отуда је у члану 6 Протокола пружена извесна заштита дужнику издржавања у овим ситуацијама прописивањем „посебног правила одбране“, односно правила која га, у начелу, овлашћују да се позове на непостојање одређене врсте издржавања.²¹ Анализа овог члана показује следеће:

20 Видети фусноту бр. 5.

21 Члан 6 Протокола гласи: „Осим за обавезе издржавања деце засноване на родитељско-дечјем односу, као и за оне предвиђене чланом 5 овог протокола, дужник може оспорити захтев повериоца истичући да таква обавеза не постоји ни према праву државе уобичајеног боравишта дужника ни према праву државе заједничког држављанства странака, уколико га оне имају.“

Прво, ова правила о одбрани могу се користити код свих врста издржавања, осим у два случаја - чланом 6 изричито су искључени издржавање деце од стране родитеља (али не и издржавање родитеља од стране деце!) и издржавање супружника, бивших супружника или лица чији је брак поништен. У овом последњем случају, када је реч о издржавању између бивших супружника, искључење правила о одбрани важило би и у погледу ванбрачних партнера.²²

Друго, да би дужник с успехом користио ово право одбране, потребно је да обавеза издржавања не постоји ни према праву државе уобичајеног боравишта дужника ни према праву заједничког држављанства повериоца и дужника, уколико га имају. Међутим, уколико поверилац и дужник немају заједничко држављанство, дужник се ослобађа обавезе издржавања уколико она не постоји само по праву државе његовог уобичајеног боравишта.

Треће. механизам деловања правила о одбрани се састоји у следећем: суд најпре примењује члан 3 Протокола (нпр. издржавање између тазбинских сродника или између браће и сестара или других побочних сродника или сродника у правој усходној линији или члан 4 (нпр. ако се ради о обавези издржавања детета према родитељу или лица које није родитељ или супружник према лицу млађем од 21 године) и на основу меродавног права утврђује постојање обавезе издржавања (нпр. на основу права државе уобичајеног боравишта повериоца или права државе суда (*lex fori*)). Тада се дужник може позвати на „правила о одбрани“ из члана 6, и истаћи приговор да таква обавеза не постоји према праву државе његовог уобичајеног боравишта односно и према праву државе заједничког држављанства са повериоцем, уколико га имају.

Четврто, иако Протокол то не прецизира, у случају лица са двоструким или вишеструким држављанством (како је већ речено), и овде не треба примењивати правила о решавању позитивног сукоба држављанства, већ констатовати постојање заједничког држављанства и као меродавно применити право те државе.

3.4. Избор меродавног права

Аутономија воље (избор меродавног права) – Једну од важних новина коју предвиђа Протокол тиче се могућности избора меродавног права од стране повериоца и дужника обавезе издржавања. Притом, право које су они изабрали има предност у примени у односу на чланове 3-6 Протокола

²² Видети фусноту бр. 5.

(који садрже објективне тачке везивања). Реч је о *ограниченој* аутономији воље која мора бити *изричита*, а поред тога, додатно је контролисана посебним нормама како би се спречила могућност злоупотребе слободе избора, посебно на штету повериоца издржавања. Ову материју регулишу чланови 7 и 8 Протокола. Однос између ова два члана је у начелу јасан, мада се не може избећи утисак о њиховом преклапању у појединим случајевима (када странке могу да користе могућности које пружају и један и други члан), у којима судови морају бити посебно опрезни. Проблем њихове координације се нарочито поставља када се ради о лицима старијим од 18 година и способним да се старају о заштити својих права и интереса, уколико су изабрала неко од меродавних права које им допушта члан 8, а које коинцидира са правом државе суда.²³

Члан 7 се односи на тзв. „*процесноправни споразум*“, односно на споразум о избору меродавног права за потребе конкретне поступке у одређеној држави, који је поверилац управо покренуо или управо намерава да покрене. У том случају поверилац и дужник могу, уместо права меродавног на основу чланова 3-6, *изабрати право државе суда (lex fori)*. На пример, ако се ради о бракоразводној парници, супружници се могу информисати о праву државе суда и изабрати то право уместо права меродавног на основу члана 3 Протокола. Важно је притом истаћи да избор меродавног права на основу члана 7 може бити учињен *независно од врсте издржавања (дакле, за све врсте издржавања)*, али да има дејство само за конкретан поступак за који је избор извршен. Ако би био поднет нови захтев у вези издржавања или захтев за измену одлуке о издржавању, исти или други суд који би о томе одлучивао не би био везан претходним избором странака и одредио би меродавно право за обавезу издржавања на основу објективних тачака везивања.

Члан 8 (за разлику од члана 7) је ближи класичној одредби о избору меродавног права за одређено правно питање. Наиме, поред одредбе о томе да избор мора бити извршен изричито и у писаној форми (што додуше предвиђа и члан 7), члан 8 одређује шири круг меродавних права (њих четири), а одмах затим предвиђа одредбе којима се штите интереси повериоца издржавања.

Према одредбама овог члана, дакле, поверилац и дужник могу, ма у ком тренутку, изабрати једно од следећих права: а) право државе чије

23 Излагања о том проблему превазилазе оквире овог чланка. Уколико се одређене недоумице у примени Протокола појаве у пракси, судије се за помоћ при тумачењу његових одредаба могу обратити Центру за Међународно приватно право хашких конвенција Правног факултета Универзитета у Нишу (paklestica@yahoo.fr или sanjamarjan@yahoo.com).

држављанство има једна од странака у тренутку избора, б) право државе уобичајеног боравишта једна од странака у тренутку избора, в) право које су странке изабрале као меродавно за своје имовинске односе или право које је заиста примењено на ове односе, и, коначно, г) право које су странке изабрале за свој развод или раставу или право које је заиста примењено на њихов развод или раставу.

С друге стране, како је речено, овај вид избора меродавног права допуњен је *заштитним одредбама*. Оне говоре о томе када су одредбе става 1 члана 8 Протокола о избору меродавног права искључене. Конкретно, ове одредбе се не примењују: а) ако се односе на обавезу издржавања лица млађег од 18 година, или б) обавезу издржавања одраслог лица које због умањења или недостатка личних способности није у стању да се стара о заштити својих интереса, односно в) на могућност одрицања повериоца од права на издржавање (на које се увек примењује право државе уобичајеног боравишта повериоца у тренутку избора), и коначно г) ако би то довело до очигледно неправичних или неразумних последица по било коју од странака, осим уколико су у тренутку избора биле потпуно обавештене и свесне последица избора.

4. Друге одредбе значајне за практичну примену Протокола

Поред наведених, за примену Протокола значајне су и одредбе и следећих чланова: а) члана 11 (обим примене меродавног права), б) члана 13 (јавни поредак) и в) члана 14 (одређивању висине издржавања).

а) Члан 11 Протокола садржи врло корисну одредбу *о обиму примене меродавног права*. У њој се изричито наводе питања која се регулишу правом које је меродавно за обавезу издржавања. На тај начин, отклања се проблем квалификације (нпр. да ли је неко питање процесног карактера или не из чега прозилази дилема да ли га треба регулисати према праву државе суда или праву меродавном за издржавање). Овакве одредбе, које се све све чешће користи и у националним кодификацијама (и у нашем Нацрту новог ЗМПП-а) и у међународним уговорима, у значајној мери олакшавају посао судији јер изричито наводе широк круг питања која се уређују правом на које указују колизионе норме из Протокола. Притом треба приметити, да синтагма „између осталог“ указује да енумерацијом нису обухваћена сва питања (већ најчешћа и најважнија), тако да меродавно право може регулисати и нека друга питања која нису изричито наведена. Одлука о томе која су то још питања је на судији који поступа у конкретној правној ствари.

б) Члан 13 Протокола предвиђа установу јавног поретка. Употребљена је већ стандардна рестриктивна формулацију – примена страног права, меродавног на основу одредаба Протокола, може бити одбијена *само* у

обиму у коме су његова *дејства очигледно* супротна јавном поретку државе суда. О овој одредби судије треба да воде рачуна приликом одређивања меродавног права, с обзиром да она представља последње средство за корекцију исхода спора. Овој установи треба изузетно прибегавати и пажљиво је тумачити. Притом, сама околност да наше право не познаје одређени породични однос, не значи да аутоматски треба одбити могућност остваривања издржавања. На пример, ако се ради о захтеву за издржавање више супруга из полигамног брака, њихови захтеви нису супротни нашем јавном поретку иако наше право признаје сам моногамни брак. Исто тако, на судској пракси је да се одреди према захтевима за издржавање потеклих од партнера из истополоних заједница и пружи одговор на питање да ли је у таквим случајевима повређен или не наш јавни поредак.

в) Члан 14 Протокола садржи веома значајну супстанцијалну одредбу која се односи на одређивање висине издржавања. Њен значај је у томе што се она примењује без обзира на то како меродавно право – *било домаће или страном* – одређује висину издржавања. Према овој одредби, приликом одређивања висине издржавања, узимају се у обзир потребе повериоца и приходи дужника, *као и свака накнада дата повериоцу уместо периодичног плаћања издржавања*, чак и ако меродавно право предвиђа другачије. Упоредујући ову одредбу са чланом 160 нашег Породичног закона (2005), запажамо да у Породичном закону нема реченице „...*као и свака накнада дата повериоцу уместо периодичног плаћања издржавања*“. Та реченица представља новину која је у текст Протокола унета на инсистирање делегације Европске уније.²⁴ Њен циљ је да онемогући да лице (нпр. супружник после развода) добије издржавање или већи износ издржавања уколико му је већ исплаћен паушални новчани износ или је добио одговарајућу вредност у покретним или непокретним стварима. Овај систем постоји у појединим државама и има за циљ да се њиме постигне потпун имовински раскид („*clean break*“) између супружника. Уколико тај систем дође у додир са правом државе које не познаје овај механизам компензације и по коме супружник и даље има право на издржавање, ступа на сцену члан 14 Протокола који независно од одредаба меродавног права коригује резултат до кога би се иначе дошло.

Литература

Bonomi, A. (2013). Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Explanatory Report: Permanent Bureau of the Conference, The Hague, Netherlands.

²⁴ Bonomi, 2013: 69.

Bonomi, A. (2006). La réforme des règles de conflit en matière d'obligations alimentaires. Quelques observations sur le travaux en cours à La Haye et à Bruxelles. U Piotet D., Tappy D. (eds), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils - Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz* (201-216). Genève-Zurich-Bâle: Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

Бордаш Б., Ђундић, П. (2013). Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор међународног приватног права Србије. *Зборник Правног факултета у Новом Саду*. 1(47).133-153.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ* бр. 43 (1982), бр. 72 (1982) и *Службени лист СРЈ*, бр. 46 (1996).

Конвенција о надлежности и закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике, *Службени лист СФРЈ*, бр. 55 (1972).

Конвенција о узајамним правним односима између ФНР Југославије и Краљевине Грчке, *Службени лист ФНРЈ – додаток бр.7* (1960).

Марјановић, С. (2013). Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије. *Зборник Правног факултета у Нишу*. 65 (2013) 399-418.

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

Породични закон, *Сл. гласник РС*, 18 (2005) и 72 (2011).

Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, број 1 (2013).

Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске (1968) са изменама и допунама, *Службени лист СФРЈ – додаток бр. 3* (1968); измене и допуне, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори* бр. 1 (1987).

Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске Народне Републике, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* бр. 7 (1982).

Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке, *Службени лист СФРЈ – додаток бр.13* (1964).

Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске, *Службени лист ФНРЈ – додаток бр. 5* (1963).

Уговор о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНР Југославије и СССР, *Службени лист ФНРЈ, додаток бр. 5* (1963).

Уговор о правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике, *Службени лист ФНРЈ – додаток бр. 8* (1961).

Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске, *Службени лист ФНРЈ – додаток бр. 1* (1957).

Mirko Živković, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

***On the Application of the Hague Protocol on the Law
Applicable to Maintenance Obligations in Private
International Law of the Republic of Serbia***

Summary

This article deals with the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations (2007), which is a new source of Private International Law (PIL) of the Republic of Serbia. The Republic of Serbia ratified this Protocol in early 2013 and it entered into force on 1st August 2013. The recognition of this international instrument has brought significant changes in the Serbian PIL in the field of conflict of laws, particularly in terms of the conflict rules governing the subject matter of maintenance. Thus, the conflict rules contained in the 1982 Act on Resolving the Conflict of Laws with other Countries have been repealed; some provisions of the existing bilateral contracts which are binding for the Republic of Serbia have also been voided.

In this article, the author analyses the legal solutions envisaged in the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations, pointing to their specific features and dilemmas which may arise in practice. The basic idea underlying this article is to make the legal practitioners more familiar with the Protocol provisions and their prospective implementation. It is important because the envisaged legal solutions are substantially different from the earlier solutions; upon a detailed comparison of some former and new solutions, legal practitioners who encounter these rules for the first time may find them complicated to apply. The author also emphasizes the importance of the fact that, as soon as the Protocol entered into force, Serbia has unified its conflict rules in the matter of maintenance obligations with the respective conflict rules in (almost all) EU Member States.

Key words: maintenance obligations, applicable law, the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations

Др Слободанка Константиновић Вилић,
Редовна професорка Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.9:305

Рад примљен: 30.09.2013.

Рад прихваћен: 14.11.2013.

ФЕМИНИСТИЧКА КРИМИНОЛОГИЈА: ТЕОРИЈСКИ ОКВИР О РОДНИМ ОБЕЛЕЖЈИМА КРИМИНАЛИТЕТА¹

Апстракт: *Феминистички оријентисани аутори/ауторке критикују класичну криминологију због недостака родне анализе у сагледавању феноменолошких и етиолошких објашњења криминалитета. Криминолошка објашњења криминалитета дуго су се заснивала на теоријским поставкама које су се односиле на мушке преступнике јер су они преовлађивали у укупном броју извршилаца кривичних дела. До седамдесетих и осамдесетих година прошлог века проучавањем криминалитета су се бавили углавном мушкарци и проучавање криминалитета жена у оквиру класичне криминологије представљало изузетак, неку врсту специфичног криминалитета. Феминизам, као значајан део друштвене, политичке и филозофске мисли, није заузимао посебно место у конвенционалној криминолошкој литератури. Због тога су многа криминална понашања чије су жртве жене остала ван криминолошких проучавања или су проучавана на начин који је одговорност преносио на жртву, често више окривљујући њу него учиниоца за оно што јој се догодило (силовање, сексуално узнемиравање на радном месту, насиље у браку и породици). Циљ овог рада је да укаже на развој феминистичке криминологије, основна теоријска објашњења везана за родни приступ криминалитету и допринос феминистичке криминологије другачијем, нестереотипном сагледавању криминалитета заснованом на истраживању значења и природе родних релација.*

Кључне речи: *феминизам, криминологија, родни приступ, криминалитет, криминализација, виктимизација.*

boba411@gmail.com

1 Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске Уније“ бр.01-1523/24-2013 од 4.7.2013. који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

1. Увод

У раду Кристине Вилијамс (Williams, 2000:9) академски феминизам је описан као „општи приступ разумевању статуса жена у друштву“. Упркос различитим теоријским ставовима, сви феминистички оријентисани аутори/ауторке имају исти циљ изучавања: разумевање узрока родне неравноправности и заступање покрета за оснаживање жена. У оквиру феминистичке криминологије посебно се разматрају теоријски оквири родне неравноправности и других неравноправности, које произилазе из припадања одређеној раси, националности, класи или годинама. За разлику од mainstream криминолошких анализа криминалитета жена, феминистичке криминолошке анализе, поред криминолошких теорија криминалитета, имају као полазну тачку теорије рода и критички приступ родним животним ситуацијама жена и мушкараца (Daly, 1998:86).

Јединствена дефиниција феминистичке криминологије не постоји због тога што је немогуће обухватити широк спектар питања која она изучава. Једна од првих дефиниција указивала је на то да се феминистичка криминологија односи на онај део криминолошког истраживања и теорије које изучавање криминалитета и кривичног правосуђа посматра у оквиру друштвених ставова системски обликоване родним односима (Miller, Mullins, 2006:217). У свом познатом раду „Феминизам и криминологија“ Daly и Chesney-Lind (Daly, Chesney-Lind, 1988:504) пишу о „родно свесној криминологији“, наглашавају значај примене феминистичког дискурса на криминолошке анализе и наводе пет обележја који феминистичку криминологију разликују од традиционалног криминолошког приступа. Најпре се полази од констатације да род није природна чињеница, већ комплексан друштвени, историјски и културни производ, који не проистиче из биолошких полних разлика и репродуктивних капацитета. Друго обележје је да род и родни односи уређују друштвени живот и друштвене институције на фундаменталан начин. Следеће обележје полази од тога да родни односи и конструкција мушкост/женскост нису симетрични, већ се заснивају на организационом приступу мушке супериорности и политичко економске доминације над женама. Из овог обележја произилази да системи знања рефлектују мушке погледе природног и друштвеног света – продукција знања је родна. Последње обележје феминистичке мисли је да жене треба да буду у центру интелектуалног истраживања, не на периферији, невидљиве, додаци мушкарцима. Савремени феминистички истраживачи теже ка томе да повежу обележја расног, класног и родног унетавања, препознајући да се женска искуства рода разликују у складу са њиховом позицијом у расним и класним хијерархијама (Miller, Mullins, 2006:218).

Посебна пажња у криминологији посвећена је феминистичкој критици конвенционалних теорија због тога што су у својим објашњењима потпуно изоставиле жене извршитељке кривичних дела наводећи као разлог за то знатно мање учешће жена у општем криминалитету од мушкараца. Криминолошке теорије генерализују објашњења криминалитета полазећи од тога да теорије које настају на основу проучавања мушкараца могу да објасне и криминалитет жена и жене преступнице, док теорије које настају на основу студије о женама не могу да се примене код мушких делинквената. Друга критика се односи на теорије које се заснивају на уверењима о фундаменталним разликама између мушкараца и жена и повезаности ових особина са криминалитетом. Стереотипна схватања о томе да су мушкарци реалнији, активнији, агресивнији, насупротив женама које су емоционалније, пасивније и слабије представљају основу за објашњење криминалитета индивидуалним факторима. При томе, раније теорије о криминалитету жена фокусирају се на факторима поремећаја личности и емоционалној неприлагођености (Miller et al. 2006:218). Нова теоријска објашњења у оквиру феминистичке криминологије приликом сагледавања узрока криминалитета не потенцирају родне разлике на индивидуалном нивоу, већ настоје да препознају и објасне варијације у оквиру рода које су резултат структурних позиција, као што су раса, класа и године. Посебна пажња се посвећује објашњењу утицаја родне хијерархије, моћи и родне неравноправности на криминалитет уз наглашавање да је кључна тачка за разумевање и реаговање на жене преступнице разумевање њиховог статуса као жртва криминалитета.

2. Ранија објашњења криминалитета жена

У време када су се криминологијом углавном бавили мушкарци, криминалитет жена се често наводио као фуснота у радовима о мушком криминалитету који су представљани као радови о криминалитету уопште. Одсуство жена из ове области имало је за последицу и то да су многа криминална понашања чије су жртве жене остала ван криминолошких проучавања или су проучавана на начин који је одговорност преносио на жртву често више кривећи њу него учиниоца за оно што јој се догодило (силовање, сексуално узнемиравање на радном месту, насиље у браку и породици). И најзад, бављење криминологијом од стране мушкараца довело је и до игнорисања улоге закона и понашања органа друштвене контроле (полиција, тужилаштва, судије, затвори) како у криминализацији тако и у виктимизацији жена (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, 1998:277).

Прве криминолошке теорије нису посебно објашњавале криминалитет жена и полазиле су од тога да углавном исти фактори условљавају криминалитет жена и мушкараца, стим што је у оквиру криминалитета жена више наглашена биолошка и психолошка компонента. Жене су посматране као сексуални објекти за задовољавање физиолошких, психолошких и социјалних потреба мушкараца, а сексуалност је представљала узрок свих женских понашања, па и криминалног. Међутим, разматрања и анализе криминалитета жена показала су да криминалитет жена заслужује много већу пажњу научне и стручне јавности. Међу писцима који су покушавали да објасне криминалитет жена не постоји сагласност у схватањима о факторима који условљавају овај криминалитет. Једина чињеница коју сви прихватају је статистички доказана мања стопа криминалитета жена од криминалитета мушкараца (Cremet, 1974:23), као и тврђење да, ако је криминалитет у целини загонетка, онда је још парадоксалнији и необјашњивији развој женског криминалитета (Lange, 1970:16).

Међу теоретичарима који су покушали да објасне због чега постоје разлике између броја кривичних дела која врше мушкарци и оних која врше жене, као и узроке криминалитета жена, постоје разлике у схватањима. Тако је могуће издвојити неколико група схватања према основној оријентацији теоретичара који су их заступали.

Прва група обухвата биолошко психолошка схватања чији су заступници Lombroso, Exner, Mezger, Sauer, Middendorf и други. Ломброзо (Lombroso/Ferrero, 1894:408), представник антрополошке теорије, на основу антропометријских мерења, створио је концепцију „рођене преступнице“ и „рођене проститутке“. Он је вршећи аутопсије доказивао да су неке жене на основу структуре костију лобање и других физичких карактеристика предодређене за вршење одређених типова злочина. „Рођена преступница“ представља двоструки изузетак: као преступник и као жена, она је чудовиште грешно и безочно.² Концепција Ломброза о рођеној преступници и проститутки претрпела је критике у склопу критика концепције о рођеном злочинцу, али је такође критиковано Ломброзово тврђење да се старије проститутке криминално понашају (Константиновић Вилић, 1986:9).

Биолошким факторима се објашњавао криминалитет жена истицањем њихове слабије телесне конституције за вршење деликата насиља, постојањем генеративних фаза и мањим нивоом хормона андрогена. Ова

² Ломброзо је истицао проституцију жена као еквивалентну замену за криминалитет жена, као и то да је мање учествовање жена у злочину само привидно, јер, када би се случајеви проституције додали бројкама женског злочина, те бројке би достигле и престигле криминалитет мушкараца. Жене кроз различите форме проституције, која није у свим облицима кажњива, врше деликте против својине, најчешће преваре и крађе.

схватања су критикована и то нарочито она која су истицала да је мања телесна снага жена разлог за мање вршење кривичних дела. Противници ових схватања су истицали да је агресивност могућа без снаге тела, да недостатак физичке снаге замењује примена технике и да се ознака „снажан провалник» више не примењује у свом стереотипном значењу јер провале могу да буду извршене и без нарочите телесне снаге и величине тела.

Психолошким факторима се објашњавао криминалитет жена истицањем типичне „женске пасивности» насупрот мушкој активности, мање агресивности, веће плашљивости, осећања зависности и беспомоћности, веће емоционалности, слабог самопоуздања. Према психолошким схватањима „женска пасивност» објашњава мање учешће жена у деликтима који се одликују агресивним нападом и активношћу; женска „тенденција ка непоштењу» повезује се са релативно великим уделом жена у клеветању, лажном оптуживању и убиствима отровом; велика „женска емоционалност» пружа објашњење за вршење увреде као сопствене форме напада жена и повећане раздражљивости (Константиновић Вилић, 1986:10). Представник психоаналитичке теорије у криминологији Сигмунд Фројд тврдио је да криминалитет жена произилази из њихове жудње и зависти због тога што не поседују мушки полни орган. Фројд је тврдио да је девијантна жена жена која жели да буде мушкарац и да ће због тога завршити као неуротична. Веровао је да су жене сексуалне мазохисткиње и да могу уживати само уз бол (Пекић, 2013:178).

Свакако треба поменути и Ото Полака који је такође покушао да објасни криминалитет жена дистанцирајући се од апсолутног биолошког детерминизма. Узроци криминалног понашања жена, према тврђењу Полака, морају се тражити у повезаности између биолошких и културних детерминација јер криминалитет жена представља одраз њихове биолошке природе у датој културној средини.³ Улога жене као домаћице и мајке, сматрао је Полак, служи да сакрије њихове криминалне подухвате (Pollak, 1950:167). На основу схватања о „маскираној» слици женског злочина, развила се социолошка теорија етикетирања (labeling theory), према којој је криминалитет жена квантитативно мање етикетиран јер социјалне контролне инстанце кажњавања и гоњења нису реаговале на „примарну» девијацију код жена и биле су разбијене пред неоткривеним криминалитетом жена. Статистичким подацима о квантитативној слици криминалитета жена замера се да нису довољно тачни због постојања

3 Исти аутор је истакао „маскирани карактер женског злочина», који се састоји у томе да жена само привидно врши мање кривичних дела од мушкараца, она је способна да своје преступе прикрије, ретко долази пред суд ради осуде а њен се злочин тешко открива јер делује као подстрекач и помагач а мање као извршилац.

велике „тамне бројке“ у женском криминалитету, нарочито код побачаја који над собом врши сама жена, убиства детета при порођају и крађе из робних кућа (Константиновић Вилић, 1986:11).

Криминалитет жена је био сагледан и у радовима који су криминалитет објашњавали социјално економским факторима (Садерланд, Каван, Колдвел, Етјен де Греф, Наполеоне Колајани и др.). Према присталицама ових схватања, криминалитет жена се објашњава различитим положајем мушкараца и жена у друштву јер су жене искључене из друштвеног живота и мало имају прилике за вршење кривичних дела за разлику од мушкараца. Бонгер је упоредио жену у социјалном простору са биљком у стакленој башти од које је уклоњен сваки утицај који води до деликта. Феномен женског криминалитета за Садерланда је искључиво продукт социјалне несамосталности жене и он је различит унутар различитих култура, држава и региона у државама. Као доказ за ово тврђење Садерланд је наводио да у земљама у којима жене уживају највећу слободу и равноправност са мушкарцима стопа женског криминалитета показује тенденцију приближавања стопи мушког криминалитета. Слично је у већим градовима где је друштвени положај жене ближи положају мушкараца него у мањим градовима. Социолошки оријентисана схватања често наводе еманципацију жена, која се посматра веома уско и везује за запосленост жена, као веома значајан фактор повећања криминалитета жена. (Константиновић Вилић, Петрушић, 2010:329).

Постоје теоретичари који су указивали на истовремено деловање биопсихичких и социјално економских фактора на криминалитет жена (Ханс фон Хентинг, Мејбл Елиот, Селиг, Хагеман и др.). Хентинг је истицао да је злочин „типично мушка реакција“ и да на криминално понашање жена утичу биолошке и психолошке особине заједно са социјалним и економским факторима.

Мејбл Елиот је сматрала да ситуација наводи жене на вршење кривичних дела, да је главно објашњење за неслагање квоте криминалитета између мушкараца и жена у посебним карактеристикама њиховог начина живота, да је разлог постојања мањег броја преступница у томе што је просечна жена мање изложена сукобима између својих етичких вредности, начина живота и постизања својих циљева него што је то случај са просечним мушкарцем (Mabel Elliott, 1962: 170-171).

Наведена теоријска схватања о криминалитету жена у оквиру конвенционалних криминолошких теорија разликују се од феминистичких теорија које су настојале да објасне брачно и партнерско, као и сексуално насиље према женама. Већина теорија се заснивала на једностраном објашњењу

криминалитета индивидуалним факторима и особинама жена, као и стереотипним улогама жена у друштву.

3. Различити правци у феминистичкој криминологији и феминистичке теорије

Веће укључивање жена теоретичарки и истраживачица у криминолошка изучавања почиње седамдесетих и осамдесетих година прошлог века. Њихов допринос је значајан како у теорији (објашњења узрока криминалитета) тако и на плану епистемологије (науке о сазнању), методологије (начина сазнавања криминалитета) и практичне борбе против криминалитета (аутономне женске организације - СОС телефони, склоништа за претучене жене, саветовалишта за жртве инцеста и др.). У све наведене области унет је критички став према дотадашњем начину сазнања и објашњењу криминалитета. Феминистичка критика се развила у оквиру три сегмента криминолошког проучавања: криминалитет жена, насиље над женама и виктимизација жена. Међу првим феминистички оријентисаним ауторкама, које су у оквиру криминологије, учиниле видљивим жене криминалке биле су Adler, Simon, Carlen и Biron, док су се женама жртвама бавиле Bowker, Pizzey, Dobash/ Dobash указујући и на институционализовани сексизам у оквиру криминолошке теорије, политике и праксе.

Први феминистички оријентисани радови у криминологији (Адлер, Симон, Хенсон) тражили су узроке различите заступљености мушкараца и жена у криминалној популацији у друштвеној неједнакости мушкараца и жена. Истицало се да еманципација жена и феминизам утичу на пораст криминалитета жена и повећање учешћа насилних кривичних дела у оквиру њега. Суштину овог погледа на криминалитет жена чини аргумент једнаких могућности (*equal opportunity argument*) по коме се са омогућавањем већег приступа жена позицијама које су дуго времена биле резервисане само за мушкарце повећава њихова изложеност могућностима да постану учиниоци кривичних дела (Константиновић Вилић et al., 1998: 278).

Ови ставови оштро су критиковани од стране бројних ауторки, које су писале о томе да је покрет за женска права напосто «прелетео» изнад незапослених и сиромашних жена и жена које припадају мањинама којима углавном припадају криминалке. Те жене не само да нису добиле већа права и могућности, већ су суочене са још тежом борбом за егзистенцију. Структура кривичних дела која врше жене, а која и даље одражава њихову традиционалну улогу у друштву представља добар показатељ да

је еманципација жене имала слаб утицај на криминалитет жена. Наиме, жене и даље врше ситна имовинска кривична дела која одражавају њихов положај ситних потрошача. Случајеви телесних повреда и убистава која врше жене такође рефлектују њихово место у друштву, с обзиром на то да се врше углавном према мужевима, љубавницима и деци (Константиновић Вилић et al., 1998: 278).

Феминистичке теорије о насиљу над женама у браку полазе од односа моћи у друштву и његове узроке налазе у неједнакој моћи мушкарца и жене како на нивоу глобалног друштва тако и у личним, односно брачним односима. Међу феминистичким психолошким и психосоцијалним објашњењима насиља према женама у браку насталим као реакција на психолошке теорије, које су брачно насиље према женама објашњавале урођеним женским мазохизмом, посебно су значајне теорија «научене беспомоћности», теорија „циклуса насиља“ (Walker, 1977/78: 525) и теорија «преживљавања» (Goudorf, Fisher, 1988:85). Од феминистичких теорија које настоје да насиље над женама у браку објасне социолошким теоријама, истичу се оне која узроке сагледавају у патријархату, економској зависности жене од мужа, класној и расној припадности жене која условљава њен друштвени положај и услове живота (Николић Ристановић, 2011:342).

Објашњење сексуалног насиља према женама заузима у феминистичкој литератури значајно место. Силовање, као најтежи сексуални деликт, дефинисано је као сексуални акт кога жена не жели, који је против њене воље. Истиче се да је силовање акт агресије и насиља, најдрастичнији облик опресије жене који није у пракси на одговарајући начин осуђен и кажњен. Овај акт агресије мотивисан је непријатељством према женама и жељом да се жена понизи или да се покаже контрола над њом. Потврда мушке контроле се показује кроз сексуално понижавање жене. Силовање служи да се овековечи неједнака расподела снага и моћи између мушкарца и жене и да се све жене држе у страху. Како је одлично приметила Susan Brownmiller (Brownmiller, 1974:15): «силовање није ништа више ни мање него свесни процес застрашивања путем којег сви мушкарци држе све жене у стању страха и на тај начин их контролишу.» Осим тога, феминистичка критика је разоткрила различите митове и предрасуде који се уобичајено везују за силовање. Једне се односе на мушкарце (силовање је спонтани чин задовољења нагона на лицу места, мит о неукротивом мушком нагону, силоватељ је психички болесник, односно сексуални манијак, мит о вршењу силовања од стране мале групе психопата, силоватељ је пијан или дрогиран, он је непознато лице), а друге на жене (веровање да жене постижу задовољство кроз бол и понижење - мит о женском мазохизму, веровање да жене у ствари прижељкују да буду силоване, мит о кривици

или подељеној одговорности жене - жена је одговорна колико и силоватељ јер силовања не би било да и она није својим изгледом или понашањем томе допринела; добре девојке нико не силује; жена не може бити силована против своје воље).

Феминистичка истраживања сексуалног насиља над женама обухватају не само друштвене узроке овог облика насиља, већ и критику неадекватне друштвене реакције и стигматизација жртве силовања. Узроци сексуалног насиља сагледавају се у доминирајућим обрасцима односа међу половима у патријархалном друштву.

У оквиру феминистичких теорија развиле су се и *теорије родних улога* које доводе у везу родну социјализацију, родне улоге, мушки и женски идентитет и на тај начин спајају радикални и социјалистички феминизам. Аустралијски социолог Robert Connell (Connell, 1987:187) разрадио је *теорију хегемонске мушкости и наглашене женствености*, према којој хегемонску мушкост карактерише плаћени рад, подређеност жена и девојака мушкарацима, хетеросексизам и снажан мушки сексуални нагон који се на може контролисати, укључујући понашање којим се остварује ауторитет, контрола и агресивност. Наглашена женственост је описана као сексуална пријемчивост младих жена и материнство када се ради о старијим женама. Амерички криминолог James Masserschmidt заступао је теорију *структуриране акције* у оквиру које је навео три специфичне друштвене структуре са наглашеним односима жена и мушкараца: родна подела рада, родни односи моћи и сексуалност (Николић Ристановић, 2011:344). Још једно теоријско схватање је понуђено за осветљавање родних релација – анализа рода као ситуационог остварења, по коме је род много више улога или индивидуална карактеристика, односно механизам на основу кога ситуационо друштвено деловање доприноси репродукцији друштвене структуре (West, Fenstermaker, 1995:21). Нека феминистичка истраживања су настојала да објасне разлике у криминалитету жена и мушкараца тиме да је криминалитет „извор за остварање рода“, друга су пручавала род као извор криминалитета, а има и таквих која повезују комплексне односе између родних структура, друштвених пракси и идентитета (Miller et al. 2006:225).

4. Основна питања mainstream криминолошких истраживања рода и феминистичка истраживања

Главна мејнстрим (mainstream) криминолошка истраживања рода усмерена су на два питања: могућност генерализације и проблем родних пропорција или родне размере у обиму криминалитета (Miller et al. 2006:225).

Теорије које су створене да објасне зашто људи постају криминалци односе се на мушкарце и представљају заправо теорије о томе *зашто се мушкарци појављују као криминалци*. Све док се нису појавила феминистичка истраживања, претпостављало се да су теорије родно неутралне и да се могу применити и на мушкарце и на жене. У складу са препознавањем рода као структурног обележја друштва, феминистички оријентисани аутори/ауторке су експлицитно поставили питања: „Да ли се теорије о криминалитету мушкараца примењују на жене? Да ли логика таквих теорија може бити модификована тако да обухвати жене? ” (Daly et.al. 1988: 14). Мејнстрим теоретичари траже објашњења криминалитета која се могу генерализовати и за мушкарце и за жене, што са феминистичког гледишта представља недостатак јер се због огромне разлике у обиму криминалитета и стопи криминалитета мушкараца и жена не може констатовати да постоји општи етиоплошки процес. То значи да је немогуће вршити генерализацију, већ је потребно испитати како различити макро и микро криминогени фактори утичу на појаву криминалитета код различитих родова, имајући у виду искуства жена и искуства мушкараца. Због родне природе мушких и женских живота, поједини криминогени фактори имају различита значења и имају различите последице за мушкарце и жене.

Родна пропорција криминалитета (*the gender-ratio of crime*) значи утврђивање разлога за различиту стопу криминалитета жена и мушкараца. Поставља се питање због чега су мушкарци склонији криминалитету него жене и шта објашњава ове родне разлике (Daly et.al. 1988: 515). Ова питања су усмеравала стручњаке ка томе да обрате пажњу на родне разлике и неравноправности и да развију теорије које могу објаснити варијације у женском и мушком преступништву. Традиционални и мејнстрим приступи објашњавају разлике између криминалитета жена и криминалитета мушкараца стереотипним идејама дихотомне родне разлике и третирају род као индивидуалну особину. Ова схватања се критикују због тога што се род не разматра као кључни елемент друштвене организације и не узима у обзир разлике у односу на расу, класу и године. Разлике у трендовима криминалитета за нека кривична дела показују да нема униформне или статичне родне пропорције преступништва и да тако диференцијални јаз међу преступима остаје важно место за испитивање. То значи да је приликом утврђивања родних разлика у феноменолошким и етиолошким обележјима криминалитета жена и мушкараца неопходно је сагледавање различитих друштвених услова живота мушкараца и жена обликованих расном и класном неравноправношћу и различитим друштвеним позицијама једних и других.

Daly (Daly et. al., 1998: 95) је у оквиру феминистичког проучавања установила три важне области за анализу односа рода и преступништва: *родни путеви*

ка кршењу закона (који фактори који доводе до преступништва мушкараца и жена и на који начин су они родни), *родни криминалитет* (карактеристике мушког и женског преступништва и на који начин су они друштвено организовани), *родни животи* (како се у оквиру рода организује дневни живот, како род структурира расположиве токове деловања и идентитета и како се ова искуства прожимају са криминалитетом).

На основу биографских података и искустава жена о виктимизацији и преступништву у феминистичким радовима, почев од раних деведесетих година прошлог века па надаље, констатовано је да рана виктимизација девојака ствара добар основ за њихово девијантно и криминално понашање (злостављање у породици доводи до бекства из куће, проституције, наркоманије, криминалитета) као стратегију преживљавања (Chesney-Lind i Pasko, 2004: 5). Daly наглашава да овај „водећи сценарио женског кршења закона” (Daly 1992: 136) треба да се прошири и на друге важне аспекте живота жена и девојака који их стављају у ризик од преступништва, укључујући друге манифестације родне неравноправности (расне и економске маргинализације, искуства у школи, структурну дислокацију и сл.). У студији о малолетничким бандама, на основу квалитативног истраживања, анализирани су ризици за укључивање младих девојака у банде и констатовано је да је ранија виктимизација важан ризик за улазак у банде, што представља средство бекства од угњетавајућих патријархалних породичних услова (Joe i Chesney-Lind, 1995:420, Miller, 2001: 58).

Студија која значајно подиже стандарде за квантитативна истраживања рода „*The Gendering the Violent Delinquency*”, аутора Heimer i DeCoster, разматра два кључна теоријска проблема од интереса за феминистичке криминологе: варијабилност у употреби насиља у оквиру рода (*within gender*) и варијабилност у насиљу код различитих родова (*across gender*). Полазећи од теорије диференцијалне асоцијације, Heimer i DeCoster приказују један комплексни теоријски модел криминалитета насиља као резултат родне неравноправности базиран на издиференцираним искуствима младих жена и младих мушкараца. Посебно се фокусирају на однос између друштвене структуре и културе и истичу да се различите друштвене структурне позиције – базиране на роду, раси и друштвеној класи, могу посматрати у два значајна културна процеса: породична контрола и вршњачка удружења (групе). У погледу породичних контрола, Heimer i De Coster разликују два типа породичне контроле која различито делује на мушкарце и жене: директна и индиректна родитељска контрола⁴

4 Директна родитељска контрола обухвата надзор и принудну дисциплину, док индиректна настаје на основу емотивне привржености породици. Индиректна контрола која настаје на основу емотивних веза са породицом примарна је када је у

(Miler et al., 2006: 231). Разматрајући утицај вршњачких група констатују да је већа вероватноћа да дечаки буду изложени пријатељима који имају агресивне активности и нормама које погодују насиљу. Родне дефиниције, ставови и уверења (традиционална веровања о правилном понашању мушкараца и жена, мушкости и женскости, која наглашава пасивност, неагресивност и физичку и емотивну слабост жена) имају директан утицај на вероватноћу да жене учествују у вршењу насиља (Heimer i De Coster 1999: 283).⁵

Значајну област развоја феминистичке криминологије чине истраживања о родној друштвеној организацији и ситуационим контекстима криминалитета. Род се посматра као потенцијално свеопште релевантан за друштвено понашање, а ситуациона родна очекивања и родне структуре обликују криминалне догађаје. У овим истраживањима посебно је наглашена „нејасна граница” између виктимизације и преступништва. Сматра се да је основни ризик за касније учешће у криминалитету искуство виктимизације и да је виктимизација кључни ситуациони фактор у основи криминалитета. Ова повезаност је најочигледнија у феминистичким анализама жена које убијају своје насилне супруге, где је насиље које врши жена условљено не само дугим серијским злостављањем, већ и кулминирајућим инцидентом виктимизације. Такође се наводи и један посебан облик преступништва жена, који се састоји у крађи новца од клијената приликом пружања сексуалних услуга, што је несумњиво повезано са отпором према повећаној виктимизацији жена и смањењу цене на сексуалном тржишту (Maher, Curtis, 1992: 246). Mullins и Wright су открили да су жене више него мушкарци осетљивије на реаговање породице на њихово преступништво, што значи да су подложније утицају неформалне друштвене контроле (Mullins, Wright, 2003: 832).

Треба поменути још једну важну област феминистичког истраживања у криминологији. Ради се о родној природи мушког преступништва и проучавању криминалног понашања мушкараца у контексту родних теорија. Изнијансиране везе између маскулинитета и насиља сагледане су у оквиру: расног и етничког идентитета, ауторитета или моћи мушкараца и потребе да се изгради и одржи родна репутација „лоших момака“ (Miller et. Al., 2006: 237).

питању понашање девојчица, док директна контрола има већи утицај на смањење делинквенције дечака.

5 Закључак овог истраживања је да је „криминалитет насиља родно одређен на различите начине, да је адолесцентно насиље производ родних искустава и да су родне разлике у насиљу укорене у разликама у моћи“.

Концепт *родних живота (gendered lives)*, који је објаснила Daly (Daly et al., 1998:98) односи се на испитивање значајних разлика између жена и мушкараца у начинима на који доживљавају друштво. У поређењу са другим аспектима феминистичке криминологије, овај правац захтева систематску пажњу усмерену према анализи рода, много више него према анализи криминалитета („пре него да се анализира род као корелат криминала, треба анализирати криминал као корелат рода.“). У студији „*Sexed Work*“ ауторке Maher (Maher, 1997:54) описано је систематско истраживање родних живота, засновано на етнографији и дубинским интервјуима са женама које тргују дрогом на локалном нивоу.⁶ Критикујући феминистичка истраживања по којима „кршење закона од стране жена представља симптом њихове виктимизације“, Maher наглашава да потенцирање виктимизације жена негира њихово деловање и приказује жене као пасивне и зависне.

5. Закључак

Феминистичка криминологија се појавила у време великих друштвених промена и промена у свести људи током седамдесетих година прошлог века и данас представља један значајан теоријски приступ и легитиман теоријски правац у криминологији. За криминологију је појава феминистичких теорија посебно важна због тога што је отворила многа питања, која до тада нису разматрана, а од одлучујућег су значаја за превенцију криминалитета оба пола. Први феминистички оријентисани радови и истраживања у криминологији показали су да су жене подједнако важне приликом научног проучавања криминалитета као и мушкарци. Велики број савремених феминистичких теорија у криминологији помогао је бољем разумевању жене као извршитељке кривичних дела, жртве и представнице система кривичног правосуђа. Феминистичке теорије у криминологији не само да указују на родну неједнакост, већ и на дискриминацију у погледу расе, година, националности, религије, физичке способности, сексуалне опредељености и сл. Осим тога, феминистичке теорије су дале нова објашњења сексуалног насиља, сексуалног узнемиравања и насиља у породици, посебно друштвено опасних типова криминалитета, чије су жртве углавном жене.

⁶ Истраживање је показало да постоји ригидна родна подела рада у трговини дрогом уличног нивоа, обликована на расним основама, у којој су жене „у јасном неповољном положају у односу на мушкарце“. Због тога што су искључене из профитабилним могућности, жене се опредељују за „сексуални посао“ као једну од мало опција које су одржива у зарађивању новца.

Фузија родних теорија са криминолошким теоријама унапредила је разумевање комплексних начина на које се род повезује са криминалитетом. Централне теме феминистичке криминологије, као што су пропорције рода, родни путеви, родни криминалитет и родни животи, представљају главне теоријске и емпиријске правце. Такође, све већи број студија је усмерен према односу маскулинитета и криминалитета, наглашавајући ситуационе контексте и општу комплексност родних релација са криминалитетом. Посебну пажњу треба посветити оним феминистичким истраживањима која анализирају искуства жена која воде ка криминалном понашању и која указују на потребу суштински важних промена у превентивним и интервентним програмима. Због тога је веома важно даље развијати феминистичка знања у оквиру криминологије, упознавати ширу научну и стручну јавност са њеним концептима и примењивати резултате истраживања у пракси полиције, тужилаштва, судова и других државних органа и институција.

Литература

- Brownmiller, S. (1974). *Against our will: Men, Women and Rape*. New York, Fawcett Columbine.
- Gondorf, E., Fisher, E. (1988). *Women as Survivors*, Lexington Books.
- Daly, K., Chesney-Lind, M. (1988). *Feminism and Criminology*. Justice Quarterly 5.
- Daly, K. (1992). *Women's Pathways to Felony Court: Feminist Theories of Lawbreaking and Problems of Representation*, Review of Law and Women's Studies, 2.
- Daly, K., Maher, L. (1998). *Criminology at the Crossroads: Feminist Reading in Crime and Justice*, Oxford University Press.
- Joe, Karen A., Chesney-Lind, M. (1995). *Just Every Mother's Angel*, Analysis of Gender and Ethnic Variations in Youth Gang Membership, Gender and Society 9.
- Константиновић Вилић, С. (1984). *Жене убице*, Градина, Ниш.
- Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В. (1998). *Криминологија*, Студентски културни центар, Ниш.
- Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н. (2010). *Жене, закони и друштвена стварност*, књ.2, Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш.
- Lange, R. *Das Rätsel Kriminalität*, Alfred Metzner verlag, Frankfurt am Mein, Berlin.

- Lombroso, C, Lombroso/Ferrero, G. (1894). *Das Weib als Verbrecherin und Prostituirte*, Hamburg.
- Mabel, E. (1962). *Злочину савременом друштву*, Веселин Маслеша, Сарајево.
- Maher, L. Curtis, R. (1992). *Women on the Edge: Crack Cosaine and the Changing Contexts of Street-Level sex Work in the New York City*, Crime, Law and Social Change, 18.
- Maher, L. (1997). *Sexed Work: Gender, Race and resistance in a Brooklyn Drug Market*, Oxford, UK Clarendon Press.
- Miller, J. (2001). *One of the Guys: Girls, Gang's and Gender*, New York: Oxford University Press.
- Miller, J., Mullins, Ch. (2006). *The Status of Feminist Theories in Criminology. Taking Stock – the Status of Criminological Theory*, Advancees in Criminological Theory, Vol. 15, Transaction Publishers New Brunswick, New Jersey.
- Mullins, Ch.W. Wright (2003). *Gender, Social Network's and Residential Burglary*, Criminology 41.
- Николић Ристановић, В. (2011). Род и насиље. У Ј.Милојевић и С.Марков (Прир.), *Увод у родне теорије*(стр.337-346), Нови Сад, Универзитет у Новом Саду, Центар за родне студије, Mediterran Publishing.
- Пекић, Ј. (2013). Феминизам и криминологија. Родне улоге у изучавању феномена криминалитета. У Д.Арсенијевић, Т.Флессенкампрог (Прир.) *Којег рода је сигурност* (стр.171-192), Сарајево, Сарајевски отворени центар.
- Pollak, O. (1950). *The criminality of women*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Heimer, K., De Coster, S. (1999). *The Gendering of Violent Delinquency*, Criminology 37.
- Connell, R.W. (1987). *Gender and Power*, Stanford, CA, Stanford University Press.
- Cremer, C.G. (1974). *Untersuchungen zur Kriminalität der Frau*, Kriminalwissenschaftliche Abhandlungen, Band 7, Verlag Max Schmidt-Rönhild, Lübeck.
- Chesney-Lind, M. Pakso, L. (2004). *The Female Offender*, 2nd ed. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Walker, L.(1977/1978). *Battered Women and Learned Helplessness*, Victimology 3-4.
- West, C., Fenstermaker, S. (1995). *Duing Difference*, Gender and Society, 9.
- Williams, Ch.L. (2000). *Preface*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science.

Slobodanka Konstantinović-Vilić, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

***Feminist Criminology:
A Theoretical Framework on Gender-based Crime***

Summary

Feminist criminology developed in the 1970s as a school of criminology which primarily sought to emphasize the lack of feminist explanations in criminology, feminist examinations of women's criminality and victimization. The basic task of feminist criminology was to make women visible in criminological and victimological researches, which were supposed to be "about women, done by women and for women". Biological determinism, which promoted the relationship between innate biological traits of women and women's criminality within the framework of classical criminological theories, was specifically criticized within the theory of feminist empiricism and standpoint feminism, which based their conclusions on the experience of women, primarily in relation to their victimization (sexual delinquency, marital violence). By using Foucault's analysis of power, feminist-oriented criminologists have highlighted that different strategies for the oppression of women's bodies (ranging from ideological images of femininity in classical criminology to specific procedures of constraint and bodily control) are of paramount importance in maintaining hierarchical social relations. The feminist discourse in criminology, which has been most influential in the USA, has changed over time and extended to examining criminality in terms of the issues of gender, race, age, nationality, religion, physical abilities, sexual orientation and other differences which can serve as a basis for discrimination. Further development of feminist criminology is aimed at informing a wider public about its basic tenets, particularly in relation to the victimization of women, as well as its wider application in the police, prosecution, courts and other institutions dealing with women's criminality and the protection of female victims of violence.

Key words: *feminism, criminology, gender approach, criminality, criminalization, victimization*

Др Војислав Ђурђић¹,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Марко Трајковић²,
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.1

Рад примљен: 30.09.2013.
Рад прихваћен: 13.11.2013.

О ИСТИНИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: У раду се излаже о утврђивању истине у кривичном поступку. Као основа за поимање истине изложена су епистемолошка и процесноправна гледишта о утврђивању чињеница у кривичном поступку. На бази анализе различитих гледишта о субјектима који утврђују чињенице у кривичном поступку, аутори се приклањају монистичком учењу, које оцењују да више одговара процесној стварности него плураистичко. Суштина је овог учења да суд утврђује чињенице важне за кривични поступак, а не странке и други учесници поступка. Опречним теоријским гледиштима одговарају модели уређења кривичне процедуре у погледу истраживања и утврђивања истине. У мешовитом, континентално европском типу кривичног поступка, који је доминантно јавноправног карактера, истраживање истине о кривичној ствари је циљ кривичног поступка али не и једини, суд је одговоран за прикупљање и извођење доказа, а тзв. истражна максима га обавезује да утврђује истину у свакој кривичној ствари. Насупрот томе, адверзијални модел, који је у приличној мери реприватизован, представља спор равноправних странака пред судом, који је само пасивни арбитар, а циљ поступка је решавање спора а не утврђивање истине о кривичном догађају.

Кључне речи: чињенице, правне чињенице, чињенично стање, утврђивање чињеница, начело истине, инквизициона максима.

1 vojadj@gmail.com

2 trajkovicmarko@yahoo.com

1. Поимање чињеница

Гледишта о истини у кривичном поступку зависе од теоријског схватања и законског уређења утврђивања чињеница у овом судском поступку. Стога тумачење истине као циља кривичног поступка, али не јединог, претпоставља да се претходно теоријски детерминише појам чињеница, чињеничног стања и утврђивања чињеница, без којих није могућа експликација утврђивања истине о кривичном догађају. То је уједно логички след којим ће у даљем излагању бити објашњени ови основни појмови.

У теорији кривичног процесног права постоји схватање које одређени примат даје чињеницама које се утврђују у кривичном поступку, у односу на доказе којима се чињенице утврђују (Грубиша, 1963: 11-15 и Бауер, 1978: 21). Према том гледишту, докази су само средство за утврђивање чињеница, а истина само њихов атрибут, док је у поступку главна активност кривичног суда утврђивање „чињеничног стања“ неопходног за одлучивање. Тако гледано, дескрипција чињеница избија у први план.

За одређивање појма чињеница, теорија кривичног процесног права ослања се на дефиниције наука које се баве општом теоријом сазнања. У општој логици се чињеница дефинише као „*мисаоно-чулном делатношћу утврђено објективно-реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа*“ (Шешић, 1962: 620). Ово енциклопедијско значење чињеница чини се прихватљивим и за теорију кривичног процесног права (Стевановић, 1994: 191), али се у неким радовима уз појам чињенице који одређује логика додају и дефиниције процесноправне теорије (Радуловић, 2009: 148-149), док се у неким излагањима о чињеницама о појму чињеница и не расправља (Бејатовић, 2010: 286 и 287).

Као појам чињенице који даје теорија кривичнопроцесног права наводи се дефиниција: „Све те појаве у стварности, у којима се састоје увјети материјалнога кривичнога права за примјену кривичне санкције у конкретном случају и увјети процесног права за вођење кривичног поступка и вршење процесних радњи, називамо чињеницама“ (Бауер, 1978: 4). Овој дефиницији се може приговорити да се у кривичном поступку утврђују и чињенице које нису услови ни материјалног ни процесног кривичног права већ служе за доказивање тих услова, а такве чињенице нису обухваћене цитираном дефиницијом. Примера ради, скоро да нема поступка у коме се не утврђују чињенице индиције, а оне нису услов примене ни материјалног ни процесног кривичног права, већ служе за утврђивање других, правно релевантних чињеница за које кривични прописи везују примену норми кривичног или кривичнопроцесног закона. Отуда би се цитирано гледиште пре могло сматрати дефиницијом правних чињеница у кривичном

поступку, односно правно релевантних (тј. одлучних) чињеница, како се те правне чињенице означавају у кривичнопроцесној теорији.

Не спорећи вредност дефиниција које даје кривичнопроцесна теорија, сматрамо да енциклопедијски значај дефиниције чињенице коју даје логика, оправдава њену примену у свим научним областима па и у домену права и правне теорије, те је из тог разлога прихватљива и за теорију кривичног процесног права. Поред те дефиниције опште логике, за боље разумевање шта се сматра чињеницама у кривичном поступку, за дефинисање чињеничног стања и класификацију чињеница, треба још користити *појам правних чињеница* које даје општа теорија права. Правним чињеницама се означавају чињенице предвиђене у претпоставкама правних норми, *на основу којих настају, мењају се и престају правни односи* (за разлику од других чињеница) – (Лукић, 1995: 183; Митровић, 2010: 308). У судском силогизму, правне чињенице представљају доњи силогистички став (*premissa minor*), која је претпоставка за примену права и прописаних правних последица, што се у области кривичних прописа испољава у форми изрицања кривичне санкције.

2. Утврђивање чињеница или утврђивање чињеничног стања?

Утврђивање чињеница у кривичном поступку је сложена делатност јер су те чињенице најпре везане за догађај из прошлости који треба реконструисати да би суд донео одлуку има ли места примени материјалног кривичног права. Поред тих чињеница које су услов примене материјалног кривичног права и због тога повод кривичном поступку, разуме се, нужно је утврђивање и чињеница које су претпоставка за примену кривичног процесног права (једино се применом норми процесног права могу утврдити услови за примену материјалног кривичног права). Без утврђивања тих чињеница, било да су материјалноправно или процесноправно релевантне, не може бити суђења: правилна примена кривичног материјалног права као циљ кривичног поступка (тј. утврђивање да ли је дело кривично дело, да ли је окривљени учинилац и да ли се према таквом окривљеном по закону могу применити кривичне санкције), могућа је једино помоћу утврђивања чињеница (Стевановић, Ђурђић, 2006: 222).

Из овог реалног значаја извире и значај доктринарног дефинисања појма утврђивања чињеница. Утврђивање чињеница може се посматрати са аспекта опште теорије сазнања или као кривичнопроцесна установа, па су отуда могуће две дефиниције – епистемолошка и процесноправна. На нивоу појмовног одређивања, те две дефиниције не морају бити супротстављене и зато, апстрактно узев, није искључена могућност њиховог обједињавања.

Са епистемолошког становишта, утврдити неку чињеницу значи *уверити се да чињеница постоји или не постоји*. Чињенице се могу сазнати непосредним опажањем на основу сопственог искуства или посредно, логичким закључивањем. Наведена дефиниција утврђивања чињеница у хармонији је са теоријом кореспонденције о истини у кривичном поступку.

Има мишљења да зато што наведена епистемолошка дефиниција важи и за све процесне субјекте у кривичном поступку као што важи за све субјекте спознаје у другим људским делатностима, није потребно посебно разматрати судску спознају чињеница (Крапац, 1982: 107). То би значило да је непотребна процесноправна дефиниција утврђивања чињеница. Међутим, то што на чисто епистемолошком плану нема суштинских разлика у спознаји чињеница у кривичном поступку и изван њега, још не значи да нема потребе да се иста појава посматра и са правног аспекта. Пре свега, чињенично стање и с њим повезане друге важне чињенице, могу се утврђивати једино у кривичном поступку, не изван њега. Међутим, ни у кривичном поступку субјект који утврђује чињенице нема неограничено слободу избора извора и начина сазнања. Применом правног метода, утврђивање чињеница у кривичном поступку подлеже извесним ограничењима и забранама, јер исправно утврђивање чињеница важних за поступак (тј. утврђивање истине) није једина сврха процесних правила већ и заштита слобода и права субјеката поступка. Поједина правна правила која служе заштити гарантованих људских права и слобода у кривичном поступку, којима се осигурава правичност суђења, могу бити препрека да се сазнају чињенице важне за поступак, а ако се ипак чињенице сазнају противно правним забранама, сматраће се да правно не постоје и не могу се правно конвалидирати. Из реченог следи да поред чисто епистемолошке, постоји и правна страна утврђивања чињеница.

Такво уређење кривичног поступка којим се зарад заштите људских права и слобода, препречава пут сазнања чињеница важних за поступак, а чињенице сазнате из извора и на начин који су правно недопуштени, сматрају да правно не постоје (тј. да нису утврђене иако субјект сазнања може бити уверен да постоје), изискује процесноправну дескрипцију и дефиницију утврђивања чињеница.

Процесноправно гледиште не може бити изван дефиниције утврђивања чињеница које даје општа теорија сазнања. Међутим, шта се има сматрати утврђивањем чињеница са процесноправног становишта, зависи пре свега од схватања које се чињенице утврђују у кривичном поступку и од гледишта који процесни субјект или субјекти утврђују те чињенице. У извесном смислу, дефиниција утврђивања чињеница зависна је и од

регулативе и тумачења циља кривичног поступка: ако се поступак уреди тако да утврђивање истине није уопште циљ кривичног поступка (разуме се не једини), онда утврђивање чињеница поприма посве друкчију димензију – садржај и одлике утврђивања чињеница у том случају потребно је посматрати и тумачити саобразно тим другим циљевима кривичног поступка.

Од његовог покретања до коначног пресуђења кривичне ствари, у кривичном поступку се чињенице утврђују *с различитим степеном уверења*, зависно од фазе поступка и предмета одлучивања. У кривичнопроцесној теорији ти степени се означавају изразима „основи сумње“, „основана сумња“, „вероватноћа“ (или довољно основана сумња) и „извесност“ (или истинитост). За покретање кривичног поступка довољно је уверење органа поступка на нивоу основа сумње³ или основане сумње⁴ о делу и учиниоцу. За подизање оптужбе потребно је да постоји вероватноћа или „оправдана сумња“⁵ о делу и учиниоцу. Одлуке којима се кривични поступак окончава пред првостепеном судском инстанцом или у поступку по правним лековима, морају бити засноване на чињеницама које су утврђене са највишим могућим степеном уверења. Тај степен уверења потребан је и кад се у поступку одлучује о правима процесних субјеката.

У погледу начина утврђивања чињеница важних за поступак, постоје два гледишта. Према једном гледишту све чињенице се утврђују помоћу доказа (Грубиша, 1963: 12-13), али има и схватања да се чињенице важне за поступак утврђују на два начина – *непосредним опажањем и доказивањем* (Крапац, 2010: 403-406).

У кривичном поступку се утврђују три врсте чињеница – одлучне чињенице, чињенице-индиције и помоћне чињенице. Без утврђивања свих ових чињеница није могућа правилна примена материјалног кривичног права на конкретан кривични догађај. Зато се може рећи да *скуп свих важних чињеница* (одлучних, индиција и помоћних чињеница) представља *стање ствари*. То значи да је стање ствари шири појам који инволвира чињенично стање и све остале важне чињенице које се утврђују у кривичном поступку. За разлику од стања ствари, само *материјалне правно релевантне и процесне правно релевантне чињенице*, које се утврђују у кривичном поступку о једној конкретној кривичној ствари, у својој укупности чине *правно релевантно чињенично стање* (Бауер, 1978: 18). На утврђено чињенично стање суд примењује правне прописе кривичног материјалног и кривичног про-

3 Види чл. 295 ст. 1 тач. 1 ЗКП Србије.

4 Види чл. 275 ст. 1 ЗКП Црне Горе.

5 Види чл. 331 ст. 1 ЗКП Србије.

цесног права. Због тога се и сматра да је чињенично стање „скуп чињеница на на којима се непосредно заснива примјена материјалног или формалног кривичног закона у одређеном кривичном предмету“ (Грубиша, 1963: 15). Те чињенице на које суд непосредно примењују правне норме, у закону се означавају изразом „одлучне чињенице“. Отуда, уважавајући законску лексику, може се дати исто тако садржински исправна али далеко краћа дефиниција: *чињенично стање је скуп одлучних чињеница*.

Иако је ова трихотомија неспорна, тј. троеоба чињеница које се утврђују у кривичном поступку, у теорији кривичног процесног права, разлике се јављају приликом одређивања које чињенице се узимају у обзир приликом дефинисања појма „утврђивања“ чињеница, односно чињеничног стања.

Једни, посматрајући утврђивање чињеница са становишта теорије сазнања, узимају у обзир све три врсте чињеница и закључују да утврдити неку чињеницу значи уверити се да ли она постоји или не постоји, односно значи спознати њено постојање или непостојање (Бауер, 1978: 12). Други, посматрајући утврђивање чињеница са процесноправне стране, комплексну делатност „утврђивања“ везују само за одлучне (правно релевантне) чињенице и уместо дефиниције „утврђивања чињеница“, дају дефиницију „утврђивања чињеничног стања (Грубиша, 1982: 96). Из те дефиниције је видљиво да се утврђивање чињеничног стања односи само на закључивање суда у одређеним процесним формама о постојању или непостојању одлучних чињеница из прикупљених основа сазнања. Делатности које тој логичкој операцији претходе, па и утврђивање чињеница-индиција, не потпадају под утврђивање чињеничног стања (и индиције се на темељу истог процеса утврђују, али представљају тек *средство* за утврђивање одлучних чињеница). И према овом схватању индиције су чињенице које се такође утврђују у кривичном поступку, али је изостала дефиниција шта се има сматрати под утврђивањем индиција (и других за поступак важних чињеница, тзв. помоћних чињеница). Због ових различитих приступа и појмова који се дефинишу, има мишљења у процесној теорији да треба разликовати предмет утврђивања чињеница у ужем смислу, кога чине одлучне чињенице, од предмета утврђивања у ширем смислу, који обухвата све за поступак важне чињенице (Радуловић, 2009: 151).

Неспорно је да и утврђивање индиција, по својој суштини, представља утврђивање чињеница. Отуда се поставља питање има ли и у чему су разлике у утврђивању одлучних чињеница од утврђивања других важних чињеница, кад се дефиниција ових других изоставља. Епистемолошки посматрано не могу се запазити никакве разлике – утврдити било

одлучну било индицију значи уверити се да она постоји или не постоји. То, само по себи, не значи да није могућа и процесноправна дефиниција утврђивања осталих важних чињеница, већ се питање своди на то да ли са процесноправног становишта има каквих разлика у утврђивању одлучних од утврђивања других важних чињеница. Ми сматрамо да ни ту нема разлика у суштини утврђивања чињеница већ у дејству утврђених одлучних од дејства утврђених чињеница-индиција и помоћних чињеница. Стога би из дефиниције утврђивања чињеничног стања требало изоставити одреднице које се тичу дејства утврђених одлучних чињеница, да би се та дефиниција могла распрострајети и на све друге важне чињенице.

Подвођењем утврђивања чињеница индиција под јединствену дефиницију утврђивања чињеница, не прејудицирају се субјекти утврђивања чињеница нити начин њиховог утврђивања. Независно од схватања на који се начин утврђују чињенице у кривичном поступку (доказивањем или и непосредним опажањем), и без обзира на гледиште ко се сматра субјектом који утврђује чињенице (суд или уз овај орган поступка и странке и други учесници поступка), у суштини процесноправне дефиниције утврђивања чињеница је *стицање уверења, из допуштеног извора сазнања и на правно допуштен начин, да нека важна чињеница постоји или не постоји, што се проглашава у судској одлуци*. Разлика између утврђивања одлучних и других важних чињеница је у томе што се утврђене одлучне чињенице проглашавају у диспозитиву судске одлуке, на које се надовезује примена кривичноправне или кривичнопроцесне норме, док се утврђене чињенице-индиције и помоћне чињенице проглашавају у образложењу судске одлуке и служе као логички аргумент на коме се темељи уверење да нека, у диспозитиву наведена одлучна чињеница постоји или не постоји. Изузетно, када се ради о покретању кривичног поступка или обустави истраге, да су утврђене чињенице које представљају услов за покретање кривичног поступка, односно за обуставу истраге, проглашава се у одлуци органа који је за то по закону надлежан, а тај орган не мора бити суд (нпр. у правним системима у којима је установљена јавнотужилачка истрага, покретање и обустава истраге у надлежности је јавног тужиоца, па се утврђене чињенице проглашавају у његовим одлукама).

3. Монистичко и плуралистичко учење о субјектима који утврђују чињенице

У теорији кривичног процесног права постоје у основи два гледишта у погледу субјеката који утврђују чињенице – монистичко и плуралистичко. Учења имају различит приступ: једно гледиште у први план ставља

процесноправну регулативу утврђивања чињеница, а друго узима у обзир искључиво општу теорију сазнања.

Монистичко схватање засновано је на процесноправној дефиницији утврђивања чињеничног стања: „утврдити чињенично стање у процесноправном смислу значи *установљење у прописаној форми и ауторитативно проглашење од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци, постојања или непостојања скупа одређених чињеница на којима се темељи одлучивање у кривичном поступку*“ (Грубиша, 1982: 96). Из оваквог поимања утврђивања чињеничног стања, произлази: да се „као утврђено чињенично стање може сматрати *једино оно за које је суд закључио (нашао) да постоји*; у процесноправном смислу могу се као утврђене сматрати „искључиво оне чињенице *за које суд у својој одлуци закључио (утврдио) да постоје*; то даље значи да се утврђене чињенице никако не могу тражити „у резултату доказа, у списима, у тврдњама странака и других учесника у поступку који би били открили постојање неких чињеница, односно дознали за њих“; да форма судске одлуке у којој су утврђене чињенице може бити различита и да долазе у обзир све врсте одлука које суд доноси у кривичном поступку – пресуде, решења и наредбе (Грубиша, 1982: 97).

Плуралистичка концепција полази од епистемолошког појма утврђивања чињеница у кривичном поступку. Према присталицама овог гледишта, нема суштинске разлике у епистемолошком и правном смислу између судијске спознаје чињеница и спознаје чињеница од стране других процесних субјекта. За све субјекте кривичног поступка мора се „концедирати да појам `утврдити неку чињеницу` значи увјерити се у њезино постојање или непостојање, дакле исто као што то значи и за субјекте спознаје у другим људским дјелатностима“ (Крапац, 1982: 107). Суд се, правно гледано, може уверити у постојање или непостојање чињеница на темељу истих извора сазнања као и други процесни субјекти. Из оваквог поимања утврђивања чињеница проистиче да у кривичном поступку постоји више субјеката који утврђују чињенице: орган који води кривични поступак, странке, па чак и вештаци (Крапац, 2010: 396-399).

У вези са изнетим гледиштима, може се рећи да је монистичко учење, посматрано са процесноправног становишта, примереније процесној стварности и стога прихватљивије. Тачно је да у поступку доказивања чињеница учествује више процесних субјеката, странке, бранилац, вештаци, итд. и напослетку кривични суд. Међутим, власт одлучивања о основаности казненог захтева има само суд, па он мора имати и овлашћење да коначно утврди постојање свих правно релевантних чињеница на којима се та одлука заснива. Зато се може рећи да *суд утврђује чињенице*

у кривичном поступку. Вршењем својих функција, процесне странке и бранилац му само помажу да стекне уверење о постојању чињеница важних за поступак. Њихово уверење да неке чињенице постоје, макар било и вишег степена него судијско, још не значи да су те чињенице утврђене. Потребно је да уверење о постојању чињеница стекне суд, да би, процесноправно гледано, биле утврђене и постале чињенична подлога судске одлуке. Уверење странака о правно релевантним чињеницама може некада посредно утицати да се одлучне чињенице сматрају утврђеним, на пример, кад закључе споразум о признању кривице, али је и тада уверење суда о одлучним чињеницама пресудно. Само изузетно, чињенице у кривичном поступку може утврђивати други државни орган, али на то мора бити законом овлашћен (нпр. јавни тужилац у истрази). Међутим, и у том случају чињенице правно релевантне за мериторну одлуку о кривичној ствари утврђује само суд.

Суд утврђује чињенице на *предлог странака или по службеној дужности*. Приликом утврђивања чињеница суд је ограничен кривичним догађајем на који се односи казнени захтев, што значи да је *везан оптужним актом али и извесним забранама* садржаним у нормама кривичног процесног права или правног поретка.

4. Истина у кривичном поступку

О истини у кривичном поступку такође се може говорити и са становишта опште теорије сазнања, али ћемо се у овом раду надаље бавити само процесноправним аспектом утврђивања истине. Питање истине постало је изнова актуелно последњих деценију-две, након спроведених великих реформи кривичног процесног законодавства у многим земљама Европе, особито источноевропским. До тада неприкосновени мешовити тип кривичног поступка, законописци су почели да мењају под снажним утицајем идеја из англоамеричког права. До преваге оптужног система кривичног поступка у спроведеним реформама дошло је из прагматичних разлога и под утицајем разних, пре свега ванправних фактора, а за поједина процесна законодавства, као што је нпр. босанско, сматра се да су реформисана „под притиском међународних фактора“ (Дамашка, 2010: 823). У том реформисању на удар је дошло и утврђивање истине као последица усвајања принципа на којима је уређен адверзијлани тип кривичног поступка. На тај начин реформисале су своје поступке ексјугословенске земље (Sijerčić Čolić, 2012: 169-191). и Русија, у којој су се као теоријски одговор јавиле идеје да „да је потребно заменити принцип истине принципом доказаности оптужбе“ (Михайловская, 2006: 17-22).

Да ли се у неком кривичном поступку утврђује истина, зависи од законског уређења циља кривичног поступка и његових основних принципа. Будући да је спознаја истине у поступку непосредно везана за утврђивање чињеница, њено постојање директно је условљено улогом суда у прикупљању и извођењу доказа (тзв. истражна максима) и одговорношћу суда, у крајњем, за утврђивање чињеничног стања. Имајући у виду ове детерминанте, може се рећи да у погледу утврђивања истине у кривичном поступку, постоје два модела.

У адверзијалном моделу кривичне процедуре нема места утврђивању истине јер је поступак уређен као спор равноправних странака пред судом, па је циљ поступка решавање тог спора а не истраживање и утврђивање истине о кривичном догађају. Функција кривичног поступка се исцрпљује у осигурању правичног поступка и заштити права процесних субјеката, а решавање спора бива резултат судске оцене правног двобоја странака. На странкама је да прикупе и пред судом изведу доказе за своје тврдње, па консеквентно да свака од њих затражи одлуку суда у свом интересу. Да би остао непристрасан, суд мора бити пасиван у погледу проналажења и извођења доказа. У хармонији са оваквим уређењем поступка на теоријском плану је схватање да је епистемолошка дефиниција утврђивања чињеница довољна а процесноправна непотребна, и да је плуралистичко учење о субјектима који утврђују чињенице сасвим одговарајуће.

У класичном мешовитом кривичном поступку, правилна примена материјалног кривичног права је циљ кривичног поступка које нема без утврђивања истине о кривичном догађају. Истраживање истине је један, али не и једини циљ кривичног поступка (и у овом типу кривичног поступка пружају се гаранције за заштиту људских права учесника поступка и тежи се ка правичном суђењу). Из тог разлога установљава се тзв. инквизициома максима која овлашћује и обавезује суд да истражи и утврди истину. У погледу доказивања, суд није ограничен предлозима странака и обавезан је да самоиницијативно, по службеној дужности, прикупи и изведе доказе како би правилно и истинито утврдио чињенично стање. При таквом нормативном уређењу, начело истине је једно од основних начела кривичног поступка, што се неретко експлиците дефинише у процесним законима. На теоријском плану, овом моделу одговара процесноправна дефиниција утврђивања чињеница и монистичко учење по коме само суд утврђује чињенице у кривичном поступку.

Српски законодавац се, на жалост, прикључио оним реформистима који су протерали начело истине из кривичног поступка. Протеривање начела истине из кривичног поступка најрадикалнија је измена у процесном

кодексу из 2011. године, коју консеквентно прати развлашћивање суда да се стара о доказивању правно релевантних чињеница. Суд је сада ослобођен одговорности за прикупљање и извођење доказа. То је била „цена“ да се у наш правни систем, уместо мешовитог, уведе англосаксонски, адверзијални тип кривичног поступка.

Главни претрес је уређен по америчком моделу акузаторског кривичног поступка и конципиран је као чисто страначки поступак: терет пружања доказа је на тужиоцу, на странкама је одговорност да прибаве и изведу доказе, док је суд растерећен обавезе да истражује истину о кривичном догађају. Суд има обавезу да исправно (истинито) утврди чињенице само на основу доказа које изведу саме странке, али нема обавезу да истину истражује по службеној дужности. Ослобађањем суда да сноси одговорност за извођење доказа и за утврђивање истине, тј. потпуног и истинитог чињеничног стања, независно од активности странака, на чему традиционално почива континенталневропски тип кривичног поступка, толико је велико одступање од нашег правног наслеђа да је по значају испред увођења јавнотужилачке истраге (уместо судске), због толике радикалности и проблема које може изазвати у практичном функционисању кривичног правосуђа. Међутим, питање је да ли нам је био потребан тако радикалан реформски захват. Страначки уређен главни поступак није карактеристичан за континентални тип кривичног поступка, какав је наш, и уопште не одговара нашој правној традицији. Замишљен је као правни двобој двеју странака пред судом, чија је улога у утврђивању чињеница до крајности пасивизирана и само се стара само о законитости и континуитету главног претреса. Из такве замисли извире највећи недостатак нове концепције поступка пресуђења кривичне ствари – укидање начела истине.

Да би се то постигло, прво је укинута законска дефиниција начела истине у кривичном поступку. У процесној књижевности се сматра да је начело истине било дефинисано у члану 17 ст. 1 ЗКП/2001. Насупрот досадашњем решењу, у новом моделу кривичног поступка кривични суд и други државни органи немају више обавезу да истинито и потпуно утврђују чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, као што су имали по до сада важећим прописима. Уместо тога прописано је да одлуку којом пресуђује кривичну ствар „суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен“ (чл. 16 ст. 4), пошто претходно „непристрасно оцени изведене доказе“ (чл. 16 ст. 2 ЗКП/2011). Међутим, обавеза суда да утврђује чињенице са степеном извесности не сме се поистовећивати са утврђивањем истине. Своје уверење о извесности постојања неке чињенице, суд заснива само на доказима, а доказе на

главном претресу изводе једино странке (пошто их претходно предложе, по правилу, на припремном рочишту). То значи да суд може стећи уверење тог степена само ако странке изведу све потребне доказе. У случају да странке изведу недовољно доказа, суд није овлашћен да потребне доказе изведе по службеној дужности, па је нужна примена правила *in dubio pro reo*. Суд, дакле, у погледу сваке одлучне чињенице мора бити уверен да је извесна, али ако за неку од њих нема довољно страначких доказа да би се са извесношћу уверио у њено постојање, суд није овлашћен да истражује да ли та чињеница постоји нити да прикупља доказе да она постоји. Омеђено страначким доказима, судијско уверење дели судбину намере странака и њихове способности да докажу истину.

У погледу одговорности за проналажење и извођење доказа, предвиђено је да терет пружања доказа лежи на тужиоцу, а да „суд изводи доказе⁶ на предлог странака“ (чл. 15 ст. 1 и 2 ЗКП/2011). Ова одредба је једна светла тачка у области законског уређења доказивања чињеница, али која, нажалост, нема ниједне додирне тачке са било којим правилом о доказним радњама. У даљим законским одредбама о доказним радњама или о току поступка суд није овлашћен да изведе ниједну доказну радњу, због чега та општа одредба остаје само прокламација, која је у колизији са свим другим одредбама о доказивању, па губи сваки смисао. Зато су строги критичари новог процесног кодекса имали разлога да устврде да је то „омашка твораца новог законика“ (Шкулић, Илић, 2012: 75). То је кључна одредба која „на малиган начин тешко 'инфицира' и 'трује'цео текст Законика из 2011. године“ (Шкулић, Илић, 2012: 76).

Протеривањем начела истине из кривичног поступка и ослобађањем суда одговорности за прикупљање и извођење доказа, наш будући кривични поступак постаће сличан парничном поступку (Ђурђић, 2012: 453), у коме странке имају право диспозиције, па консеквентно томе и носе одговорност за утврђивање чињеница у поступку. Такав поступак је у потпуној противречности са доминирајућим доктринарним схватањем у континенталној Европи о природи и циљу кривичног поступка. Због јавног интереса да се гоне учиниоци кривичних дела и јавног карактера кривичног поступка, у њему важи начело судског истраживања материјалне истине, те у односу на разјашњење предмета поступка није везан активношћу странака већ суд „истражује истину“ извођењем доказа по службеној дужности који су су од важности за судско одлучивање (Roxin, Schüppenmann, 2009: 78). И многа савремена законодавства експлиците прописују

6 Овој општој одредби, према којој суд изводи доказе, противречна је одредба о извођењу доказа на главном претресу, према којој сведоке и вештаке на главном претресу испитују странке (чл. 402. ст. 2. и 6. ЗКП/2011).

важење начела истине и одговорности суда за истраживање и утврђивање истине. У немачком процесном закону изричито је прописано да је у *циљу утврђивања истине* суд дужан да по службеној дужности изводи доказни поступак у погледу свих чињеница и доказа који су битни за доношење одлуке (§244 Abs 2 StPO). Црногорски законодавац уређује начело истине у одредбама о основним правилима поступка (види чл. 16 ст. 1 ЗКП ЦГ).

5. Закључна разматрања

Срж сваког суђења је утврђивање чињеница јер без њега нема примене права. Такав значај утврђивања чињеница веродостојно осликава доктринарна мисао да је суђење, заправо, вештина коришћења извора сазнања. И поред тога, мали је број радова у процесној литератури о чињеницама и њиховом утврђивању, а много више литературе о доказима и доказивању који управо служе утврђивању чињеница.

За процесноправно објашњење чињеница темељно полазиште чини дефиниција чињеница коју даје општа логика, док је за теоријско објашњење и изградњу дефиниције чињеничног стања и утврђивања чињеница неопходно ослањање на појам правних чињеница, који даје општа теорија права. Превлађујуће схватање међу српским теоретичарима права је да су правне чињеница предвиђене у претпоставкама правних норми, на основу којих настају, мењају се и престају правни односи.

Утврђивање чињеница у кривичном поступку може се посматрати са становишта опште теорије сазнања и дати епистемолошка дефиниција, али и са процесноправног аспекта са одговарајућом конструкцијом правног појма. На сазнајно теоријском плану нема спорења и сматра се да утврдити неку за поступак важну чињеницу значи уверити се да постоји или не постоји. Спорења настају око потребе и исправности процесноправне дефиниције утврђивања чињеница, односно чињеничног стања у кривичном поступку. Процесноправна дефиниција утврђивања чињеница везује се за чињенично стање, а присталице епистемолошке дефиниције распростиру њено важење на све важне чињенице – поред одлучних, тј. правно релевантних и на чињенице-индиције и помоћне чињенице.

Разлике у доктринарним гледиштима јављају се и у погледу субјеката који утврђују чињенице у кривичном поступку. Према монистичком учењу, чињенично стање утврђује искључиво суд и могу се сматрати утврђеним само оне чињенице за које суд у својој одлуци нађе да постоје. Плуралистичко гледиште, засновано на спознајнотеоријској дефиницији утврђивања чињеница, узима да чињенице у поступку утврђује шири

круг субјеката – суд, странке и вештаци, а да се прокламација утврђених чињеница у судској одлуци не тиче самог процеса спознаје чињеница иако је његов резултат, него дејства судских одлука. Оживљавање плуралистичке теорије, али на посве друкчијој аргументацији и правнотеоријској и филозофској основи, коинцидира са оновременим реформским захватима у кривични поступак којим се из кривичног поступка протерује тзв. истражна максима и начело утврђивања истине и уводи адверзијални (оптужни) кривични поступак, рецепцијом англоамеричког права.

И процесноправна дефиниција утврђивања чињеница треба да уважава став опште теорије сазнања, према коме, утврдити неку чињеницу значи уверити се да она постоји или не постоји. Поред тога, дефиниција треба да буде свеобухватна и да утврђивање распростре на све за поступак важне чињенице. За разлику од оваквог теоријског приступа, у процесним кодексима се с разлогом потенцира утврђивање чињеничног стања, јер оно у правном силогизму представља доњу премису на којој се темељи примена норме из кривичног прописа, али то не негира потребу да се да дефиниција утврђивања осталих чињеница. У процесноправном смислу, *утврдити неку за поступак важну чињеницу значи уверити се (установити) да она постоје или не постоји из правно допуштених извора и начина сазнања, и то ауторитативно прогласити у одлуци судског или другог надлежног органа који води кривични поступак*. Чињенице се могу установити само у кривичном поступку, не изван њега, у законом прописаној форми, а утврђује их и проглашава само суд, не и други процесни субјекти (у фазама које нису судске природе утврђује их орган коме су стављене у надлежност). Да би се могло сматрати да је утврђена нека, за поступак важна чињеница, она мора бити ауторитативно проглашена у судској одлуци (односно, у одлуци органа који поступак води). Установљене одлучне чињенице проглашавају се у диспозитиву судске одлуке, из кога се види које је чињенично стање утврђено, а остале важне чињенице (чињенице-индиције и помоћне чињенице) наводе се у образложењу судске одлуке.

У континенталноевропској кривичнопроцесној доктрини и правним системима скоро општеприхваћено је гледиште да је циљ кривичног поступка утврђивање истине, али не једини циљ. На том темељу гради се право државе на кажњавање – тзв. *ius puniendi*. Те су поставке у потпуној хармонији – у држави „владавине права“ нико не може бити кажњен док се са сигурношћу не утврди да потпада под право државе на кажњавање. Ако се, пак, укине начело истине и суд у кривичном поступку ослободи одговорности за утврђивање свих правно релевантних чињеница, на чему ће држава заснивати своје право на кажњавање? То је фундаментално питање, правнотеоријско и правнополитичко, али и етичко и филозофско,

на које законописци новог српског процесног кодекса нису дали одговор. Може ли држава поверити странкама утврђивање чињеница на којима се заснива јавни интерес кажњавања или је цивилизацијски да се ослони на самостални, независни, непристрасни и компетентни орган, какав је суд?

Литература

Bayer, V. (1978). *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga II, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Zagreb.

Бејатовић, С. (2010). *Кривично процесно право*. Београд: Научна књига.

Grubiša, M. (1982). Što znači u procesnopravnom smislu utvrditi činjenično stanje (činjenice), tko ga utvrđuje u krivičnom postupku, *Naša zakonitost*. 6. 91-110.

Грубиша, М. (1963). *Чињенично стање у кривичном поступку*. Загреб.

Damaška, M. (2010). Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Zagreb, 2 (XVII). 821-837.

Ђурђић, В. (2012). Ревизија основних процесних начела на којима је изграђен нови кривични поступак Србије. *Правна ријеч*. Бања Лука. 33. 447-465.

Крас, Д. (1981). Procesnopravni aspekt problema utvrđivanja činjeničnog stanja u krivičnom postupku, *Југословенска ревија за кривично право и криминологију*. 3-4. 527-557.

Крас, Д. (1982). Utvrditi činjenice znači uveriti se u njihovo postojanje – vlastitim opažanjem ili dokazivanjem *Naša zakonitost*. 11-12. 105-114.

Крас, Д. (2010), *Kaznenom procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Zagreb: Narodne novine.

Лукић, Р. (1995). *Теорија државе и права, II. Теорија права*. Београд.

Митровић, Д. (2010). *Увод у право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Михайловская, И. Б. (2006) *Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе*. Москва.

Радловић, Д. (2009). *Кривично процесно право*. Подгорица: Правни факултет Универзитета у Подгорици.

Roxin, C., Schünemann, B. (2009). *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, München: „Verlag C.H. Beck“.

Sijerčić Čolić, H. (2012). Načelo materijalne istine u krivičnom postupku, U: Petrović, A., Jovanović, I., *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva*, (str. 169-191). Beograd: OEBS Misija u Srbiji.

Стевановић, Ч. (1994). *Кривично процесно право*. Београд: Научна књига.

Стевановић, Ч., Ђурђић, В. (2006). *Кривично процесно право – Општи део*. Ниш: Правни факултет у Нишу.

Шешић, Б. (1962). *Логика и научна методологија*. Београд.

Шкулић, М., Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад*. Београд: Правни факултет у Београду.

Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Marko Trajković, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

On the Truth in Criminal Procedure

Summary

Resolving the issue of truth in criminal procedure presupposes the appropriate normative framework for establishing facts. In this paper, the authors primarily analyze the theoretical concepts pertaining to establishing facts in criminal procedure. The authors point out that the definition of facts provided by the general logic is acceptable for the theory of criminal procedure law. On the other hand, the authors criticize the definitions contained in the criminal procedure law as being incomprehensive since they do not include some important legal facts other than the determinative ones. In this context, the authors consider that, in defining the factual grounds and establishing facts in a particular case, it is useful to adopt the notion of legal facts from the general theory of law. In the second part, after pointing out that the skill of fact-finding (reflected in the discovery of accurate information by using the available sources of information) is the essence of the criminal trial, the authors provide the initial definition on fact-finding (establishing facts/factual grounds) and analyze the standpoints contained in the general theory of knowledge as well as in the criminal procedure theory. Further on, the authors review the theories dealing with the types of facts which are to be established in the criminal proceedings and subsequently focus on the participants in the process of

establishing facts or factual grounds, considering that the definition of fact-finding is built on these notions.

Between the monistic and the pluralistic theory, the authors favor the former, considering that the only facts which are relevant in the procedural reality are those established by the competent court and explicitly stated in the court decision. After confronting the arguments of these two largely opposed theoretical viewpoints, the authors construct their own definition of fact-finding (establishing the truth) in the criminal procedure. Towards the end of the paper, the authors examine the legal framework for establishing the truth in criminal procedure. The authors note that, in general, there are two models: the first one is the (inquisitorial) criminal procedure distinguished by prominent public law features, where the court is obliged to investigate/examine the facts and establish the truth about the criminal event, which is the basis for ius puniendi; the second one is the adversarial procedure, whose objective is to resolve the parties' dispute in the course of a fair proceeding rather than to establish the truth. In this context, the authors criticize Serbian lawmakers for expelling the concept of truth from the criminal procedure.

Key words: *facts, legal facts, factual grounds, fact-finding, principle of truth, inquisitorial procedure*

Проф. др Зоран Радивојевић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.321

Рад примљен: 25.09.2013.

Рад прихваћен: 04.11.2013.

ЗАШТИТА ЦИВИЛНОГ СТАНОВНИШТВА ОД ПОСЛЕДИЦА НЕПРИЈАТЕЉСТАВА У МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ¹

Апстракт: У зависности од карактера угрожености цивилног становништва међународно хуманитарно право предвиђа општу заштиту од последица непријатељстава и посебну заштиту за случај пада под власт непријатеља. Општом заштитом обухваћено је целокупно цивилно становништво страна у сукобу без обзира на којој територији и у чијој власти се налази. Ради ефикасније заштите од последица непријатељстава могу се установити посебне заштићене зоне, забрањени су напади против цивилног становништва и цивилних објеката, предвиђено је предузимање мера предострожности у нападу и против последица напада, као и право на хуманитарну помоћ. Посебну заштиту уживају цивили који падну под власт непријатељске државе због већег степена њихове угрожености од претњи, уцена и других облика самовољног поступања. Ова заштита се односи на различите ситуације у којима се могу наћи цивили у власти непријатеља и њоме су обухваћене три категорије ових лица. Прву чине цивили држављани једне стране у сукобу који су настањени у непријатељској држави или их је на тој територији затекло избијање непријатељстава. У другу категорију спадају цивили који настављају да живе на територији своје државе, али су се независно од своје воље нашли под влашћу непријатеља који је у току оружаног сукоба окупирао ову територију и ставио је ефективно под своју контролу. Трећа категорија обухвата интерниране цивиле на непријатељској или окупираној територији

zoranr@prafak.ni.ac.rs

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

које је страна у сукобу упутила у посебне логоре где принудно бораве и чији је положај веома сличан са третманом ратних заробљеника.

Кључне речи: *цивилно становништво, цивили, заштита, непријатељства, окупација, интернација, заштићене зоне, забрањени напади, мере предострожности, хуманитарна помоћ.*

1. Увод

Заштити цивилног становништва у међународном хуманитарном праву приступило се најкасније у поређењу са другим категоријама заштићених лица која учествују у непријатељствима (Вучинић, 2006: 277). Класично ратно право, важеће почетком прошлог века, заснивало се на претпоставци да непријатељства треба да се воде искључиво између оружаних снага зараћених држава. У то доба сматрало се да цивилно становништво не сме да буде изложено ратним дејствима, а војне операције против цивила нису посматране као легитимни начин за победу у рату (Gasser, 1999: 45).

Овако традиционално поимање рата имало је за последицу посредно и само узгредно регулисање заштите цивила у кодификованом ратном праву. Прве писане норме о цивилном становништву садржане су Делу II и III Хашког правилника о законима и обичајима сувоземног рата из 1907. године. Те одредбе односиле су се на забрањене поступке према становништву противничке стране у току трајања непријатељстава, као и заштиту цивила на окупираној територији².

Први и други светски рат драматично су показали све слабости оваквог приступа правној заштити цивилног становништва од последица непријатељстава. Употреба авијације и пројектила великог дмета и тотални начин вођења рата изложио је цивилно становништво дејству непријатељског оружја без обзира где се оно налазило.

Увиђајући недостатке постојећих норми у условима вишеструко повећане угрожености цивила, Међународни комитет Црвеног крста покренуо је одмах по завршетку Другог светског рата активност ради свеобухватног регулисања заштите цивилног становништва. Као резултат таквих напора на дипломатској конференцији у Женеви 1949. године донета је посебна (IV) Конвенција о заштити грађанских лица за време рата (Извори, 2007: 116-168). Ова конвенција први је међународни уговор у потпуности посвећен заштити цивилног становништва и обухвата 159. чланова распоређених у четири дела.

² Чл.23-28 и 42-56 Хашког правилника. Извори, 2007: 311; 314.

Међутим, развој оружја за масовно уништење људи (Rousseau, 1983: 81) и драстичан пораст цивилних жртава у послератним оружаним сукобима указао је на потребу да се ова Конвенција осавремени и употпуни новим правилима. Тај циљ остварен је на Конференцији у Женеви 1977. године усвајањем Допунског протокола (I) о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Doswald-Beck, 1989: 138), који садржи посебан Део IV посвећен цивилном становништву састављен од преко тридесет чланова³ распоређених у три одељка.

2. Појам цивилног становништва и облици заштите

Женевска конвенција није прецизно дефинисала појам цивилног становништва. У њеном чл. 4 се само каже да заштиту уживају лица која се било када и на било који начин нађу у време оружаног сукоба или окупације у власти страна у сукобу или окупационих снага чији нису држављани. Из наведене одредбе Конвенције могло би се закључити да статус заштићеног лица немају цивили које се налазе у власти сопствене државе, тј. домаћи држављани (Sassoli, Bouvier, 2005: 146). Међутим, то није у складу са њеним чл.13 која предвиђа да се одредбе Конвенције о заштити односе на целокупно становништво земаља у сукобу. Ове недоследности у Женевској конвенцији отклоњене су Допунским протоколом I који садржи дефиниције појмова цивил и цивилно становништво.

Појам цивила одређен је на негативан начин и обухвата лица која се налазе на територији страна у сукобу, а не чине део оружаних снага у смислу (III) Женевске конвенције о поступању са ратним заробљеницима од 1949. и Протокола I из 1977. године. Отуда произилази да се цивилима сматрају сва лица која не спадају у категорију ратних заробљеника и бораца, тј. припадника оружаних снага. Појам цивилног становништва, пак, обухвата сва лица са статусом цивила.

Будући да нису борци, цивили не смеју да учествују непосредно у непријатељствима. Цивили који противправно узимају учешће у непријатељствима морају рачунати са ризиком губитка заштите коју прописује међународно хуманитарно право. Ипак, они и по престанку учешћа у непријатељствима задржавају статус цивила и не постају по том основу борци. У случају сумње око статуса неког лица претпоставља се да је оно цивил, с тим што ће се накнадно у оквиру одговарајућег судског поступка утврђивати основаност те претпоставке.

³ Чл.48-79 Протокола. Извори, 2007: 207-228.

Директно учешће цивила у непријатељствима значи активно учествовање у војним активностима непосредно повезаним са борбом. Оно обухвата сваки непријатељски акт који је по својој природи и циљу уперен против оружаних снага супротне стране или ратног материјала (Kalshoven, Zegveld, 2013: 98). Активности које нису јасно повезане са непријатељствима не сматрају се директним учешћем. Оне евентуално могу бити квалификоване као допринос цивилног становништва ратним напорима своје земље, што је веома растегљив и много шири појам од непосредног учешћа у непријатељствима (Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, 2006: 177).

За време оружаног сукоба цивилно становништво изложено је бројним и различитим опасностима. Облици заштите цивила у међународном хуманитарном праву прилагођени су природи и врстама тих опасности. Оне се могу, *grosso modo* посматрано, свести на две основне групе: опасности изазване самим војним операцијама, односно борбеним дејствима и опасности којима су изложени цивили када се нађу у власти непријатеља (Gasser, 1999: 45-46).

У зависности од карактера угрожености цивилног становништва међународно хуманитарно право предвиђа општу заштиту од последица непријатељстава и посебну заштиту за случај пада под власт непријатеља. Првим обликом заштите обухваћено је целокупно цивилно становништво страна у сукобу без обзира на којој територији и у чијој власти се налази. Посебну заштиту уживају цивили на територији непријатељске државе, цивили на територији коју је непријатељ окупирао, као и интернирани цивили у једној од наведених ситуација.

3. Општа заштита цивилног становништва

Женевска конвенција предвиђа општу заштиту целокупног становништва страна у сукобу без икакве дискриминације у погледу расе, националности, вероисповести или политичких уверења. Ради ефикасније заштите цивилног становништва у условима борбених дејства Конвенцијом су уведене зоне и места под посебном заштитом. Од значаја за општу заштиту цивилног становништва је одредба која предвиђа слободан пролаз хуманитарне помоћи за угрожене цивиле⁴.

Да би спровео општу заштиту цивилног становништва од опасности које произилазе из војних операција Протокол садржи неколико додатних правила. Међу њима посебан значај има одредба по којој цивилно становништво као такво ни цивили појединачно не смеју бити предмет

⁴ Чл.13-15 и 23 Женевске конвенције. Извори, 2007: 120-121; 123-124.

напада, као и начело да се приликом спровођења војних операција мора стално водити рачуна да се поштеде цивилно становништво, цивили и цивилни објекти. Пошто је одредио који се напади сматрају забрањеним, Протокол предвиђа обавезу предузимања мера предострожности приликом напада, као и против последица напада. Поред тога, заштита цивилног становништва проширена је увођењем нових врста места и зона под посебном заштитом, а одредбе о хуманитарној помоћи допуњене су и осавремене новим правилима⁵.

3.1. Заштићене зоне

Заштићене зоне коришћене су у пракси и пре Другог светског рата ради заштите и смештаја рањеника и цивила у деловима небрањених места. На терену уговорног права озакоњене су усвајањем Женевских конвенција од 1949. године. Док Прва конвенција о заштити рањеника и болесника има у виду само санитарске зоне⁶, Четврта конвенција предвиђа још и зоне безбедности и неутрализоване зоне. Допунски протокол из 1977. године проширује овај појам увођењем небрањених места и демилитаризованих зона.

Санитарске зоне намењене су за збрињавање и смештај искључиво рањеника и болесника. Зоне безбедности су, пак, места у којима се, осим рањеника и болесника, могу склонити немоћне и старе особе, деца млађа од петнаест година, труднице и мајке са децом испод седам година. Успостављају на сопственој или окупираној територији споразумом страна у сукобу, а могу се одредити још у доба мира или тек када отпочну непријатељстава (Torelli, 1995: 790). Зоне треба да обухвате слабо насељене територије, удаљене од војних објеката, важних индустријских постројења или административних установа. Оне не смеју ни у ком случају бити брањене, а саобраћај у њима не сме служити за превоз војног особља или материјала. Границе зоне морају бити обележене знаком црвене косе линије на белој позадини.

За разлику од претходних, неутрализоване зоне се успостављају само током оружаног сукоба на подручјима где се воде борбе, да би се одређене категорије лица ставиле ван домашаја борбених дејстава (Landgren, 1995: 442). У ове зоне смештају се без разлике рањеници и болесници, борци и неборци, као и цивилна лица која не учествују у непријатељствима и немају никакву функцију војне природе док се налазе у овим зонама. Свака страна у сукобу може непосредно или посредством неке неутралне државе

5 Чл.48, 51, 57-60 и 69-70 Протокола. Извори, 2007: 208-209; 212-216; 221-222.

6 Чл.23 Женевске конвенције. Извори, 2007: 123-124.

или хуманитарне организације предложити противничкој страни да се успостави неутрализована зона. Споразум о томе се закључује у писменом облику, а потписују га војни представници страна у сукобу.

Небрањена места помињу се још у Хашком правилнику о законима и обичајима сувоземног рата⁷ и Хашкој конвенцији о бомбардовању поморским снагама за време рата⁸ од 1907. године. Њиховим одредбама, међутим, није било одређено под којим условима се место може сматрати небрањеним, ко је овлашћен да га таквим прогласи и шта значи статус небрањеног места. Ове недоумице отклоњене су Протоколом I из 1977. године који предвиђа да надлежне власти страна у сукобу могу једностраном изјавом прогласити небрањеним свако насељено место унутар или у близини зоне где су оружане снаге у додиру, а које је отворено за окупацију од противничке стране. Да би добило статус небрањеног места неопходно је да испуни следеће услове: а) сви борци, покретно наоружање и војна опрема морају бити евакуисани; б) непокретне војне инсталације и установе не смеју се користити у непријатељске сврхе; в) власт и становништво не смеју предузимати никакав непријатељски акт; г) не смеју се предузимати никакве акције за подршку војним операцијама.

Једнострана изјава о проглашењу небрањеног места мора бити упућена супротној страни која треба да потврди пријем чиме се обавезује да ће то место третирати као небрањено место. Уколико, пак, сматра да прописани услови нису у целини или делимично испуњени мора без одлагања обавестити страну која је дала изјаву како би она те недостатке отклонила и услове допунила. Стране у сукобу имају могућност да закључе посебан споразум о установљењу небрањеног места. У том случају оне се могу договорити о условима које њима одговарају, чак и ако небрањено место не испуњавају услове прописане Протоколом I.

Демилитаризоване зоне су релативно нови појам уведен Протоколом из 1977. године (Sandoz, 1985: 41). За разлику од небрањеног места, једнострана изјава стране у сукобу и њено прихватање од стране противника није довољно, већ је за успостављање демилитаризоване зоне увек потребан изричити споразум између страна у сукобу. Споразум се може закључити усмено или писмено, непосредно или посредством силе заштитнице или било које непристрасне хуманитарне организације.

Предмет споразума може да буде сваки простор који испуњава исте услове који важе за небрањена места. Разлика је само у погледу последњег услова који се своди на захтев да престане свака активност везана за војне напоре,

7 Чл.25 Хашког правилника. Извори, 2007: 311.

8 Чл.1 Хашке конвенције. Извори, 2007: 327.

а не само акције за подршку војним операцијама. У теорији се сматра (Kalshoven et al., 2013: 113) да оваква формулација указује да је „војни напор“ шири од „војних операција“ и да се приближава „ратном напору“ који је и сам врло растегљив појам.

3.2. Забрањени напади и мере предострожности

Полазећи од општег правила да цивилно становништво као целина, цивили појединачно и цивилни објекти не смеју бити предмет напада (Fenrick, 1997: 541), Протокол I је први акт у области писаног права који дефинише појам напада, а затим прецизно одређује који се напади против ових лица и објеката сматрају забрањеним⁹. Ове забране ојачане су његовим одредбама које налажу предузимање мера предострожности у нападу и против последица напада.

Напад подразумева све акте насиља који спадају у борбена дејства, без обзира на то да ли се предузимају током офанзивне или дефанзивне акције. Овако дефинисаним појмом напада обухваћена је свака акција у којој се користи оружје против противника (Meugowitz, 1981: 33). У том погледу није од значаја да ли се напад предузима на противничкој или сопственој територији, укључујући националну територију која је под контролом противника.

Поред опште забране напада, Протокол садржи листу посебно забрањених напада. Пре свега, забрањени су акти насиља или претње насиљем чији је главни циљ да шире терор међу цивилним становништвом. Друга појединачна забрана односи се на неселективне нападе, тј. нападе без избора циљева. Као такви сматрају се: а) напади који нису усмерени на тачно одређени војни објект; б) напади у којима се користе начини или средства борбе који не могу бити управљени на одређени војни објект; в) напади у којима се користе начини и средства борбе чије се дејство не може ограничити, јер су такве природе да погађају војне објекте и цивиле и цивилне објекте без разликовања.

Протокол посебно издваја две врсте напада који се могу сматрати неселективним. Прва се често означава као бомбардовања области (енг. area bombardment) и обухвата напад бомбардовањем без обзира на употребљене начине или средства приликом којих се као јединствени војни циљ узима низ јасно одређених и различитих војних објеката смештених у неком граду, селу или другој зони у којој је слична концентрација цивила и цивилних објеката. Код друге се ради о нападима од којих се може

⁹ Чл.49 и 52-56 Протокола. Извори, 2007: 208;210-121.

очекивати да ће изазвати успутне губитке живота цивилног становништва, рањавање цивила, штете на цивилним објектима или комбинацију ових деловања која би била несразмерно велика у односу на предвиђену стварну и непосредну војну предност.

У листу посебних забрана Протокол је укључио и нападе против цивилног становништва или цивила који се предузимају као репресалије. Приликом усвајања овог акта предлагано да се ипак задржи могућност прибегавања репресалијама према непријатељском цивилном становништву као крајња мера (Kalshoven, et al., 2013: 145). На крају је превагу однео предлог да се Протоколом предвиди апсолутна забрана репресалија према цивилном становништву и цивилима.

Ради унапређења заштите цивилног становништва током оружаног сукоба неопходно је да одређени објекти буду заштићени од напада. Зато Протокол на општи начин забрањује нападе и репресалије на цивилне објекте, а то су сви објекти који по својој природи, положају, намени или коришћењу не доприносе делотворно војној акцији и чије потпуно или делимично уништење, заузимање или неутрализација не би створило одређену војну предност (Gehring, 1978: 103-105).

Осим опште заштите цивилних објеката, предвиђена је посебна заштита за неке објекте који су од нарочитог значаја за цивилно становништво. Према Протоколу у ову категорију најпре спадају културна добра и храмови који уживају апсолутну заштиту од напада и репресалија. Као посебно заштићени сматрају се, надаље, објекти неопходни за преживљавање цивилног становништва (намирнице, пољопривредне области за производњу хране, жетва, жива стока и вода).

Грађевине и инсталације које садрже опасне силе (нпр. бране, насипи на воденим токовима и нуклеарне електране), такође, спадају у посебно заштићене објекте. Они се не смеју нападати чак и када представљају војне објекте уколико такви напади могу проузроковати велике губитке међу цивилним становништвом. Посебна заштита наведених грађевина и инсталација престаје и они могу бити нападнути ако се користе у циљу редовне, значајне и непосредне подршке војним операцијама и када је напад једини начин да се спречи таква подршка.

У оружаном сукобу страна која изводи напад и она која се брани морају да предузимају одређене мере предострожности. У питању су активности које стране у сукобу спроводе како би се избегли или свели на најмању могућу мери случајни губици међу цивилима и разарања цивилних објеката као последица напада на војни циљ (Милић, 2007: 39). Протокол разликује активне и пасивне мере предострожности у зависности од тога да ли

се предузимају у случају напада или против могућих последица напада (Sandoz, Swinarski, Zimmermann, 1987: 2241).

Страна која изводи напад на војни циљ има две групе обавеза. Прва је наметнута војним старешинама које планирају или одлучују о нападу. Ова лица имају следеће дужности: а) да провере да ли су предмет напада војни циљеви који као такви могу бити нападнути; б) да изаберу средстава и начине напада којима се избегавају или своде на најмању могућу меру случајни губици живота међу цивилним становништвом, рањавање цивила и штете на цивилним објектима; в) да одустану од напада ако очекују да ће губици, рањавање и штета које они могу проузроковати бити несразмерно велики у односу на предвиђену стварну и непосредну војну предност (Jaworski, 2003: 187).

Друга група обавеза односи се на период када је одлука о нападу донета, али напад још није изведен. У том случају војне старешине који су непосредни извршиоци имају дужност да откажу или прекину напад ако постане јасно да се ради о забрањеном нападу зато што изабрана мета није војни циљ или ће жртве међу цивилима или разарања бити у несразмери са претпостављеном војном предношћу (Fenrick, 1982: 112). Њихова је дужност да у случају напада који може угрозити цивилно становништво унапред дају на ефикасан начин упозорење да напад предстоји, осим ако околности то не допуштају. Старешинама које изводе напад наметнута је још једна дужност, али овог пута у погледу избора између више војних циљева којима се остварује слична војна предност. Када је такав избор могућ, за напад се мора одабрати онај циљ код кога се може очекивати да ће проузроковати најмању опасност за цивиле и цивилне објекте.

Мере предострожности против последица напада представљају активности стране која се брани предузете током напада на војне циљеве смештене на територији коју ефективно контролише ради заштите цивилног становништва, цивила и цивилних објеката. Оне се још називају понашање у одбрани и обухватају посебне мере које су дужне да предузму све стране у сукобу на сопственој територији или на туђој територији која је под њиховом контролом (Queginer, 2006: 814). Мере предострожности у одбрани су мање строге и треба да се извршавају „у највећем могућем степену“. Према слову Протокола стране у сукобу имају дужност да: а) настоје да склоне цивилно становништво, цивиле и цивилне објекте из околине војних циљева; б) избегавају смештање војних циљева унутар или близу густо насељених подручја, в) предузму остале неопходне мере предострожности да би заштитиле цивиле и цивилне објекте од последица борбених дејстава.

3.3. Хуманитарна помоћ

Општа заштита цивилног становништва у оружаном сукобу била би непотпуна без пружања хуманитарне помоћи у храни, лековима, медицинској опреми, одећи и другим неопходним животним намирницама намењеним цивилима (Plattner, 1992: 253). Међународно хуманитарно право обавезује стране у сукобу да дозволе активности пружања помоћи цивилном становништву, макар оно било противничко. Овај важан принцип прокламован је на општи начин у IV Женевској конвенцији, док Протокол I из 1977. године акцијама помоћи у корист цивилног становништва посвећује посебан одељак у оквиру IV Дела. Међутим, између ова два документа постоје значајне разлике у правном режиму пружања хуманитарне помоћи.

Према Женевској конвенцији свака страна уговорница мора дозволити слободан пролаз пошиљкама хуманитарне помоћи за угрожено цивилно становништво друге, чак и непријатељске стране. У случају лекова, медицинског материјала и предмета потребних за верске обреде нема никаквих ограничења у погледу примаоца хуманитарне помоћи. Кад су у питању пошиљке неопходних животних намирница, одеће и средстава за јачање, помоћ је намењена само за најугроженије делове цивилног становништва, а то су деца млађа од петнаест година, труднице и породиље.

Протокол I значано је проширио право на хуманитарну помоћ не ограничавајући круг лица којима она може бити упућена (Sassoli et al., 2005: 182). Према његовим одредбама, допуштено је пружање помоћи целокупном цивилном становништву страна у сукобу када оно није на одговарајући начин снабдевано неопходним материјалом и намирницама. Протокол, међутим, садржи једно значајно ограничење: за пружање хуманитарне помоћи неопходан је пристанак свих заинтересованих страна, укључујући и државу која помоћ прима. Како би се спречиле могуће злоупотребе због потребе да се добије пристанак свих укључених страна предвиђено је да се понуде за хуманитарну помоћ не сматрају као мешање у оружани сукоб или као непријатељски акт.

4. Посебна заштита цивила под влашћу непријатеља

Пружајући посебну заштиту цивилима који се налазе на територији под влашћу непријатеља, Женевска конвенција садржи две групе правила (Uhler, Coursier, 1995: 78-79). Прва су заједничка и важе за све цивиле који се нађу у власти непријатеља¹⁰. Одредбе које улазе у ову категорију односе

10 Чл.27-34 Женевске конвенције. Извори, 2007: 125-127.

се на поштовање основних људских права, одговорност страна у сукобу за поступање са заштићеним лицима у њиховој власти и право ових лица на обраћање сили заштитници и организацијама за пружање помоћи. Друга група правила односи се на различите ситуације у којима се штите цивили под влашћу непријатеља. Тим одредбама обухваћени су странци на територији стране у сукобу, цивили на окупираним територијама, као и интернирани цивили на овим територијама¹¹. Протокол I из 1977. године допунио је ове одредбе посебним одељком IV Дела¹² који се односи на поступање са лицима у власти стране у сукобу (Solf, 1986: 122).

4.1. Цивили (странци) на територији стране у сукобу

Ова категорија заштићених лица обухвата првенствено цивиле држављане једне стране у сукобу који су настањени у непријатељској држави или их је на тој територији затекло избијање непријатељстава (Andrassy et al, 2005: 176). Према Женевској конвенцији ови цивили имају право да напусте непријатељску територију осим ако њихов одлазак није супротан националним интересима те државе. Под овим условом треба им се омогућити да напусте територију одмах по избијању или у току оружаног сукоба. У случају да добровољно остану на непријатељској територији или ако не добију одобрење да је напусте, цивили се третирају као странци у доба мира (Перацић, 1966: 197).

Према непријатељским држављанима држава има право да примењује мере контроле кретања, делатности и друге мере безбедности. Најстрожа мера која се може предузети је упућивање на принудни боравак и интернирање ако то апсолутно захтева безбедност државе. Постоји могућност да ова лица и сама захтевају да буду интернирана са својим породицама (нпр. да би се заштитила од непријатељског окружења). Цивили којима је одређен принудни боравак или су интернирани имају право да уложе жалбу против такве одлуке непристрасном управном органу или суду. Ако се одлука потврди, надлежни органи дужни су да сваки случај поновно периодично разматрају и то најмање два пута годишње.

4.2. Цивили на окупираној територији

У ову категорију спадају цивили који настављају да живе на територији своје државе, али су се независно од своје воље нашли под влашћу непријатеља који је у току оружаног сукоба заузео ову територију и ставио

11 Чл.35-135 Женевске конвенције. Извори, 2007: 127-161.

12 Чл.72-75 Протокола. Извори, 2007: 223-225.

је ефективно под своју контролу. Из тога произилази дужност окупатора да предузме све мере које су његовој моћи да успостави и осигура, колико је год могуће, јавни ред и безбедност.

Одржавање јавног реда на окупираној територији у интересу је цивилног становништва и треба да му дозволи наставак нормалног живота у мери у којој је то могуће. С друге стране, окупација је само привремено стање у коме не долази до промене државног суверенитета, па се мора одржати *status quo ante*, односно постојећи правни поредак, укључујући правосуђе и управу.

Међународно хуманитарно право забрањују одређене поступке и намећу бројне обавезе окупационој сили ради заштите цивилног становништва на овој територији. Према тим прописима забрањено је присиљавати становништво да даје податке о војсци супротне зараћене стране и њеним одбрамбеним средствима или да полаже заклетву верности непријатељској сили. Пљачка цивилног становништва је строго забрањена. Никаква колективна, новчана или друга казна не сме се изрећи становништву због дела појединаца за које се оно не може сматрати одговорним.

Окупатору се забрањује да становништво, колективно или појединачно, принудно пресељава или премешта изван окупиране територије било где, па и на територију окупационе силе. Посебно је забрањено да окупациона власт депортује или пресељава део свог сопственог становништва на окупирану територију.

Цивилно становништво не сме се приморавати да служи у оружаним снагама или помоћним снагама окупатора. Забрањује се чак и свака врста пропаганде са тим циљем. Принудни рад цивила није искључен, али је подложен строгим ограничењима.

Окупатор има читав низ обавеза у циљу заштите цивилног становништва. Његова је дужност да се у сарадњи са локалним властима стара о деци, да одржава медицинске и болничке установе и обезбеди јавно здравље и хигијену. Обавезан је да осигура снабдевање становништва животним намирницама и лековима и дозволи њихов увоз у случају несташица.

Обавеза је окупационе силе да прихвати акције помоћи становништву у случају да је оно недовољно снабдевано основним животним намирницама, као и да омогући слободан пролаз пошиљкама. Осим колективне помоћи, цивилном становништву на окупираној територији је допуштено да примају појединачне пошиљке, ако то не спречавају императивни разлози безбедности.

На окупираној територији кривично законодавство остаје на снази, али окупатор може да укине или суспендује оне делове који представљају

претњу његовој безбедности или га спречавају у примени Женевске конвенције. Ако окупациона сила донесе сопствене кривичне законе, они ступају на снагу пошто су прописно објављени и саопштени становништву на његовом језику и не могу имати ретроактивно дејство. У кривичном поступку окривљена лица морају уживати све гаранције поштеног и непристрасног суђења (Degan, 2011: 870).

Према цивилима на окупираној територији могу се примењивати мере контроле због императивних разлога безбедности окупационе силе. У крајњем случају може им се одредити принудни боравак или се могу интернирати. Ова одлука подлеже жалби, а ако остане на снази периодичном преиспитивању, по правилу сваких шест месеци.

4.3. Интернирани цивили

Интернација је принудна мера која се састоји у смештају цивила у посебне логоре где они принудно бораве. Она не представља казну, већ меру која се предузима због императивних разлога безбедности државе у чијој се власти налазе цивили. Примењује се како према непријатељским држављанима на сопственој територији, тако и према цивилима на окупираној територији.

Заштита интернираних цивила двоструко је регулисана: општим одредбама о интернацији и посебним одредбама које уређују положај ових лица. Према општим правилима, интернирана лица задржавају пуну грађанску способност и врше сва права која из ње произилазе. Држава која цивиле држи у интернацији обавезна је да их бесплатно издржава и пружа им здравствену заштиту. Она је дужна да их групише према њиховој народности, језику и обичајима.

Поред ових начелних одредаба, постоји серија посебних и веома детаљних правила која уређују садржину заштите интернираних лица. Она се односе на све аспекте установе интернације почевши од места интернирања, преко права и дужности интернираних лица, све до завршетка интернације. Места за смештај интернираних лица не смеју да буду на подручјима која су изложена ратним опасностима. Логори за интернирање морају да буду означени словима IC постављеним тако да се при дневној светлости јасно виде из ваздуха. Ови логори морају да буду одвојени од логора за ратне заробљенике и лица лишених слободе.

Женевска конвенција регулише до најситнијих појединости поступање са интернираним лицима и њихова права и обавезе током интернације. Та бројна и детаљна правила уређују следећа питања од значаја за живот

интернираних цивила: исхрану и одевање; хигијену и здравствену негу; верске, интелектуалне и физичке активности; личну имовину и финансијска средства; унутрашњу управу и дисциплину; односе са спољним светом; дисциплинску и кривичну одговорност и премештање интернираних лица. Ове одредбе су у основи веома сличне са онима које су предвиђене за ратне заробљенике (Радивојевић, 2012: 20-24), уз неке разлике које произилазе из цивилног статуса интернираних лица.

Једна од разлика је у томе што током трајања интернације чланови исте породице, а посебно родитељи и деца, треба да буду смештени у истом месту, по могућности у истој просторији одвојено од осталих лица. С друге стране, интернирана лица имају у извесном смислу повољнији положај од ратних заробљеника. Њима је дато право на подношење жалбе на одлуку о интернацији и могућност да је у случају одбијања понављају сваких шест месеци.

Постоји више разлога за окончање интернације од којих су неки везани за саму личност интернираног лица, а други објективне природе. У првом случају интернација престаје услед смрти интернираног цивила или његовог успешног бекства из логора за интернацију. Као друга група разлога предвиђено је ослобађање, репатријација и смештај у неутралну земљу интернираних лица у току трајања непријатељстава.

По окончању непријатељстава интернација мора да престане у најкраћем могућем року. Од ослобађања су изузета интернирани цивили против којих се води кривични поступак или којима је изречена казна. Ова лица могу бити задржана до завршетка поступка или до истека казне. Неоправдано одлагање репатријације интернираних цивила представља тешку повреду међународног хуманитарног права и сматра се ратним злочином¹³.

Литература

Andrassy J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B. (2006). *Međunarodno pravo 3*. Zagreb: Školska knjiga.

Вучинић, З. (2006). *Међународно ратно и хуманитарно право*. Београд: Службени гласник.

Degan, V.Đ. (2011). *Međunarodno pravo*, Zagreb: Školska knjiga. Међународно право, Школска књига, Загреб, 2011.

Doswald-Beck, L. (1989). The Value of the 1977 Protocols for the Protection of Civilians, In Meyer, M.A. (Ed), *Armed Conflicts and New Law: Aspects of the Geneva*

13 Став 4 б) чл.85 Протокола, Извори, 2007: 231.

protocols and 1981 Weapons Convention, (pp.137-172). London: British Institut of International and Comparative Law.

Fenrick, W.J. (1997). Attacking the Enemy Civilians as a Punishable Offence. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 7. 539-569.

Fenrick, W.J. (1982). The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare. *Military Law Review*, 98. 91-127.

Gasser, H.P. (1999). *Међународно хуманитарно право: увод*, Сарајево: Међународни комитет Црвеног крста.

Gehring, W. (1978). Protection of Civilian Infrastructures. *Law and Contemorary Problems*, 42(2). 86-139.

Извори међународног хуманитарног права. (2007). Београд: Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Црвени крст Србије и Међународни комитет Црвеног крста.

Jaworski, E. (2003). "Military Necessity" and "Civilian Immunity": Where is the Balance?. *Chines Journal of International Law*, 175-205.

Kalshoven, F., Zegveld, L. (2013). *Ограничења у вођењу рата: увод у међународно хуманитарно право*. Београд: Међународни комитет Црвеног крста и Факултет политичких наука Универзитета у Београду.

Landgren, K. (1995). Safety Zones and International protection: a Dark Grey Area. *International Journal of Refugee Law*, 7(3). 436-458.

Милић, Т. (2007). *Мере предострожности у међународном хуманитарном праву*. Београд: Факултет политичких наука Универзитета у Београду.

Meurowitz, H. (1981). Une révolution inaperçue: L'article 49 (2) du Protocole additionel I aux Conventions de Genève de 1949. *Osterreichische Zeitschrift für öffentlishes Recht und Völkerrecht*, 3. 29-57.

Перазић, Г. (1966). *Међународно ратно право*. Београд: Култура.

Plattner, D. (1992). Assistance to the Civilian Population: The Development and Present State of International Humanitarian Law. *International Review of the Red Cross*, 288. 249-263.

Qeuginer, J.F. (2006). Precautions under the Law Governing Conduct of Hostilities. *International Review of the Red Cross*, 864. 793-821. (794).

Радивојевић, З. (2012). Заштита коју обезбеђује статус ратног заробљеника у међународном хуманитарном праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LXIII. 9-28.

Rousseau, Ch. (1983). *Le droit des conflits armés*. Paris: Pedone.

Sandoz, Y., Swinarski, C., Zimmermann, B. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: International Committee of Red Cross. para.2241.

Sandoz, Y. (1985). Localité et zones sous protection spéciale. In *Quatre études du droit international humanitaire*,(pp.35-47), Genève: Henri Dunant Institute.

Sassoli, M., Bouvier, A. (2005). *How does law protect in war? Cases, documents and teaching materials on contemporary practice in international humanitarian law*. Geneva: International Committee of the Red Cross.

Solf, W.A. (1986). Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International law and under Protocol I. *American University Journal of International Law and Policy*, 1. 107-135.

Torelli, M. (1995). Les zones de sécurité. *Revue générale de droit international public*, 4. 787-848.

Uhler, O.M., Coursier, H. (1994). *Commentary IV Geneva Convention*. Geneva: International Committee of the Red Cross.

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

Protection of Civilians from the Effects of Hostilities in International Humanitarian Law

Summary

Depending on the nature of vulnerability of the civilian population, International Humanitarian Law (IHL) provides general protection against the effects of hostilities and special protection in case of falling under the power of the enemy.

The general protection covers the entire civilian population of all the parties involved in the conflict, no matter whose territory or power they may find themselves in and without any discrimination as to race, nationality, religion or political beliefs. General protection applies to all situations where the civilian population is vulnerable to hostilities, and it is aimed at alleviating the suffering brought by war. In order to provide effective protection against the consequences of hostilities, IHL envisages the establishment of special protected zones, prohibits attacks against civilians and civilian objects, introduces precautionary measures before attacks and against the effects of attacks, and recognizes the right to humanitarian assistance.

Civilians located in the territory ruled by a hostile power enjoy special protection because of their higher level of vulnerability to threats, blackmail and other forms of arbitrary treatment. This protection applies to a variety of situations where civilians have fallen in the power of the enemy, and it encompasses three categories of civilians. The first category includes the nationals of one party to the conflict who were residing on the territory of the hostile power and who were caught there at the outbreak of hostilities. The second category includes civilians living in the territory of their own country who have fallen under the power of the enemy forces which occupied that territory during the armed conflict and placed it under their effective control. The third category includes civilian internees in the enemy or occupied territory who were detained in special internment camps by one of the parties in conflict, and whose position is very similar to the treatment of prisoners of war.

Key words: *civilian population, civilians, protection, hostilities, occupation, internment, protected zones, prohibited attacks, precautionary measures, humanitarian aid*

Др Драган Николић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 340.15(495.02)(=16)“07/08”

Рад примљен: 30.09.2013.

Рад прихваћен: 22.10.2013.

РЕЦЕПЦИЈА ВИЗАНТИЈСКОГ ПРАВА У НАЈСТАРИЈЕМ СЛОВЕНСКОМ ПРАВНОМ ЗБОРНИКУ ЗАКОН СУДЊИ ЉУДЕМ¹

Апстракт: На конкретном примеру упоредне анализе једног словенског правног зборника (Закон судњи људем, из друге половине IX века) и једног византијског правног зборника (Еклога, из прве половине VIII века), аутор показује утицај византијског на рано словенско право. Највећи део истраживања односи се на анализу конкретних модификација до којих је дошло интервенцијом редактора у поступку рецепције аналогних чланова Еклоге, будући да су модификације до којих долази током рецепције страног права скоро увек поуздан кључ за разумевање основних друштвених, економских, политичких, верских и правних прилика у држави рецепције. Две основне групе модификација које се могу приписати редакторима словенског правног зборника јесу релативно блаже кажњавање за поједина кривична дела (у односу на казне које прописују аналогне одредбе Еклоге) и прописивање црквених казни (поста, забране долажења у цркву, забране причешћивања) које Еклога не помиње ни у једној својој одредби.

Кључне речи: Закон судњи људем, Еклога, словенско право, византијско право, рецепција права, Бугарска, Византија, рани средњи век.

1. Увод

Главни приоритет сваке новонастале ране државе био је да уз елементарну организацију апарата државне власти створи и правне норме које ће важити на њеној територији, или макар на већем делу њене територије. Постојање писаних правних норми иза којих стоји ауторитет државне

1 dnikolic@prafak.ni.ac.rs

Рад представља резултат истраживања на Пројекту “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број пројекта је 179046).

власти, иначе је основна демаркациона линија између ране државе и претходних заједница родовско-племенског типа.

У историјској пракси на просторима Европе, правноисторијска наука је идентификовала неколико основних начина настајања првих писаних правних норми у ондашњим раним државама. Први је записивање дотадашњих обичаја и неписаног обичајног права који су важили на одређеној територији или пак унутар појединих друштвених група (по правилу - племена) чији су припадници били лидери у изграђивању нове друштвене организације, тј. ране државе.² Други начин, изузетно редак у историјској пракси, био је стварање правних норми као израза аутентичне воље законодаваца, без икаквог позивања на дотадашње обичајне, етичке или религиозне норме. Са аспекта самих законодаваца, овакав пут стварања писаног права био је изузетно ризичан због могућих отпора и неприхватања таквих правних норми у друштвеној стварности. Трећи начин и пут стварања писаног (државног) права, најзаступљенији у словенском свету већ од IX века и надаље, био је преузимање (рецепција) већ постојећих правних норми из правних система других држава. По садржини и обиму, оваква рецепција се могла састојати у дословном преузимању садржаја појединих правних норми туђег права, или је могла бити рецепција уз модификацију (прераду, допуну или скраћивање преузиманих правних норми).

Сваки конкретан историјски пример рецепције права у средњем веку представља велики научноистраживачки изазов, уз остало и због тога што сами законодаваци по правилу никада јавно не наводе мотиве који су их опредељивали за овакав пут настајања правних норми. "Када је реч о раном средњем веку и о тзв. раним државама, било би пожељно да се у основи таквих размишљања налазе најмање две претпоставке: прва, да се у држави рецепције у једном тренутку појавила реална потреба да се правно регулишу неки конкретни друштвени односи који су или нови на том простору и у том времену, или су већ постојећи, али су до тада били регулисани не правним, већ другим друштвеним нормама (етичким, обичајним или религијским); друга је претпоставка да је законодавац (одн. приређивач) у садржају неке већ постојеће стране правне норме (по правилу из развијенијег правног система у односу на сопствени) препознао идеално решење за конкретан случај и зато такву правну норму преузима дословно је преводити на свој језик" (Николић, 2012: 36).

2 Интервенција, али и моћ тих првих правих, реалних (а не легендарних) законодаваца овде се огледала у могућности селекције: нису баш сви обичаји нити све раније важеће друштвене норме добијали државну санкцију, одн. прерастали у правне норме у пуном смислу речи; нешто је изостављано, нешто је модификовано, а понешто је и додавано као аутентична творевина новоустановљене државне власти.

Примена само правних метода код анализе садржаја дословно реципираних правних норми може бити од велике користи за постављање радних хипотеза, али сама по себи никада не може довести до научно утемељених одговора и поузданих резултата истраживања уколико се у истраживачки поступак не укључе још и социолошке и историјске методе. Код рецепције уз модификацију, међутим, анализа садржаја управо тих прерада, допуна и скраћивања реципираних правних норми до којих је дошло интервенцијом законодаваца у држави рецепције, може довести до веома битних запажања, сазнања, па и конкретних одговора од значаја и за правноисторијску науку и за историјску науку уопште.

Анализа садржаја одредби словенског правног зборника Закон судњи људем и одговарајућих одредби византијске Еклоге које су послужиле као узор, изузетно је добар конкретан историјски пример сагледавања феномена и потпуне рецепције права и рецепције права уз модификацију.

2. Правне норме зборника Закон судњи људем које су преузете из Еклоге

Најстарији и уједно први на народном језику написан словенски правни зборник Закон судњи људем (скраћено: ЗСЉ), настао у другој половини IX или најкасније почетком X века, највероватније на просторима бугарске државе, први је пример рецепције византијског права у словенском свету уопште. Од укупно тридесет два његова члана³, само три немају своје пандане у византијској Еклоги⁴: чл. 1 (о кажњавању свих становника села у којима се врше пагански обреди), чл. 2 (да кнежеви и судије не суде "без довољно сведока") и чл. 7а (да је при сваком суђењу потребно најмање три, а највише једанаест сведока који, да би били прихваћени на суду, треба да имају у самом Закону побројана својства).

Садржај десет чланова ЗСЉ (11, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25 и 30а) дословни је превод одговарајућих одредби Еклоге без икаквих суштинских модификација садржаја, те је у овом случају недвосмислено реч о потпуној

3 Има тридесет два члана када се, као што је уобичајено, чланови 7а и 30а броје као засебни, а када се не броје тако, што је ређе заступљено у научној литератури, ЗСЉ има тридесет чланова.

4 Службени византијски правни зборник Еклога из 726. године израђен је као приручник за судску праксу и државну администрацију, а садржао је норме стварног, облигационог, породичног, наследног, кривичног и процесног права. Еклога је битно утицала како на потоње византијско законодавство, тако и на право у државама Јужних и Источних Словена. Аврамовић С., Станимировић В., (2007), 170-171; Николић, Д. (2011), 340; Шаркић С., Поповић Д., (2012), 93-94.

рецепцији читавих правних норми византијског права. Тим одредбама правно је регулисана следећа материја: кажњивост завођења туђе веренице (чл.11 ЗСЉ = чл. XVII/32 Еклоге); накнада штете причињене у туђој шуми паљењем или сечењем (чл.14 ЗСЉ = чл. XVII/40 Еклоге); забрана самопомоћи у споровима око својине (чл. 17 ЗСЉ = чл. XVII/5 Еклоге); да родитељи и деца не могу сведочити једни против других (прва реченица чл. 18 ЗСЉ = чл. XIV/2 Еклоге); да сведоци по чувењу (тј. они који су нешто само чули) не сведоче, па макар то били и високи државни званичници (чл. 20 ЗСЉ = чл. XIV/9 Еклоге); одрицање од хришћанства војника који ратују ван своје земље или су тамо били заробљени (чл. 21 ЗСЉ = чл. XVII/6 Еклоге); накнада штете власнику коња узетог на послугу, уколико се коњ повреди или угине (чл. 22 ЗСЉ = чл. XVII/7 Еклоге); накнада штете власнику стоке која је намерно убијена или уморена глађу (чл. 23 ЗСЉ = чл. XVII/8 Еклоге); одговорност власника роба када је овај извршио крађу (чл. 25 ЗСЉ = чл. XVII/12 Еклоге); развод брака (чл. 30а ЗСЉ = чл. II/12-13 Еклоге, али је текст у ЗСЉ другачије систематизован и углавном парафразираан).

Преосталих деветнаест чланова ЗСЉ преузимано је из Еклоге уз прераду, допуна или скраћивање. Самим тим, начин њиховог постанка може се означити као поступак рецепције уз модификацију. Тим одредбама правно је регулисана следећа материја: расподела ратног плена после битке (чл. 3 ЗСЉ аналоган члану XVIII Еклоге); полни односи ожењеног мушкарца са својом робињом (чл. 4 ЗСЉ аналоган члану XVII/21 Еклоге); полни односи са туђом робињом (чл. 5 ЗСЉ аналоган члану XVII/22 Еклоге); блуд калуђера (чл. 6 ЗСЉ аналоган члану XVII/23 Еклоге где се, међутим, санкционише само полно општење са монахињом); ступање у брак са својом кумом, тј. са оном коју је крстио (чл. 7 ЗСЉ аналоган члану XVII/25 Еклоге где се, међутим, санкционише било који вид полног општења између кума и куме, тј. оне коју је крстио); полно општење са дотад невином девојком и потоње одбијање да се са њом ступи у брак (чл. 8 ЗСЉ аналоган члану XVII/29 Еклоге); силовање невине девојке било ког узраста (чл. 9 ЗСЉ аналоган члану XVII/30 Еклоге); силовање невине девојке млађег узраста (чл. 10 ЗСЉ има у виду девојку млађу од 20 година, док аналогни члан XVII/31 Еклоге - девојку млађу од 13 година); брак са крвном сродницом (чл. 12 ЗСЉ аналоган члану XVII/33 Еклоге где се, међутим, санкционише било који вид полног општења између крвних сродника); бигамија (чл. 13 ЗСЉ аналоган члану XVII/35 Еклоге); злонамерна паљевина куће (чл. 15 ЗСЉ аналоган члану XVII/41 Еклоге); насилно одвођење онога ко ужива право привременог црквеног уточишта, одн. азила (чл. 16 ЗСЉ аналоган члану XVII/1 Еклоге); права и обавезе онога ко је од непријатеља откупио слободног човека заробљеног у рату и онога чија је слобода откупљена (чл.

19 ЗСЉ аналоган члану VIII/6 Еклоге); крађа оружја у војном логору (чл. 24 ЗСЉ аналоган члану XVII/10 Еклоге); неовлашћено терање, одвођење туђег стада (чл. 26 ЗСЉ аналоган члану XVII/13 Еклоге); крађа одеће из гробова (чл. 27 ЗСЉ аналоган члану XVII/14 Еклоге где се, међутим, санкционише свако скрнављење тела покојника у гробовима); крађа у цркви, у олтару и ван олтара (чл. 28 ЗСЉ аналоган члану XVII/15 Еклоге); продаја слободног човека као роба (чл. 29 ЗСЉ аналоган члану XVII/16 Еклоге) и одредба о присвајању туђег роба (чл. 30 ЗСЉ аналоган члану XVII/17 Еклоге).

Зашто је баш Еклога из VIII века послужила као узор за израду овог најстаријег словенског правног зборника, а не у то време новији византијски правни зборници Прохирон, донет у време цара Василија I између 870. и 879. године, или Василике из првих година владавине византијског цара Лава VI који је ступио на престо 886. године? Ретко се који правни историчар усудио да на ово питање понуди утемељен одговор. Један од њих био је Стефан Бобчев, доајен бугарске правноисторијске науке. Као велики познавалац византијског и старословенског права, сматрао је да је управо Еклога “одговарала словенском правном погледу на свет више од свих других законодавних аката Византије” (Бобчев, 1998: 122).

3. Модификације правних норми Еклоге током поступка рецепције

Одредбе чл. 3 ЗСЉ о подели ратног плена после успешне битке, преузете су уз модификацију из чл. XVIII Еклоге.⁵ Шестину ратног плена после победе у војном сукобу “треба да узме кнез” (ЗСЉ), а по аналогном члану Еклоге шестина “нека се одвоји за државну благајну”. Остатак ратног плена треба да се подели војницима “на једнаке делове” (и Еклога и ЗСЉ). Следећи став овога члана који у Еклоги гласи “војним старешинама нека буде довољна предност коју већ имају у висини своје плате”, у ЗСЉ је модификован овако: “жупану је довољан кнежев део, а остатак да се дода људима према њиховим делима”. Онима “међу тим старешинама”, прецизира Еклога, одн. оним војницима из реда “кметова или обичних људи”, вели ЗСЉ, који су током битке показали изузетну храброст, поделиће се, по одредбама Еклоге, она шестина намењена за “државну благајну”, одн. по одредбама ЗСЉ поделиће им се “део од малопре поменутог кнежевог дела”. У последњем ставу члана XVIII Еклоге налаже се да сразмерном поделом ратног плена буду обухваћени и “они који су одређени да чувају теретна кола”, док је

⁵ Нумерација и текстови појединих чланова и Еклоге и правног зборника Закон судњи људем свуда у овом раду се наводе према Николић Д., Ђорђевић А. (2013), 85-108. и 109-113, где је као основа за текст Еклоге на српском језику коришћен превод Луја Маргетића из 1980. године, а за Закон судњи људем његов старословенски текст у редакцији Венелина Ганева из 1959. године.

у ЗСЉ овај став преформулисан на општији начин: "учесници у боју нека добију, али и осталима нека се да". За непоштовање ових правила о подели ратног плена не предвиђа се ни у Еклоги, ни у ЗСЉ никаква санкција, тако да су ове одредбе заправо нека врста препоруке, упутства или само констатовање тада важећих ратних обичаја у Византији које ЗСЉ преузима уз незнатне модификације.

После овог члана, у ЗСЉ почиње низ од девет узастопних чланова (4-10 и 12-13) реципираних уз модификацију из Еклоге у којима се санкционишу дела против брака, породице и полног морала: полни односи са робињом, блуд калуђера, женидба са својом кумом, одржавање полних односа са девојком без потоње намере закључења брака, силовање невине девојке, брак између крвних сродника и бигамија.

Члан 4 ЗСЉ који прописује како ће се поступати са ожењеним човеком који полно општи са својом робињом, скоро је трипут обимнији од члана XVII/21 Еклоге, по узору на који је урађен. Еклога овакву ситуацију санкционише само у једној реченици тако што прописује да ће "локални управник" одузети од власника робињу, продати је "изван провинције", а износ добијен њеном продајом унети "у државну благајну". Ова реченица је у целости реципирана у ЗСЉ уз следеће модификације: таква робиња се квалификује као "блудница", уместо речи "локални управник" стоји "кнез њене земље", уместо речи "изван провинције" стоји "нека је прода у другу земљу", а износ добијен њеном продајом, вели ЗСЉ, "да се подели сиротињи". Члан 4 ЗСЉ, у односу на аналогни члан Еклоге, има додатан текст у којем се за самог "блудника" прописује веома тешка и прецизно дефинисана црквена казна (епитимија): пост у трајању од седам година, потпуна двогодишња забрана уласка у цркву док траје литургија, па наредне две године могућност присуствовања литургији само до почетка читања Јеванђеља, а следеће две године само до почетка читања хришћанског Символа вере (тј. до "Вјерују"); тек у седмој години од престанка његове везе са сопственом робињом, он може присуствовати читавој литургији, али без права примања причешћа; у осмој години се може и причешћивати. Последњи став члана 4 ЗСЉ изузетно је кратак и по тежини превазилази све претходно прописане епитимије: "током свих седам година нека буде само на хлебу и води".⁶

Наредни члан ЗСЉ (чл. 5) такође санкционише полне односе са робињом и такође је урађен по угледу на аналогни члан Еклоге (у којој је то чл.

⁶ О разлици између црквене казне у правом смислу речи (која се изриче само свештеним лицима) и епитимије (која се изриче само световним лицима), в. Милаш, (1902): 525-539, 596-597. ЗСЉ увек има у виду само епитимије.

XVII/22). Извршилац овог дела може бити било који мушкарац (не само ожењени, као у претходном члану ЗСЉ), а кажњива радња је одржавање полних односа са туђом робињом. У ЗСЉ се санкционише тако што кривац треба да власнику робиње плати тридесет стилинга (златника), а по Еклоги – тридесет шест солида (златника). Уколико је сиромашан и не може да плати прописани износ, аналогни члан Еклоге (XVII/22) прописује да се кривац казни батинама и да плати власнику робиње “према могућностима приближно толико”, док ЗСЉ изоставља телесну казну и прописује да плати “колико има и да се подвргне посту”.

Члан 6 ЗСЉ састоји се од само ове реченице: “Блудном калуђеру да се по световном закону одсече нос, а по црквеном – подвргнути га посту у трајању од петнаест година”. Ова одреба је само у погледу субјекта кривичног дела приближно инспирисана чланом XVII/23 Еклоге који прописује да онога ко полно општи са монахињом, али и саму монахињу, треба казнити одсецањем носа, казном која је у Византији иначе била уобичајена за све тзв. сексуалне деликте.

Полни односи између мушкарца и жене коју је он крстио (те са њом на тај начин засновао сродство по кумству), санкционисани су у члану 7 ЗСЉ који је модификована рецепција члана XVII/25 Еклоге. Обоје се, ако су ступили у брак, и по Еклоги и по ЗСЉ, кажњавају раставом и одсецањем носа. Разлика је у томе што ЗСЉ има у виду само случај “када неко своју куму узме за жену”, док аналогни члан Еклоге, уз ово, изричито санкционише и другу ситуацију – када би кум са својом кумом “полно општио и без брака” (са њом). Друга је разлика што је ЗСЉ уз казну одсецања носа преузету из Еклоге, за обоје додао још и епитимију: пост у трајању од петнаест година, потпуна петогодишња забрана уласка у цркву док траје литургија, па наредне четири године могућност присуствовања литургији само до почетка читања Јевађеља, а следеће три године само до почетка читања хришћанског Символа вере (тј. до “Вјерују”); тек следеће три године могу литургији присуствовати до краја, али без права примања причешћа; када се наврши пуних петнаест година поста “на хлебу и води”, у следећој, шеснаестој години од изрицања казне, могу се причешћивати. Најзад, чл. 7 ЗСЉ има још један додаток (у односу на аналогни чл. XVII/25 Еклоге): под исту казну потпадају “и они који заведу удату жену”.

Континуирани низ од девет узастопних чланова у ЗСЉ којима се санкционишу дела против брака, породице и полног морала, наставља се чланом 8 ЗСЉ који је преузет и парафразирао текст члана XVII/29 Еклоге, са једном модификацијом и једним додатком у последњем ставу. Ко ступи

у полне односе са невином девојком, уз њену сагласност⁷, па касније не жели да са њом закључи брак, мора јој дати "литру злата" (ЗСЉ), одн. по Еклоги – "либру злата"; ако није толико имућан, вели ЗСЉ, преузимајући дословно речи из Еклоге, девојци "нека да половину своје имовине". Ако је сасвим сиромашан и нема ништа од имовине, "земаљски судија нека га бије и нека га протера из своје области" (док је у Еклоги нешто строжа казна: "нека се батина, ошиша и одведе у заточеништво"). Члан 8 ЗСЉ има у свом додатку и епитимију: "Кривац да се подвргне посту у трајању од седам година, као што смо већ прописали" (мисли се на чл. 4 ЗСЉ, јер је само ту у претходним члановима ЗСЉ прописан седмогодишњи пост).

Следећа два члана ЗСЉ (чл. 9 и 10) санкционишу кривично дело силовања невине девојке и у основним цртама садржински прате два узастопна члана Еклоге о тој материји (чл. XVII/30 и 31). У члану 9 ЗСЉ се код санкције за силовање невине девојке сасвим одступило од садржаја аналогног члана Еклоге: кривац ће се продати као роб, а његова целокупна имовина треба да припадне девојци (док члан XVII /30 Еклоге наређује другачије: "Ономе ко силује девицу, нека се одсече нос"). Члан 10 ЗСЉ, као и његов пандан чл. XVII/31 Еклоге, санкционишу силовање невине девојке млађег узраста: млађе од двадесет година (ЗСЉ), одн. млађе од тринаест година (Еклога). По одредбама ЗСЉ, кривац "нека се прода заједно са целокупним имањем, а добијени износ нека се преда девојци"; аналогне одредбе у Еклоги су нешто другачије: кривцу "нека се одсече нос и половина његове имовине преда оштећеној". Закон судњи људем и овде (у чл. 10) додаје епитимију: кривац да се подвргне седмогодишњем посту "као што је предвиђено за исто дело са вереном девојком" (мисли се на чл. 8 ЗСЉ).

Родоскрнављење се санкционише једино у члану 12 ЗСЉ, а како је ово кривично дело и у Еклоги санкционисано само у једном њеном члану (чл. XVII/33), нема сумње да су приређивачи ЗСЉ као узор могли имати само тај члан Еклоге. Овде је рецепција извршена уз изузетно скраћивање текста Еклоге и промену саме суштине одредбе, тако да им је као једина заједничка црта остала сама чињеница да и чл. 12 ЗСЉ и чл. XVII/33 Еклоге санкционишу исто кривично дело. Док Еклога прети смртном казном ("мачем") онда када су извршиоци родоскрнављења родитељи и деца, те браћа и сестре, а одсецањем носа када су извршиоци у даљем степену сродства или су у односу свекар – снаја, пасторак – маћеха, очух – пасторкиња и девер – снаја, члан 12 ЗСЉ је у односу на свој пандан из

⁷ Занимљиво је да се у једном потоњем члану ЗСЉ (чл. 10) девојка која је добровољно ступила у полне односе са неожењеним мушкарцем правно квалификује као "верена девојка".

Еклоге изненађујуће кратак: “Родоскрвник који је ступио у брак са крвном сродницом, да се растави од ње”.

Одредбе о двоженству (бигамији) из члана 13 ЗСЉ су уз незнатну модификацију преузете из члана XVII/35 Еклоге. Онај ко има две жене, мора отпустити ону са којом је касније почео да живи, а ако је са њим родила децу, и деца треба да оду са њом. За бигамисту је у оба закона прописана телесна казна (у ЗСЉ: “нека буде бијен”, у Еклоги: “нека се бичује”), а ЗСЉ је додао још и епитимију – седмогодишњи пост.

Са одредбама о бигамији, у ЗСЉ се завршава низ од девет узастопних чланова реципираних из Еклоге уз модификацију, којима се санкционишу дела против брака, породице и полног морала. Преостали чланови ЗСЉ реципирани из Еклоге уз модификацију (чл. 15, 16, 19, 24, 26-30 ЗСЉ) садрже хетерогену правну материју која се тиче паљевина кућа, њива и винограда, повреде права црквеног азила, откупа од непријатеља слободног човека заробљеног у рату, крађе у војном логору, одвођења туђег стада, крађе из гробова, крађе у цркви, продаје у ропство слободног човека и присвајања туђег роба.

Текст члана 15 ЗСЉ о паљевинама туђих кућа, њива или винограда, иначе један од најобимнијих у овом закону, преузет је у целисти уз незнатне модификације из члана XVII/41 Еклоге. То је једина одредба у ЗСЉ која прописује смртну казну. У редоследу ставова, у коришћењу речи и израза, као и реченичног склопа, приређивачи ЗСЉ се потпуно држе свог византијског узора. Чак су идентични и начини извршења смртне казне за злонамерну паљевину туђе куће “ради неке злобе или пљачке имања” (ЗСЉ), одн. “због непријатељства или због грабежа” (Еклога): за ово кривично дело извршено у граду прописана је смртна казна спаљивањем, а за дело извршено изван града – смртна казна погубљења мачем. Разлика је што је ЗСЉ за извршиоца овог кривичног дела додао и епитимију – пост од 12 година.⁸ У даљем тексту овога члана ЗСЉ, потпуно по узору на његов

8 Ова одредба је на први поглед прилично нелогична. Уколико се пође од претпоставке да епитимија од 12 година поста није унета у текст чл. 15 ЗСЉ омашком самих приређивача или грешком потоњих преписивача ЗСЉ, то би значило да се смртна казна има извршити тек по истеку дванаест година, што би било потпуно нецелисходно и у пракси вероватно неизводљиво: тешко је и замислити да се осуђени не би током тих година постарао да постане недоступан органима надлежним за извршење смртне казне. Михаил Андреев у својој студији “Нови проучвања и нови теории односно произхода на Законъ соудный людъмъ” има за ову привидну нелогичност једно прилично уверљиво тумачење: “по ЗСЉ се црквена (епитимијска) казна за најтежа кривична дела предвиђа као алтернативна. Нема смртна казна плус епитимија, сакаћења плус епитимија, продаја у ропство плус епитимија, већ или смрт, или епитимија, или ропство или епитимија, или сакаћење или епитимија” (Андреев, 1964: 41).

пандан у Еклоги, регулише се обавеза накнаде штете коју је неко причи-нио суседним имањима "из незнања или непромишљености" (ЗСЉ), одн. "услед неискуства или непажње" (Еклога), ако се прошири ватра коју је потпалио на сопственој њиви. У остатку текста овога члана, потпуно по угледу на Еклогу, ЗСЉ предвиђа сличне ситуације када нема ни кривичне, ни материјалне одговорности, као и случај када се нечија кућа случајно запали, па се пожар прошири на околне зграде.

Повреда права црквеног азила, одн. уточишта (чл. 16 ЗСЉ по угледу на члан XVII / 1 Еклоге) састоји се у покушају присилног извођења из цркве онога ко је ту добио уточиште за време до изласка пред суд који треба да одлучи о његовој кривици (тј. по тексту ЗСЉ: "да се његов поступак утврди и иследи по закону", одн. по тексту Еклоге: "како би прибегли био законито испитиван и суђен према његовом кривичном делу"). Приређивачи ЗСЉ су ове одредбе реципирали уз модификацију једино тежине казне прописане за онога ко покуша да азиланта силом изведе из цркве: док члан XVII/1 Еклоге прописује казну од дванаест удараца, чл. 16 ЗСЉ је знатно ригорознији, поштравајући казну на "сто четрдесет удараца док се не појаве ране".

Особене одредбе о откупу од непријатеља слободног човека заробљеног у рату, члан 19 ЗСЉ преузео је уз модификацију из члана VIII/6 Еклоге. Први део овога члана је ЗСЉ такорећи дословно преузео из Еклоге: када неко откупи ("од странца", вели ЗСЉ, "од непријатеља", вели Еклога), слободног човека заробљеног у рату, тај човек је дужан да му касније накнади износ који је дат за откуп, да би тек онда био слободан у правом смислу речи. Уколико не буде имао да плати износ дат за његов откуп, дужан је да за тај износ ради код онога који га је откупио. Приређивачи ЗСЉ су прецизирали да тај његов рад вреди "за сваку годину по три стилинга", чиме су модификовали нешто општије одредбе Еклоге којима се у члану VIII/6 прописује да ће "судије јасно одредити колико треба обрачунати сваку годину (рада) на име исплате откупа".

Садржај члана 24 ЗСЉ о крађи оружја или коња, преузет је уз модификацију из члана XVII/10 Еклоге. У првом ставу овога члана разлика је што ЗСЉ има у виду једино крађу оружја "у рату", док се у Еклоги место извршења овог кривичног дела дефинише шире: "у војном логору или за време ратног похода". Казна за крађу оружја је и у ЗСЉ и у Еклоги иста – батине, без ближег одређивања начина извршења. У другом ставу овога члана (ЗСЉ: "ако је украден коњ", одн. Еклога: било која "животиња"), приређивачи ЗСЉ су суштински модификовали казну прописану у Еклоги; нису преузели казну одсецања руке из аналогног члана XVII/10 Еклоге, већ су прописали да се коњокрадица "прода" (подразумева се – у ропство, одн. прода као роб).

И у члану 26 ЗСЉ, урађеном по узору на члан XVII/13 Еклоге, рецепција уз модификацију огледа се у замени казне одсецања руке (прописане у Еклоги) казном продаје у ропство онога ко трећи пут отера туђе стадо. Када је то учинио други пут, по одредбама ЗСЉ протерује се из своје области, док се по аналогним одредбама члана XVII/13 Еклоге кривац одводи у заточеништво. Први став овога члана ЗСЉ ("Ко отера туђе стадо, ако је то учинио први пут...") идентичан је свом византијском узору: казна за кривца су батине, без ближег одређивања начина извршења.

Члан 27 ЗСЉ о крађама ствари из гробова, рецепција је уз модификацију члана XVII/14 Еклоге. Док изворник прописује казну одсецања руке, ЗСЉ и у овом члану ту казну замењује казном продаје кривца у ропство.

Код кривичног дела крађе у цркви (чл. 28 ЗСЉ, уређен по угледу на аналогни члан XVII/15 Еклоге), оба правна зборника праве разлику између крађе из самог олтара и крађе у цркви изван олтара. За први, тежи вид овог кричног дела, Еклога прописује казну ослепљења кривца, док ЗСЉ ту казну замењује казном продаје кривца у ропство. Одредбе о кажњавању кривца за други вид овог кривичног дела (крађу у цркви изван олтара), ЗСЉ делимично дословно преузима из аналогног члана Еклоге, а делимично их модификује. Потпуно преузима две од три кумулативне казне (батине и шишање), док трећу казну из Еклоге (слање у заточеништво) замењује казном "да се пусти да лута по земљи као нечастиви".

Продаја у ропство слободног човека је кривично дело које Еклога у члану XVII/16 дефинише и санкционише са десетак речи: "Ко отме слободног човека и прода га, нека му се одсече рука". Члан 29 ЗСЉ, који је реципирао уз модификацију овај члан Еклоге, казну одсецања руке замењује казном превођења кривца у статус роба ("зато што је слободног претворио у роба, нека и сам то постане"). У односу на византијски изворник, радња кривичног дела је у ЗСЉ проширена и на случај када неко слободног човека задржи као (свог) роба.

Последњи, од укупно деветнаест чланова ЗСЉ реципираних из Еклоге уз модификацију, санкционише случај када неко присвоји и скрива туђег роба (чл. 30 ЗСЉ). Урађен је по угледу на аналогни члан XVII/17 Еклоге, али је у односу на Еклогу знатно ублажио обавезе онога ко присвоји туђег роба. По Еклоги, извршилац овога дела мора вратити тог роба његовом власнику, а као накнаду што га је неовлашћено држао, мора његовом власнику предати и још једног роба, или му исплатити новчани износ у висини вредности роба којег је неовлашћено држао. Овакву одребу Еклоге, приређивачи ЗСЉ ублажују у корист онога ко је присвојио туђег роба: ако не жели или не може да тог роба врати, дужан је да његовом власнику "преда другог таквог роба или да му исплати (његову) цену".

4. Закључак

Остављајући за касније радове детаљнију анализу и могућа тумачења појединих конкретних примера рецепције уз модификацију византијског права у правном зборнику Закон судњи људем, овде износимо само нека општија запажања везана за исход таквог законодавног поступка.

Упоредним посматрањем деветнаест чланова ЗСЉ и аналогних одредби Еклоге према којима су они уз модификацију формулисани, уочава се да сем два члана ЗСЉ (чл.3 и чл.19), сви остали уређују кривичноправну материју. Казне за поједина кривична дела су у ЗСЉ блаже од оних у аналогним члановима Еклоге. Једини изузетак где је то другачије, јесте члан 16. ЗСЉ где се за повреду права црквеног азила прописује казна од сто четрдесет удараца, док аналогни члан Еклоге (XVII/1) за ово кривично дело прописује казну од дванаест удараца.

Тамо где је у аналогним члановима Еклоге прописана смртна или телесна казна, редактори ЗСЉ по правилу прописују неку релативно блажу варијанту кажњавања: уместо одсецања носа – имовинску казну (чл. XVII/31 Еклоге – чл. 10 ЗСЉ), уместо смртне казне – раставу (чл. XVII/33 Еклоге – чл. 12 ЗСЉ), уместо одсецања руке – продају у ропство (чл. XVII/13 Еклоге – чл. 26 ЗСЉ, чл. XVII/15 Еклоге – чл. 27 ЗСЉ и чл. XVII/16 Еклоге – чл. 29 ЗСЉ), уместо ослепљења – продају у ропство (чл. XVII/15 Еклоге – чл.28. ЗСЉ). Слична тенденција у поступку ове рецепције уз модификацију огледа се и у члану 5 ЗСЉ, где су редактори из аналогног члана Еклоге (XVII/22) преузели само имовинску, а изоставили телесну казну.

Смртну казну ЗСЉ прописује само у једном случају (чл. 15), за онога ко “ради неке злобе или пљачке имања упали кућу”. Ту се приређивачи ЗСЉ код одређивања казне доследно држе свог византијског узора (члана XVII/41 Еклоге) чак и у погледу самог начина извршења смртне казне: спаљивање кривца (за паљевину у граду), одн. погубљење мачем (за паљевину ван града).

Следећа најочљивија разлика између одредаба ЗСЉ и аналогних чланова Еклоге јесте чињеница да ЗСЉ за многа кривична дела додаје и црквене казне (епитимије), којих, наравно, уопште нема у Еклоги као изразито световном закону државне власти Византијског царства. Ова чињеница поткрепљује хипотезу појединих правних историчара (нарочито руских и бугарских) да је Закон судњи људем настао на неком простору и у времену непосредно после примања хришћанства. У тадашњем словенском свету у суседству Византије, таква историјска ситуација била је једино у бугарској држави непосредно после 865. године, када је кнез Борис примио хришћанство и уз велике отпоре свог снажног паганског окружења

настојао да га прогласи за званичну државну религију. Уосталом, већ први члан ЗСЉ, за који је мало вероватно да је могао имати узоре у византијском праву, прописује да се село у којем се врше пагански обреди преда цркви са целокупном имовином, а да се старешине тих села продају заједно са њиховом имовином и да се добијени износ раздели сиротињи. Оваква суровост редактора ЗСЉ према паганима који су кроз приврженост својој старој вери отворено манифестовали противљење примању хришћанства, поткрепљује хипотезу да је и сам чин доношења зборника Закон судњи људем био у блиској вези са процесом покрштавања и друштвеним проблемима насталим увођењем у паганску средину једне потпуно нове религије.

Литература

- Аврамовић, С., Станимировић, В. (2007). Упоредна правна традиција. Београд.
- Андреев, А. (1964). Нови проучвања и нови теорије односно произхода на Законъ соудный людъмъ. Годишник на Софийския Университет, Юридически факултет. (LV). 29-83.
- Бобчев, С. (1998). Историја на сатаробългарското право. София.
- Ганев, В. (1959). Законъ соудный людъмъ. София.
- Margetić, L. (1980). Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. (1). 53-78.
- Милаш, Н. (1902). Православно црквено право. Мостар.
- Николић, Д. (2011). Историја права, стари и средњи век. Ниш.
- Николић, Д. (2012). Закон судњи људем – најстарији словенски правни споменик. Зборник радова Правног факултета у Нишу. (LXIII). 29-38.
- Николић, Д., Ђорђевић, А. (2013). Законски текстови старог и средњег века. Ниш.
- Шаркић, С., Поповић, Д. (2012). Велики правни системи и кодификације. Нови Сад.

Dragan Nikolić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

***Reception of Byzantine Law in Zakon sudnyi lyudem,
the earliest Collection of Slavonic Laws***

Summary

This paper is a result of the author's comprehensive research on the impact of Byzantine law on the early Slavonic law in the Slavic states neighboring the Byzantine Empire. The subject matter of analysis is the content of 19 articles of Zakon sudnyi lyudem (Court law for laity), the earliest collection of Slavonic laws which is believed to originate from the second half of the 9th century. Even though this collection of early Slavonic laws comprises a total of 32 articles, these 19 articles are particularly interesting because their content was a result of reception and further adaptation of respective articles contained in the Byzantine Code known as the Ecloga, originating from the first half of the 8th century. In the course of reception of the Byzantine legal norms, the editors of this early Slavonic legal document introduced significant modifications in the contents of some articles; these modifications are highly important in the attempt to reconstruct the social, economic, political, religious and legal circumstances in the state of reception. Out of the 19 modified articles, as many as 17 articles regulate the subject matter of criminal (penal) law.

Upon a comparative analysis of the contents of respective provisions contained in the Byzantine Ecloga and the Slavonic legal document Zakon sudnyi lyudem, the author has noted two prominent tendencies underlying the process of reception and modification of the Byzantine law. The first tendency was reflected in the fact that the punishment for some criminal offences in the Slavonic collection of laws were relatively more lenient than those contained in the respective articles of the Byzantine Ecloga; thus, instead of the cruel punishment involving the mutilation of body parts (such as: cutting off one's nose/hand/fingers, or blinding the perpetrator) which was prescribe in the Ecloga, the editors of the Slavonic legal document prescribed different forms of monetary punishment (such as a fine or confiscation of property), or servitude (selling the perpetrator into slavery). The second prominent tendency was that the editors of the Slavonic legal document amended the traditional types of criminal sanctions by introducing a corpus of ecclesiastical law penalties and penances (such as: long-term fasting which could last for years; temporary prohibition of attending church services or taking part in the Divine Liturgy; prohibition of receiving the Holy Communion; etc.) The latter development is the result of the editors' intervention and modification of the legal norms received and adopted from the Ecloga, particularly given the fact that none of the provisions in the Byzantine code contained any form of punishment which was within the jurisdiction of ecclesiastical (canon) law.

Key words: *Zakon sudnyi lyudem, Ecloga, Slavonic law, Byzantine law, reception of law, Bulgaria, Byzantine Empire, early Middle Ages*

Др Невена Петрушић,
Редовна професорка Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.63(436)

Рад примљен: 30.09.2013.
Рад прихваћен: 29.10.2013.

АУСТРИЈСКИ МОДЕЛ ПОМОЋИ И ПОДРШКЕ ДЕТЕТУ У ПОСТУПКУ ЗА УРЕЂИВАЊЕ РОДИТЕЉСКОГ СТАРАЊА И ЛИЧНОГ КОНТАКТА¹

Апстракт: Рад је посвећен аустријском моделу помоћи и подршке детету у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта, установљеном Савезним законом о ванпарничном поступку Аустрије из 2003. У раду је најпре указано на међународне стандарде у погледу процесних права детета у судским поступцима који га се тичу, као и на поједине моделе помоћи и подршке детету у упоредном праву. Изложен је сумарни преглед реформи аустријског законодавства у области родитељског старања, којима је унапређен правни положај детета у породичним односима. Централни део рада садржи приказ и анализу оних прописа о поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта којима је операционализовано право детета да буде саслушано, као и да добије одговарајућу помоћ и подршку у остваривању појединих процесних права. У том контексту размотрена је процесна делатност коју суд предузима у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта у циљу остваривања процесних права детета, као и улога специјализованих служби на које се суд ослања приликом предузимања ове делатности.

Кључне речи: дете, родитељско старање, лични контакт, процесна права детета, суд, *Kinderbeistand*, *Besuchsbegleitung*, *Familiengerichtshilfe*.

1 nevena.petrusic@gmail.com

* Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број пројекта је 179046).

1. Увод

У последњих неколико деценија аустријско породично право доживело је потпуну трансформацију. На то су утицали многи фактори: структуралне промене саме породице, промене у родним улогама, парадигматичне промене у поимању детињства и родитељства, као и други чиниоци условљени развојем аустријског друштва. Измене су, такође, биле израз потребе да се имплементирају међународни стандарди у домену људских права и права детета, да се право Европске уније, чија је Аустрија чланица, транспонује у национално законодавство, као и да се домаћи правни систем усклади са савременим принципима, трендовима и правцима развоја европског права о родитељској одговорности, које се постепено унификује и хармонизује (Pintens, 2003: 3), захваљујући, пре свега, раду Комисије за европско породично право.²

Паралелно са новелирањем прописа којима су уређени односи родитеља и деце, у аустријском праву креирано је и низ процесних механизма којима се унапређује положај детета у судским поступцима у којима се одлучује о његовим правима и интересима. У овом раду размотрена су законска решења о пружању помоћи и подршке детету у поступку у којем се уређује родитељско старање и његов лични контакт са родитељима. Ради се о новом моделу помоћи и подршке детету установљеном аустријским *Савезним законом о ванпарничном поступку* из 2003.³ који се примењује у једном од

2 Комисија за европско породично право (Commission on European Family Law - CEFL) је експертска група основана 2001. са задатком да ради на хармонизацији породичног права на европском нивоу. Поред осталог, Комисија је израдила документ под називом *Principles of European family law regarding parental responsibilities*. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>.

3 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, od 12. 12. 2003. (BGBl I 112). Закон је ступио на снагу 1. 1. 2005. (У даљем тексту: AußStrG). AußStrG је резултат вишегодишњег рада на реформи ванпарничног процесног права, које је први пут кодификовано Законом о судском поступку у ванпарничним стварима, уведеним Царским патентом из 1854. Неколико је кључних разлога због којих се приступило реформи ванпарничног поступка. Пре свега, стари *Закон о судском поступку у ванпарничним стварима* из 1854., који спада у ред „процесних метузалема“, (Маганић, 2006: 485) није у потпуности регулисао ванпарничне поступке, тако да су судови били принуђени да сами креирају правила поступања. Такође, временом су и другим законима уређени поједини ванпарнични поступци, што је материју ванпарничног поступка чинило непрегледном и изазивало правну несигурност. Такво стање је било неодрживо, имајући у виду принципе правне државе и стандарде правичног поступка (Образложење AußStrG, 2003). Због тога је законодавац у потпуности изменио концепт ванпарничне процедуре и креирао читав низ нових општих ванпарничних процесних правила, садржаних у чак 80 параграфа, којих је неупоредиво више у односу на број

најчешће вођених поступака из домена односа родитеља и деце. Да би се овај модел сагледао, у раду су најпре изложени кључни међународни стандарди о процесним правима детета у судским поступцима и дат је кратак упоредни преглед појединих модела помоћи и подршке детета којима су ова права детета операционализована.

С обзиром да је у Србији отпочео рад на доношењу Закона о правима детета,⁴ као и да предстоји реформа ванпарничног процесног права, корисно је размотрити решења за која се определио аустријски законодавац, посебно ако се има у виду да је аустријско право традиционално служило за узор домаћем законодавцу.

2. Процесна права детета у судским поступцима - међународни стандарди и упоредноправна решења

Кључно полазиште савременог права јесте да је дете аутономни правни субјекат и самостални титулар људских права и слобода, прилагођених његовим развојним потребама, чиме се обезбеђује задовољавајући степен слободе личности и самоодређења детета. Овакав правни статус детета резултат је промена у поимању детињства, као социјалне и културне категорије, и коначног уобличавања концепта „права детета“ (Фреман, 1983: 21).

Идеја о детету као аутономном правном субјекту нормативно је уобличена Конвенцијом УН о правима детета.⁵ Овај основни међународни документ у области дечијих права по први пут детету гарантује широку палету грађанских, политичких, економских и културних права, међу којима и право детета да слободно изрази своје мишљење о свим питањима која га се тичу (чл. 12. КПД. Сагласно томе, прописано је да се мишљењу детета мора посветити дужна пазња у складу са годинама живота и зрелости детета, као и да се у свим судским и административним поступцима који

општих ванпарничних процесних правила из раније важећег закона, која су била садржана у 19 параграфа (Салма, 2008: 243). Ипак, нова општа ванпарнична процесна правила не чине општи ванпарнични поступак, како се у литератури наводи (Салма, 2008: 243), већ она и даље представљају скуп општих, заједничких ванпарничних процесних правила. Нека од ових правила важе само у поступцима који се покрећу *ex officio*, док друга важе само у поступцима заснованим на начелу диспозиције, и то под условом да за конкретни поступак није прописано неко друго специфично процесно правило.

4 Рад на овом закону иницирао је 2009. Заштитник грађана Републике Србије, формирањем радне групе за израду закона.

5 *Convention on the Rights of the Child* (у даљем тексту КПД), усвојена је 20.11.1989. а ступила на снагу 2. 09. 1990. год.

се односе на дете, детету мора пружити прилика да буде саслушано, било непосредно или преко заступника или одговарајућег тела, на начин који је у складу са процесним правилима националног законодавства.

Права установљена Конвенцијом о правима детета додатно су разрађена и операционализована Европском конвенцијом о остваривању дечијих права,⁶ којом су прописани процесни механизми за заштиту појединих права детета. Овом Конвенцијом установљен је читав низ посебних процесних права детета (Палачковић, 2000: 539-551), чије вршење обезбеђује да дете ефективно учествује у свим у поступцима који тангирају његова права и интересе⁷ и слободно изрази своје мишљење.⁸ Изричито је гарантовано право детета да тражи пружање свих релевантних информација, да буде консултовано и изрази своје мишљење, да буде обавештено о могућим последицама које би настале прихватањем његовог мишљења, као и о могућим последицама било које одлуке (чл. 3. ЕК). Такође, у ситуацијама у којима између детета и родитеља постоји сукоб интереса, дете има право да захтева постављање посебног (колизионог) заступника (чл. 4. ЕК). Поред процесних права детета која гарантује сама ЕК, од држава чланица се очекује да размотре могућност признавања додатних процесних права, а посебно право детета да захтева помоћ одговарајуће особе коју само изабере, која би му помогла да изрази мишљење, право детета да захтева именоване посебног заступника, укључујући и адвоката, право детета да именује свог сопственог заступника, право да остварује сва или поједина права која припадају странкама у поступцима који се тичу детета (чл. 5. ЕК). Ради остваривања процесних права детета, одредбама ЕК утврђене су и одговарајуће дужности суда. Према чл. 6. ЕК, суд је дужан да размотри да ли је прибавио све потребне информације како би донео одлуку која је у најбољем интересу дјетета, те да, ако оцени да је потребно, прибави и додатне информације, нарочито од носилаца родитељских одговорности. Уколико се, према унутрашњем праву, сматра да дете има довољну способност разумевања, суд је дужан да испита да ли је дете добило све потребне информације, да детету пружи савете, непосредно

6 *European Convention on the Exercise of Childrens' Rights*, Council of Europe, ETS No. 160 (у даљем тексту ЕК), отворена је за потписивање 25. јануара 1996., а ступла на снагу 7. 01. 2000. О значају Европске конвенције, шире: Храбар, 1996: 391-403.

7 У т. 2. чл. 1. ЕК, под насловом „Домашај и циљ Конвенције“, наводи се да је циљ Конвенције „да, у најбољем интересу деце, унапређује њихова права, призна им процесна права и олакша остваривање тих права обезбеђујући да деца, сама или посредством других особа или тела, буду информисана и да им се дозволи да учествују у поступцима пред правосудним органима који се њих тичу“. При томе појам „правосудни орган“ обухвата „суд или административни орган са једнаким овлашћењима“ (чл. 2. т. 2. ЕК).

8 Чл. 1. ст. 2. ЕК.

или посредством других особа или органа, на начин прилагођен детету и његовој способности разумевања, изузев ако је то у очигледној супротности с најбољим интересима детета, да омогући да дете изрази своје мишљење и да мишљењу детета прида дужни значај.

У процесу усклађивања националних прописа са стандардима КПД и ЕК, државе су изградиле разноврсне механизме како би детету обезбедиле да на одговарајући начин оствари своја права у поступку (Петрушић, 2002: 99). Кад је реч о помоћи и подршци која се у судским поступцима пружа детету како би остварило своја процесна права, у упоредном праву развијени су различити модели. Тако је, на пример, у Енглеског је развијен тзв. „тандем-модел“, чија се основна идеја огледа се у томе да током судског поступка који се тиче детета детету пружају помоћ и подршку два стручњака са комплементарним улогама: *Guardian ad litem*, кога поставља суд, обично независан социјални радник, чији је задатак да истражи све релевантне чињенице, утврди жеље и потребе детета и о томе информише суд, и правни стручњак (*Advocate*), задужен за правно саветовање и предузимање процесних радњи.⁹ Остварујући своје посебне задатке, ови стручњаци успостављају однос поверења са дететом, заједнички граде стратегију заштите права детета и пружају подршку један другоме у остваривању својих посебних задатака. У Канади правну помоћ и подршку детету пружају дечији адвокат (*child's advocate*) или посебан старатељ (*guardian ad litem*), кога поставља суд или тзв. приљатељ суда (**amicus curiae**), кога, такође, поставља суд.¹⁰ У појединим амаричким државама помоћ и подршку деци пружају посебни заступници које поставља суд, а то могу бити адвокати и лаички заступници - волонтери, који су посебно едуковани за заступање детета пред судовима за малолетнике и породичним судовима. Посебно велики значај у америчком правном систему имају тзв. CASA заступници, специјални заступници волонтери које поставља суд - *Appointed Special Advocate volunteers* (Петрушић, 2006: 173). Изграђени су посебни стандарди о начину рада заступника које поставља суд,¹¹ а однос између судова и заступника регулисан је посебним уговором (Петрушић, 2006: 174).

9 У пракси, ови стручњаци редовно одржавају интердисциплинарне састанке, на којима евалуирају рад, размењују информације и припремају даље активности. (Петерс, 1997: 226-244).

10 Ронда, 2002: 14.

11 Видети, на пример *Standards with Comments for Guardians Ad Litem in Missouri Juvenile and Family Court Matters*. [Electronic version]. Retrieved 10, October 2013, from <http://www.rollanet.org>.

3. Аустријски модел помоћи и подршке детету у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта детета са родитељима

3.1. Сумарни преглед нормативних измена у домену родитељског старања

Правни концепт родитељства, уобличен *Аустријским грађанским закоником* из 1811.¹² по први пут је темељно реконструисан 1970., усвајањем *Савезног закона о правном статусу деце рођене изван брака*,¹³ којим су изједначена права брачне и ванбрачне деце, а у погледу родитељског старања мајци су призната иста права која припадају и оцу. Усвајањем *Савезног закона о реорганизацији родитељског старања о деци* из 1977.,¹⁴ уведен је концепт добробити детета (*Kindeswohl*), као врховни правни принцип и критеријум који обавезује свакога ко се о детету стара и одлучује о његовим правима. Новелама овог закона из 1989.,¹⁵ уведена је потпуна забрана физичког кажњавања деце (чл. 146а АБГБ), а концепт “родитељски ауторитет”, замењен концептом “родитељско старање”,¹⁶ како би се јасно показало да дете није објекат у власти родитеља, већ титулар права на родитељско старање (Kerschner, 2000: 25).

Аустрија је 1992. ратификовала *Конвенцију УН о правима детета* из 1989., а 1999. потписала *Европску конвенцију о остваривању права детета*, што је био повод да Аустрија приступи новом циклусу законодавних реформи, којима је знатно унапредила правни оквир породичних односа и заштиту права која из њих проистичу, укључујући и права детета.¹⁷ Први корак учињен је

12 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 1. 6. 1811. ступио на снагу 1. 01. 1812. Закон сада носи назив Аллгемеинес Бјргерлицхес Гесетзбуцх ((у даљем тексту: АБГБ). Овај и други аустријски закони цитирани у овом раду доступни су на интернет адреси: <http://www.ris.bka.gv.at>, са које су и преузети.

13 Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung unehelicher Kinder, Bundesgesetzblatt, BGBl. 1970/312.

14 Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl. 1977/403.

15 Bundesgesetz über die Änderung des Kindschaftsrechts, BGBl. 1989/62.

16 Према важећим прописима, родитељско старање, у ширем смислу, обухвата задовољавање потреба детета, укључујући пружање сваког вида подршке (чл. 140. АБГБ), док у ужем смислу њега чини чување и нега детета, старање о образовању, управљање имовином детета и правно заступање у свим овим областима (чл. 144. АБГБ) (Ротх, 2008: 5).

17 У декади након усвајања Конвенције о правима детета Аустрија је предузела низ активности у оквиру Националног акционог плана (Resolution of the Nationalrat, E-156-NR 18. GP) како би промовисала права детета и побољшала положај деце, посебно

усвајањем *Савезног закона о заштити од насиља у породици* из 1996.,¹⁸ који обезбеђује делотворно спречавање насиља у породици и адекватну помоћ и подршку жртвама (Талер, 2007).¹⁹ Промене у домену родитељског старања извршене су усвајањем *Закона о изменама закона о родитељском старању над децом* из 2000.,²⁰ који је проширио принцип родитељске одговорности и унапредио положај детета²¹ у судским поступцима, прописивањем дужности суда да детету омогући да се изјасни о начину родитељског старања и узме у обзир мишљење детета (чл. 146. тач. 3. АБГБ). Детету је изричито признато право на контакте са родитељем са којим не живи (чл. 148. АБГБ). Поред тога, законом је фаворизовано заједничко старање о детету (*Gemeinsame Obsorge*). За овај облик старања је, као неопходан услов, било прописано да се родитељи морају о томе споразумети, што је подразумевало и споразум о „главном месту пребивалишта детета“.²²

Пратећи европски тренд развоја алтернативних метода за мирно решавање спорова,²³ Аустрија је 2003. усвојила *Закон о медијацији у грађанскоправним стварима*,²⁴ којим је постављен правни оквир за примену медијације и у брачним и породичноправним стварима (Casals, 2005).

Најновије измене у домену родитељског старања извршене су 2013., усвајањем *Закона о изменама и допунама прописа који се односе на родитељско*

деце из осетљивих друштвених група. Преглед активности садржан је у *National report Austria*, United Nations General assembly, Special session (UNGASS) on Children 2001, [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from http://www.unicef.org/specialsession/how_country/edr_austria_en.PDF

18 *Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie*, BGBl. I 759/1996.

19 Детаљно о решењима овог закона: Логар, 2005: 3-6.

20 *Kindschaftsrechtsänderungsgesetz*, BGBl. I 135/2000. Закон је ступио на снагу 21. 9. 2001.

21 Овим законом граница пунолетства смањена је са 19 на 18 година (пар. 21. ст. 2. АБГБ).

22 У случају престанка заједнице живота, развода или поништења брака, заједничко старање родитеља се несметано наставља, с тим што је сваки родитељ овлашћен да од суда тражи измену режима заједничког старања и доношење одлуке којом се дете њему поверава на самостално старање (Boele-Woelki, Braat, Sumner, 2005: 55).

23 Пресек стања у развоју породичне медијације у државама ЕУ садржан је у извештају: *Family mediation in the European Union, (2005)*, European Network of National Observatories on Childhood. [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from http://www.childoneurope.org/issues/family_mediation.htm. О европским стандардима медијације, видети: Петрушић, 2008: 56.

24 *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG)*, BGBl. I 29/2003. закон је ступио на снагу 1. марта 2004.

старање и одређивање имена детета.²⁵ Ове измене су превасходно биле израз потребе да се обезбеди потпуно једнак третман брачне и ванбрачне деце, али и да се очеви ванбрачне деце изједначе са очевима брачне деце у погледу могућности да остварују право на родитељско старање јер су раније важећи прописи у том погледу били дискриминаторни.²⁶ Поред тога, измењен је и став у погледу могућности да сам суд одреди заједничко старање тако што је суд овлашћен да одреди заједничко старање и када родитељи о томе нису постигли споразум, чиме је и у Аустрији заједничко старање постало доминантни облик родитељског старања, какав је случај и у многим другим западним земљама (Ковачек-Станић, 2002: 231). Ради остваривања добробити детета, законодавац је знатно олакшао и трансфер родитељског старања са једног родитеља на другог, као и прерасподелу овлашћења која чине садржину родитељског старања. Такође, важна новина јесте и могућност да суд донесе привремену одлуку о заједничком родитељском старању, на период од шест месеци, с тим што се у овом периоду врши непосредни увид у породичну ситуацију и начин остваривања заједничког старања, како би се испитало како заједничко старање практично функционише и да ли је оптимално решење с аспекта интереса детета. Послове мониторинга врше стручна лица *Familiengerichtshilfe*, новоформиране службе која је специјализована за пружање помоћи породичним судовима.²⁷ Након периода провере, суд доноси коначну одлуку о облику родитељског старања. До сада су *Fami-*

25 *Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz*, BGBl. I Nr. 15/2013. (у даљем тексту: Закон из 2013).

26 Образлажући потребу за изменама закона, Министарство правде је указало да је Савезни уставни суд одлуком од 21. јула 2010. утврдио да су тада важећи прописи ограничавали родитељско право оца ванбрачног детета, који је могао да оствари право на родитељско старање над дететом само ако је мајка детета пристала на заједничко старатање или је одбила да се самостално стара о детету, при чему није постојала могућност да суд измени начин остваривања родитељског старања, у складу са интересима детета. Видети: *Pressemitteilung: Neues Sorgerecht nimmt gesellschaftlichen Wandel auf*, http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130131_Neues%20Sorgerecht.html?nn=1469052. Новим прописима регулисано је да у погледу старања о ванбрачном детету родитељи могу склопити писани споразум о заједничком старању, а отац ванбрачног детета овлашћен је да од суда тражи доношење одлуке о родитељском старању, будући да родитељско старање над ванбрачним дететом по самом закону припада мајци (пар. 166. АБГБ). Да би се предупредило склапање исхитрених споразума, омогућено је склапање привремених споразума (чл. 177. ст. 2. АБГБ). Уколико споразум није у интересу детета, суд га може прогласити ништавим и својом одлуком уредити начин родитељског старања. За случај да родитељи не постигну споразум, отац детета може од суда тражити уређивање начина његовог „учешћа“ у родитељском старању.

27 О улози *Familiengerichtshilfe* у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта са дететом, видети *инфра* 3.3.

liengerichtshilfe формиране при четири окружна суда,²⁸ а планирано је да до средине 2014. буду формиране при осталим судовима (Barth, 2013).²⁹

Закон из 2013. новелирао је и прописе о одржавању личног контакта родитеља са дететом са којим не живи. Уместо ранијег термина “посета” - “*Besuchsrecht*”, уведен је термин “лични контакт” - “*Persönlicher Kontakt*”, са циљем да се нагласи да одржавање личног контакта родитеља са дететом представља право детета, односно обавезу родитеља. Суд је надлежан да на захтев родитеља уреди одржавање контаката детета са родитељем, као и са трећим лицима, а овлашћен је да од *Familiengerichtshilfe* затражи да прати да ли родитељ занемарује контакт са дететом или га остварује, да ли дете на време узима и враћа родитељу који самостално врши родитељско право и сл., уз могућност да родитељу који не испуњава ове родитељске дужности наложи да то убудуће чини.

3.2. Процесна позиција детета и облици помоћи и подршке детету

Процесна позиција детета и пружање помоћи и подршке детету у поступку у коме се уређује родитељско старање и лични контакт родитеља са дететом регулисани су у 7. одељку *AußStrG*, под насловом “Уређивање родитељског старања и личних контаката” (“*Regelung der Obsorge und der persönlichen Kontakte*”). Ради се о посебном ванпарничном поступку који је регулисан општим ванпарничним процесним правилима садржаним у пар. 1-80. *AußStrG*³⁰ и посебним ванпарничним процесним правилима садржаним у пар. 104-111. *AußStrG*.³¹

28 Ради се о посебним одељењима окружних судова који поступају у породичноправним стварима (par. 23b *Gerichtsverfassungsgesetzes*, BGBl. I S. 1077, BGBl. I S. 1938).

29 Par. 106c *AußStrG* прописано је да је савезни министар правде овлашћен да оснива *Familiengerichtshilfe*, у складу са расположивим буџетским, организационим, техничким и људским ресурсима, узимајући у обзир економску одрживост *Familiengerichtshilfe* при суду за који се оснива. Такође, истим параграфом је прописано да је суд, у мери у којој је то могуће и потребно, дужан да *Familiengerichtshilfe* обезбеди бесплатно коришћење просторија у згради суда и потребну телекомуникациону опрему.

30 Собзиром да је даљи текст посвећен анализи правила садржаних у *AußStrG*, увек када се у тексту наводи конкретна законска одредба, без означавања законског извора, реч је од одредби садржаној у *AußStrG*.

31 Уређивање родитељског старања и личних контаката је само једна од правних ствари које су из парничног пребачене у ванпарнични поступак, који је, као процесни метод, флексибилнији, бржи, мање формалан и оријентисан на помоћ, уз могућност споразумног решавања конфликта у оквиру или изван судског поступка, уз помоћ и подршку социјалних и психолошких саветника и миритеља. Према *AußStrG*, у ванпарничном поступку одлучује о пореклу детета, о издржавању малолетног

Једна од најважнијих новина аустријског ванпарничног поступка за уређивање родитељског породичног старања и личног контакта³² огледа се у томе што је законодавац прописао читав низ правила која обезбеђују да дете буде стварни субјект у овом поступку, а не „објект“ поступања. Нова правила су базирана на идеји да је дете титулар права и слобода, које остварује у складу са својим развојним способностима.³³ Полазећи од принципа аутономије детета, детету је обезбеђен пун процесни субјективитет у овом поступку, као и независно заступање и одговарајућа помоћ и подршка, а креирана су законска решења која обезбеђују да дете буде информисано о свим аспектима правне ствари, да његове аутентичне жеље и мишљење буду утврђени, вредновани и уважени и остваре одговарајући утицај на садржину саме одлуке.

Пре свега, у поступку у којем се уређује родитељско старање и контакт са децом деци је призната активна процесна легитимација (пар. 176. ст. 3. АБГБ), а деци старијој од 14 година призната је процесна способност тако што је у пар. 104. изричито прописано да дете старије од 14 година може самостално да предузима процесне радње. Суд је дужан да процени способност детета да разуме своја процесна права у поступку и да, уколико оцени да је потребно, пре његовог саслушања, упути дете да користи услуге саветовања.

Законски заступник није лишен могућности да заступа дете, без обзира на то да ли оно процесно способно,³⁴ али је суд овлашћен да родитељу одузме

детета и сродника у правој линији, даје се одобрење за усвојење детета, одлучује о споразумном разводу итд.

32 Анализа садржине правила *AußStrG* којима је овај поступак уређен показује да су она двојаког карактера: нека од ових правила су типична процесна правила, којима се уређује начин поступања процесних субјеката, док су многа материјалноправног карактера. Овакав законодавни приступ је последица саме природе ванпарничних поступака, од којих се сваки понаособ води да би произвео тачно одређене последице у материјалноправним односима, што условљава да између материјалноправних и процесноправних правила често постоји нераскидива веза (Марковић, 1972: 34).

33 Петрушић, 2006: 169. Ове идеје су у пуној мери нашле свој израз у документу *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130131_Neues%20Sorgerecht.html?nn=1469052. Овај иновативни документ је усмерен ка изградњи правосудног система који гарантује поштовање и делотворно остваривање свих права детета на највећем могућем нивоу, што, између осталог, подразумева правосуђе које је доступно, прилагођено узрасту детета, ефикасно, темељно, прилагођено и фокусирано на потребе детета. (Видети Одељак 2, Дефиниције, тач. ц).

34 О режиму правног заступања детета у аустријском праву, видети: *Report on Survey on the national systems of children's legal representation*. [Electronic version]. Retrieved 20,

право на заступање детета ако својим поступањем угрожава интересе детета (пар. 212. ст. 2. и 3). Уколико су захтеви детета и његовог законског заступника супротни, суд је дужан да приликом одлучивања узме у обзир све захтеве.

Процесни положај детета ојачан је и правилом по којем суд у поступку по ревизији детету старијем од 14 година које нема адвоката може, на његов захтев, одредити бесплатног адвоката, и то без претходне провере имовинско-правних претпоставки.³⁵

Важна новина огледа се и у успостављању специфичног модела помоћи и подршке детету ради његовог ефективног учешћа у поступку. Наиме, одредбама пар. 104а, под рубромом „Подршка за дете“, прописано је да се детету млађем од 14 година одређује „особа за подршку“ (*“Kinderbeistand”*), уколико је то потребно, посебно имајући у виду интензитет конфликта између других странака у поступку. Под истим условима ова особа може бити одређена и детету млађем од 16 година, уколико је дете с тим сагласно (Пеликан). За обављење ове специфичне функције, могу бити именоване особе које су за то погодне, с обзиром на њихово занимање и ниво обучености и искуства у раду са децом и младима.³⁶

Особа за подршку детету дужна је да са дететом развије однос поверења, да детету пружа психолошку подршку, перманентно га информише о развоју поступка и да, уз сагласност детета, суду пренесе мишљење детета. Ова особа је дужна да, као тајну, чува све чињеница које су јој поверене или постале познате.³⁷ Да би особа за подршку могла успешно да оствари поверену функцију, прописано је неколико посебних правила: особа за подршку детету има право на увид у све списе предмета, мора бити обавештена о свим рочиштима, има право да присуствује свим усменим расправама и да малолетника прати приликом извођења доказа ван усмене расправе, уколико дете то жели. Такође, овој особи морају бити достављени сви поднесци које су странке упутиле током поступка.³⁸

September 2013, from <http://www.childoneurope.org/issues/legal/Report%20legal%20representation.pdf>

³⁵ Према пар. 6., у ванпарничним поступцима у којима странке истичу супротстављене предлоге, у жалбеном поступку их мора заступати адвокат. Такође, адвокат мора заступати странке и у поступку по ревизији.

³⁶ Особа коју је суд именовано као особу за подршку детету може одбити именовање, под истим условима под којима вештак може тражити своје изузеће (пар. 104а ст. 4).

³⁷ Пар. 104а ст. 2.

³⁸ Пар. 104а ст. 3.

Особа за подршку детету функција по правилу престаје правноснажношћу одлуке којом је правна ствар решена, али је она дужна да након окончања поступка са дететом продискутује сам поступак и његов исход.³⁹ Суд је овлашћен да особу за подршку детету разреши и пре правноснажности одлуке, уколико то захтева добробит детета, и да уместо ње именује другу особу. Уколико током обављања функције буде покренут неки други поступак који се односи на дете, особа за подршку наставља да врши функцију до окончања тог поступка.⁴⁰

У поступку за уређивање родитељског старања и одржавања контаката са дететом, суд је дужан да дете лично саслуша. На захтев суда, дете могу да саслушају и представник специјализоване службе *Jugendwohlfahrtsträger*,⁴¹ представник *Familiengerichtshilfe*, или вештак, ако се ради од детету које није напунио 10. годину живота, а такав начин саслушања је потребан због степена развоја детета, његовог здравственог стања или ако се не може очекивати изражавање озбиљног мишљења, односно формирање мишљења без спољних утицаја.⁴²

Имајући у виду важност права детета да буде саслушано, законодавац је одредбама *AußStrG* изричито прописао изузетке од правила да се дете обавезно саслушава. Према одредби пар. 105. ст. 2, дете се не саслушава ако би саслушањем могла да буде угрожена његова добробит и ако је очигледно да дете, због нивоа способности разумевања, не може дати “промишљено мишљење”.

Принцип аутономије детета имплементиран је прописивањем правила да је у поступку у којем се одлучује о захтеву родитеља да се уреди његов контакт са дететом суд дужан да такав захтев одбије ако је у питању дете старије од 14 година, које одбија контакт са родитељем.⁴³

У поступку за уређивање родитељског старања и контакта са дететом суд је овлашћен да самоиницијативно наложи законом прописане мере у циљу заштите добробити детета и адекватног испуњавања родитељских

39 Пар. 104а ст. 5.

40 Пар. 104а ст. 5. (*in fine*).

41 *Jugendwohlfahrtsgesetzes*, BGBл. 161/1989.

42 Пар. 105. ст. 1.

43 Пре него што одбије захтев, суд је дужан да странкама укаже на то да одржавање контаката принципијелно погодује добробити детета, као и да покуша да наведе странке да се споразумеју. Уколико у току поступка странке склопе споразум о одржавању личног контакта детета и родитеља, суд је дужан да испита садржину споразума, да га одобри, ако утврди да је он у складу са добробити детета, и обустави поступак (пар. 109).

дужности,⁴⁴ посебно у ситуацијама када испуњавање ове дужности угрожава други родитељ.⁴⁵ Исто тако, суд је овлашћен да, уколико то захтева добробит детета, одреди погодну особу која ће бити пратилац и пружати подршку детета у приликом остваривања права на лични контакт („пратилац током посете“ - „*Besuchsbegleitung*“).⁴⁶ У предлогу за одређивање пратиоца пратилац мора бити именован, што се може учинити и навођењем назива службе/установе која ће одредити пратиоца. Именовано лице, односно служба морају бити укључени у поступак у којем се одлучује о одређивању пратиоца, а у решењу којим одређује пратиоца суд је дужан да у основним цртама дефинише задатке и овлашћења пратиоца.⁴⁷

3.3. Помоћ специјализованих служби

Да би суду омогућио да успешно испуни своје дужности, законодавац му је отворио широку могућност за коришћење услуга специјализованих служби. Пре свега, да би свеобухватно сагледао околности у којима дете живи и формирао правилну подлогу за своју одлуку, суд у току поступка може да саслуша представника специјализоване службе *Jugendwohlfahrtsträger*.⁴⁸ Поред тога, *Законом* из 2013. *AußStrG* је допуњен новом одредбом прописаном пар. 116а, којом је суду омогућено да користи и услуге

44 У Аустрији су после усвајања *AußStrG* развијени многи успешни модели подршке одговорном родитељству. Тако, на пример, у 156 градова Аустрије постоје тзв. кафеи за посете, („*Besuchsaufe*“), чији је рад спонзорисан из јавних фондова. У овим кафеима, који су својеврсни „бесконфликтни простори“, налазе се стручне особе које су посебно обучене за пружање подршке и посредовање, које на захтев родитеља могу да посредују у поновном успостављању прекинутих контаката са дететом, да прате начин одржавања личног контакта, посебно у ситуацијама када родитељи нису у складном односу. Кафеи за посете постали су веома популарни и њихов рад организује 36 удружења из свих девет аустријских покрајина (Examples of good national practices on childfriendly justice – Austria, Working Group on the role of experts in proceedings on parental care and visitation rights, Retrieved 20, September 2013, from <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Austria%20good%20practices.pdf>)

45 Тако је, на пример, у пар. 107. ст. 3. прописана могућност да суд наложи родитељима да похађају почетни курс о медијацији и/или мирењу, да учествују у саветовању и обуци ради заустављања насиља у породици и/или контроле агресивности, да изда забрану родитељу да са дететом напусти место пребивалишта, укључујући и наредбу да преда путну исправу детета и др.

46 Пар. 111.

47 Суд је изричито овлашћен да, из разлога целисходности, застане са поступком за време спровођења посебних мера, уколико се тиме не угрожавају интереси неке од странака (пар. 107. ст. 4).

48 Пар. 106.

новоформиране *Familiengerichtshilfe*.⁴⁹ Стручно лице *Familiengerichtshilfe* дужно је да, на захтев суда, испита све околности у којима дете живи и да са дететом успостави директни контакт и утврди какав је његов однос са родитељима и какве су његове потребе и жеље, што је лице које се о детету стара дужно да му омогући.⁵⁰ На основу прикупљених чињеница, *Familiengerichtshilfe* подноси суду извештај у писаној форми или усмено на рочишту.⁵¹

Такође, Законом из 2013. *AußStrG* је допуњен одредбом којом је прописана могућност да суд и током поступка за уређивање личног контакта користи помоћ *Familiengerichtshilfe*. Ова помоћ се огледа у томе што стручно лице *Familiengerichtshilfe*, на захтев суда, врши контролу начина одржавања личног контакта родитеља са дететом и пружа помоћ у спровођењу одлуке којом је суд привремено уредио одржавање личног контакта (пар. 107. ст. 2), што подразумева посредовање у разрешењу сукоба међу члановима породице и проналажењу најбољег модалитета у остваривање личног контакта са дететом.⁵²

4. Закључне напомене

Аустријски модел помоћи и подршке детету у поступку у којем се уређује родитељско старање и лични контакт родитеља са дететом, устновљен *AußStrG*, нормативно је усклађен са савременим међународним стандардима и принципима у домену права детета. Овај модел обезбеђују да у поступку у којем се одлучује о најважнијим правима детета дете

49 О оснивању *Familiengerichtshilfe*, видети супра 3.1.

50 У циљу успешног испуњавања овог задатка, у пар. 116а ст. 3 *AußStrG* прописана је дужност безбедносних агенција, тужилаштва, судова и установа за негу и лечење деце да стручним лицима *Familiengerichtshilfe* пруже све информације којима располажу и да им омогуће приступ досијеима и подацима, с тим што су они дужни да све информације чувају као поверљиве.

51 Пар. 116а ст. 4.

52 Стручно лице *Familiengerichtshilfe* има право да буде присутно приликом остваривања личног контакта, а дужно је да на основу утврђених чињеница поднесе суду мишљење о начину одржавања личног контакта са дететом (пар. 106б). Специјализоване службе пружају суду помоћ и у спровођењу одлука. Наиме, одлука којом суд уређује родитељско старање и/или лични контакт, односно одобрава споразум родитеља није подобна за принудно извршење по правилима судског извршног поступка, већ је спроводи сам ванпарнични суд (пар. 110. ст. 1), применом принудних средстава прописаних у пар. 79, која укључују новчану казну, казну затвора, принудно привођење, одузимање докумената и др. Примену принудних мера суд може да одреди по службеној дужности или на захтев странке, а овлашћен је и да привремено обустави спровођење решења ако се њиме угрожава добробит детета (пар. 110. ст. 3).

буде стварни субјект у поступку и ефективно остварује своја права. На такав закључак упућује законско решење по којем је деци старијој од 14 година призната процесна способност, као и правило којим је суду наложено да процени способност детета да разуме своја права у поступку и да, уколико оцени да је потребно, пре његовог саслушања, упути дете на саветовање. Посебно је значајно правило о дужности суда да приликом одлучивања узме у обзир и захтев детета и захтев његовог законског заступника, уколико су они супротни, да детету старијем од 14 година које нема адвоката одреди бесплатног адвоката ради изјављивања ревизије. Правила којима је регулисана могућност именовања “особе за подршку” (“*Kinderbeistand*”) и “пратиоца током посете” (“*Besuchsbegleitung*”), као и правила о посебним дужностима новоформиране *Familiengerichtshilfe*, пружају гаранције да ће дете током поступка добити одговарајућу стручну помоћ и подршку, како би у поступку ефективно учествовало и остварило сва своја процесна права.

Литература

Barth, P. (2013). *Änderungen im Kindschafts- und Namensrecht*, Retrieved 15, September 2013, from <http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c948485398b9b2a013c5c8eb32f2b95.de.html>

Berka, L. (2000). *Scheidung und Scheidungsreform*. Salzburg: Facultas wuv universitätsverlag.

Boele-Woelki, K., Braat, B., Sumner, I. (2005). *European Family Law in Action: Volume III, Parental responsibilities*. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers’ Deputies.[Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130131_Neues%20Sorgerecht.html?nn=1469052.

Examples of good national practices on childfriendly justice – Austria, Working Group on the role of experts in proceedings on parental care and visitation rights, Retrieved 20, September 2013, from <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Austria%20good%20practices.pdf>

Freeman, M.D.A. (1983), *The Rights and Wrong of Children*, London: Frances Pinter

Kerschner, F. (2000). *Bürgerliches Recht, Band V, Familienrecht, Zweite, aktualisierte und erweiterte Auflage*. Wien: Springer

Ковачек-Станић, Г. (2002). *Упоредно породично право*. Нови Сад: Универзитет у Новом Саду, Правни факултет.

Kränzl-Nagl, R. (2006). *Joint Custody after Divorce: Austrian Experiences*. [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from http://www.euro.centre.org/data/1164623691_43750.pdf.

Логар, Р. (2005). *Аустријски модел интервенције у случајевима насиља у породици*. Београд: Европска мрежа против насиља над женама, српски превод Аутономни женски центар.

Маганић, А. (1991). Нужност реформе хрватског изванпарничног права. *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*. В. 27.1/2006. 465-497.

Марковић, М. (1972). Могућност ванпарничне делатности у стварима са елементом иностраности. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. ХИ свеска. 83-98.

National report Austria, United Nations General assembly, Special session (UN-GASS) on Children 2001, Retrieved 10, September 2013, from http://www.unicef.org/specialsession/how_country/edr_austria_en.PDF

Образложење AußStrG (2003), *225 der Beilagen XXII*. GP - Regierungsvorlage – Materialien. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00225/fname_008731.pdf

Палачковић, Д. (2000). Процесна права детета према Европској конвенцији о остваривању дечијих права, *Правни живот*, бр. 9, Том И, Том 2. Београд: Удружење правника Србије (стр. 539-551).

Пеликан, Ц. *The Austrian model of the Children's Assistant (Kinderbeistand). Providing more than advocacy for children of divorce and separation*. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Austria%20child%20assistant%20model_engl.pdf

Peters, J. K. (1997), *The Lawyer for Children at the Interdisciplinary Meeting*, *Child Maltreatment*, Vol. 2, No. 3. pp. 226-244.

Петрушић, Н. (2008). Европски принципи и стандарди решавања спорова путем медијације. У: Г. Вукадиновић, А. Катраг Одри, (ур.), *Европска заједница народа и универзалне вредности* (стр. 33-43), Сремски Карловци: НАТЕФ

Петрушић, Н. (2006). Заступање детета у парници. *Правни живот, Тематски број, Право и хумана будућност*. 10/2006. Том 2. Београд: Удружење правника Србије. стр. 169-192.

Петрушић, Н. (2006). Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије. у: Г. Станковић, (ур.), *Новине у породичном законодавству* (стр. 99-118). Ниш: Правни факултет

Pintens, W. (2003). Europeanisation of Family Law. In K. Boele-Woelki (Ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, (pp. 3-33). Antwerp/Oxford/New Yor: Intersentia

Pressemitteilung: Neues Sorgerecht nimmt gesellschaftlichen Wandel auf, Retrieved 17, September 2013, from http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130131_Neues%20Sorgerecht.html?nn=1469052

Principles of European family law regarding parental responsibilities. [Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>.

Ronda, 2002: В., *The Voice of the Child in Divorce, Custody and Access proceedings*, Department of Justice Canada

[Electronic version]. Retrieved 20, September 2013, from http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/2002_1/pdf/2002_1.pdf

Roth, M. (2008). *Parental Responsibilities - National report: Austria, Commission on European Family Law*. [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>

Салма М. (2008). О ванпарничном поступку Аустрије. Гласник Адвокатске коморе Војводине. 4/5 (2008). 242 – 251.

Standards with Comments for Guardians Ad Litem in Missouri Juvenile and Family Court Matters. [Electronic version]. Retrieved 10, October 2013, from <http://www.rollanet.org>

Талер, С. (2007). *Закон о заштити од насиља у породици ("Gewaltschutzgesetz")*. Аутономни женски центар. [Електронска верзија], преузето 10. септембра 2013. са <http://www.womenngo.org.rs/konferencija/SilvijaTalerPressKonf.pdf>

Family mediation in the European Union, (2005), European Network of National Observatories on Childhood. [Electronic version]. Retrieved 10, September 2013, from http://www.childoneurope.org/issues/family_mediation.htm

Hrabar, D. (1996). Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava – nov prilog promicanju dječjih prava. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagreb*. 4/1996. 391-403.

Casals, M. M. (2005). Divorce Mediation in Europe: An Introductory Outline. *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 9.2 (July 2005). [Electronic version]. Retrieved 15, September 2013, from <http://www.ejcl.org>.

Nevena Petrušić, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

The Proceeding for Regulating Parental Custody and Personal Contact with the Child in Austrian Law

Summary

In the past few decades, Austrian Family Law has encountered a complete transformation. The change has ensued from the altered perception of childhood, parenthood and other social factors, from the need to implement the international standards on human rights and the rights of the child, as well as from the obligation to transpose the EU law into the national legislation and to keep up with the contemporary developments in the European Family Law. In the past decades, Austria has significantly augmented the provisions on parental custody and improved the legal position of the child. Within the latest legal intervention in 2013, Austria has abolished almost all differences between legitimate and illegitimate children, and joint custody has become the predominant form of parental custody. Furthermore, the legislator has instituted special mechanisms aimed at providing for proper court intervention in cases of crisis and/or conflict for the purpose of protecting the family members' rights and ensuring adequate assistance in rearranging their family relations. One of such procedural instruments is the non-litigious proceeding for regulating parental custody and personal contacts between the parent and the child, which is regulated by the new Austrian Non-Contentious Proceedings Act of 2003. By adopting this Act (which entered into force in 2005), Austria embarked (after more than 150 years) on a thorough reform of its non-litigious procedural legislation and harmonized the national legislation in this area with the international fair trial standards.

The most significant novelties in the proceeding for regulating parental custody and personal contact with the child (visitation rights) are reflected in the fact that the child over the age of 14 has been given a procedural capacity; moreover, for the purpose of ensuring the child's effective participation in the proceeding, the legislator has prescribed the appointment of the child support person (Kinderbeistand), who provides support and assistance to the child throughout the proceeding in exercising the right to be heard and the right to freely express his/her opinions and needs/wishes. There is also a special service (Familiengerichtshilfe) which specializes in providing assistance to family courts; at the request of the family court, this service may collect facts, assist parents to come to a mutual agreement and give its professional opinion on related matters. The non-litigious court is authorized to issue an interim decision on temporary custody and/or personal contacts with the child; after a six-month period of supervision, the court is obliged to render

the final decision on the matter. The court also has the authority to issue special measures and to enforce its decisions, which significantly contributes to improving the efficiency of judicial protection.

Key words: *child, parental custody, personal contact, procedural rights of the child, court, Kinderbeistand, Besuchsbegleitung, Familiengerichtshilfe*

Др Милева Анђелковић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу¹

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.2

Рад примљен: 23.09.2013.

Рад прихваћен: 07.11.2013.

УЛОГА И ЗНАЧАЈ ФИСКАЛНИХ ПРАВИЛА У СТАБИЛИЗАЦИЈИ ЈАВНИХ ФИНАНСИЈА

Апстракт: У раду се разматра улога и значај фискалних правила у актуелној финансијско-економској кризи. Најпре се указује на разлоге поновног интересовања за применом фискалних ограничења као буџетских иновација. Затим се кратко наводе предуслови ефективног коришћења фискалних правила. Посебна пажња је даље посвећена приказу основних дешавања у процесу установљавања и примене фискалних критеријума конвергенције у ЕУ. Следи објашњавање предности и недостатака фискалних правила и улоге фискалних савета, као њихове допуне. Последњи део рада посвећен је анализи утицаја фискалних правила у функцији инструмента фискалне консолидације у савременим кризним условима.

Кључне речи: фискална правила, фискални савети, фискална консолидација.

1. Увод

Финансијски проблеми са којима се суочавају савремене државе од средине 80-тих година двадесетог века интензивирани су актуелном финансијском и економском кризом која је након 2008. године, захватила велики део света. Извршене реформе у јавном сектору и финансијском систему као и структурална прилагођавања нису дала очекиване резултате. Превелика јавна потрошња се у политичким круговима означава као главни генератор кризних поремећаја у данашњим привредама. Међутим, у највећем делу политичке и стручне јавности, намерно се пренебрегава чињеница да је недовољно регулисан финансијски сектор свесно изазвао крах финансијског тржишта који се због повезаности финансијских токова прелио на реални сектор. Економски развијене државе прибегле

1 e-mail@mevi.prafak.ni.ac.rs

су санирању последица лоше политике финансијских институција. Али то су чиниле новцем пореских обвезника што је додатно оптеретило већ хронично дефицитарне буџете и нагло увећало јавни дуг, углавном у западним развијеним државама. Због тога се вођење разборите фискалне политике поставља као приоритет у политичким програмима влада економски развијених држава. Постизање макроекономске стабилности постаје све теже и изгледа далек циљ за многе савремене владе. Решења се, између осталог, траже и у увођењу нових фискалних институција које би на неки начин ограничиле деловање извршне власти и учиниле је одговорнијом за управљање јавним финансијама. Увођење фискалних правила и њихово надгледање од стране фискалних савета уз промене у буџетској процедури постају препознатљиви трендови у савременим буџетским системима.

Ако желимо да схватимо значај фискалних правила у управљању савременим јавним финансијама потребно је да објаснимо њихову улогу, односно шта државе желе да постигну њиховом применом. Овакво сагледавање помоћи ће нам да разумемо колико у томе владе успевају и да ли је остварена сврха увођења и коришћења фискалних правила. Њихова нормативна уређеност (уставна или законска) није довољна гаранција за одговорно фискално понашање будући да њихова права вредност долази до изражаја у садејству са другим буџетским институцијама. Све шири заступљеност фискалних правила у савременим државама намеће одређена питања. Да ли она важе само у добрим временима? Ако су сувише ригидна, угрозиће вођење адекватне фискалне политике у рецесионим условима. Да ли треба да се односе на текући или капитални део буџета? Ефективна примена фискалних правила захтева једноставност формулисања што је у супротности са могућношћу њиховог прилагођавања екстремним ситуацијама. Може се поставити и питање зашто владе прописују самоограничења с обзиром да увођење фискалних правила указује да нису биле одговорне у вођењу фискалне политике? Поштовање постављених фискалних ограничења треба да покаже њихову спремност за вођењем одговорне фискалне политике. Може ли се тако задобити поверење јавности и у којим временским интервалима-пред изборе, после избора, избијањем економске кризе или рата? Колико правила треба да буду флексибилна да би се остварило разборито управљање јавним финансијама и какве су последице непоштовања њихове примене? Да ли чврсти фискални савети могу да воде губитку фискалних овлашћења парламента, аналогно преношењу монетарног суверенитета на независне централне банке које су, у суштини, приватне или полуприватне институције?

2. Фискална правила као буџетска иновација

Можемо сматрати да увођење савремених фискалних правила означава прелазак од конвенционалног ка модерном буџетирању. Ради се о већ класичној дилеми везаној за начин вођења макроекономске (фискалне) политике, наиме, да ли треба примењивати правила или дискрецију. У периоду доминације либералне економске теорије буџетска равнотежа важила је као златно правило јавних финансија. После Велике економске кризе и другог светског рата примењивана је динамична (дискрециона) фискална политика (*fine tuning*) са значајним прилагођавањима основних макроекономских агрегата. Међутим, ширење јавне потрошње има своје границе тако да је неодгорно вођење фискалне и монетарне политике имало за последицу нагомилавање буџетских дефицита и раст јавног дуга у великом броју држава. Под утицајем неолибералне идеологије решења за ове проблеме почињу да се траже у „позајмљивању“ инструмената и механизма из тржишног сектора и њиховој примени у јавном сектору. Ново јавно управљање означило је промену филозофије гледања на друштвено-економске проблеме и кретања, под чијим утицајем су уведене неке иновације и у фискалној сфери. Усвојени принципи ефикасности, рационалности и транспарентности имају за циљ да реформишу структуру и да ограниче величину јавне потрошње. У том контексту, фискална правила, као политичка правила, представљају смернице за вођење жељене фискалне (буџетске) политике. Она су и добила ширу примену почетком 90-тих година прошлога века са великим очекивањима у погледу санирања стања у јавним финансијама, што подразумева обезбеђење фискалне дисциплине и постизање фискалне одрживости у дужем року.

Фискална правила се уобичајено дефинишу као стална ограничења за вођење фискалне политике, изражена преко збирних индикатора фискалних перформанси, као што су буџетски дефицит, јавни дуг, или њихове главне детерминанте. То је ужи појам док шири појам обухвата фискална правила којима се дефинишу процедуре и принципи доношења одлука о фискалној политици, без одређивања конкретних нумеричких ограничења за фискалне варијабле.

Данас се посвећује велика пажња улози фискалних правила у вођењу одговорне фискалне политике. Савремене владе посежу за коришћењем фискалних правила како би ограничиле своје деловање у домену фискалне политике. Парадокс њихове примене је у томе што од самих политичара зависи хоће ли их доследно поштовати. Основни циљ фискалних ограничења јесте постизање фискалне консолидације у веома отежаним актуелним финансијско-економским кретањима. Ова правила се, на

жалост, најчешће крше и одступа се од постављених циљева. Санкције за њихово непоштовање скоро да се не изричу а позивање на политичку одговорност изостаје у пракси. Због тога се с правом може поставити питање делотворности фискалних правила у савременим кризним условима, када је њихова практична вредност слаба. Наиме, да ли су она неопходност или само једна „декоративна“ институција? Искуство показује да инсистирање на слепој примени фискалних правила, независно од текућих макроекономских кретања, доводи у питање оправданост њиховог постојања. То значи да није довољна само политичка доследност за њихово поштовање већ и спремност за њиховим прилагођавањима, уколико је то неопходно. Потребно је процењивање фискалне ситуације која треба да обухвати допуштене оквире одступања од прописаних ограничења и нужну меру редефинисања ради повећања њихове флексибилности.

Разлози за појачано интересовање за увођењем фискалних правила изазвани су потребом да се ограничи дискрециона фискална политика и да се постигне и одржи дугорочна фискална стабилност. Сматра се да њихова примена може бити корисна за осигурање кредибилитета владе током времена. Већина правила дефинише фискални дефицит и јавни дуг. Најпопуларније је правило уравнотеженог буџета (Tanzi, Schuknecht, 2000:158). Фискална правила могу помоћи да се смањи или отклони утицај краткорочне политичке прорачунатости која води склоности ка дефициту, нарочито у окружењу где су носиоци политике изложени (посебно пре избора) снажним притисцима да релаксирају фискалну позицију државе. У теоријском смислу, фискална правила би требало да буду добро дефинисана, транспарентна, адекватна, конзистентна са другим макроекономским политикама, једноставна, флексибилна и спроводива (Kopits, Symansky, 1998:18-20).

Међутим, није довољно само постојање фискалних правила већ да ли она изазивају очекивано понашање, односно, постизање фискалне дисциплине и дугорочне макроекономске стабилности. Њихова примена мора бити подржана не само чврстом гаранцијом владе да ће поштовати фискална правила него и изградњом одговарајућег институционалног оквира, који се превасходно односи на измене у буџетској процедури.

Делотворност фискалних правила подразумева њихову једноставност како би их разумели и политичари и јавност. Истовремено, она морају бити довољно флексибилна како би се прилагодила непредвиђеним околностима, што доприноси сложености њиховог коришћења. С једне стране, фискална правила морају бити економски прикладна, у супротном губе подршку јавности и власти и постају неспроводива. С друге стране,

правила морају да буду јасна и једноставна, како не би стварала високе трошкове надгледања и простор за неслагање међу носиоцима фискалне политике, што отежава њихову примену и води нарушавању њиховог кредибилитета. Овај потенцијални *trade-off* зависи од бројних економских узрока и од правно-институционалног оквира у коме су фискална правила уграђена.

Јачање фискалног оквира подразумева увођење фискалних правила која би помогла прелазу ка снижавању актуелних високих фискалних неравнотежа док се не ојача кредибилитет консолидационог пута. За одговорно фискално управљање кључна је политичка спремност на њихово поштовање. Актуелна криза довела је у питање примену фискалних правила, тако да су у неким ситуацијама била суспендована, када је због политичке важности било потребно предузимање дискреционих мера (Price, 2010:36). У том смислу, неки аутори говоре о “следећој генерацији” фискалних правила која су дизајнирана на такав начин да постигну бољу равнотежу између циљева одрживости и флексибилности, како би се у обзир узели економски шокови и често су допуњени другим институционалним аранжманима, као што су независни фискални савети (Schaechter et al., 2012:27).

У САД правило буџетске равнотеже важи у америчким државама али не и на федералном нивоу. Номинални износ дуга се повећава сваке фискалне године. Граница задуживања од њеног увођења 1960. године подизана је 78 пута. Од 2011. године говори се о *фискалној литици* а то је средство којим Конгрес врши притисак на владу да смањи задуживање државе. Овај термин означава читав низ ставки везаних за велике резове у буџету као и повећање пореза.

Фискална правила у Србији уведена су на инсистирање ММФ, као део финансијског аранжмана, у циљу јачања фискалне одговорности владе изменама Закона о буџетском систему крајем 2010. године. Разлози за њихово увођење налазе се у релативно слабир институцијама, постојању широких коалиционих влада, изразитој процикличности фискалне политике током последње деценије, постојању ризика од претераног раста јавног дуга у наредним годинама и као део процеса европских интеграција.

3. Предуслови ефективне примене фискалних правила

С обзиром да је тешко мењати политичко-институционални оквир једино због поправљања фискалне позиције земље, решења за смањење буџетских дефицита и јавних дугова траже се у побољшању фискалног управљања. Фискална правила, сама по себи, не могу побољшати буџетску дисциплину али могу бити важан елемент система фискалне одговорности. У једном

истраживању ММФ наводи се да постоје три компоненте ефективних фискалних правила које су посебно прикладне за државе са slabим јавним финансијама и појачаном неизвесношћу у погледу макроекономског и фискалног развоја. То су: једноставна и стабилна веза између нумеричких циљева и крајњег циља, као што је одрживост јавног дуга; довољна флексибилност као одговор на шокове тако да правило барем не би погоршало њихово штетно дејство и јасан институционални механизам који би указивао на одступања од нумеричких циљева ради предузимања корективних акција (Cottarelli, 2009:20).

Фискална правила могу бити делотворна само ако су подржана другим променама у буџетирању: продужењем временског оквира од једне године на средњорочни оквир, опрезним пројекцијама будућих буџетских услова, проценама утицаја политичких промена на будуће буџете, процедурама за надгледање буџетских резултата и предузимањем корективних акција када је то неопходно, и механизмима санкционисања (Schick, 2003:8-9). Овај низ институционалних аранжмана треба да омогући реализацију сврхе фискалних правила кроз стварну буџетску политику и извршење буџета.

Фискална правила се утврђују као смернице (средњорочни фискални циљеви) за период од неколико година, док их средњорочни буџетски оквир дели на годишње циљеве фискалног буџета. Она треба да обезбеде предвидивост министарствима у планирању потрошње на дужи рок, чиме се ствара већа ефикасност у пројекцији укупне јавне потрошње. Продужење временског хоризонта буџета од једне године на период од три до пет година треба да обезбеди усклађеност буџетске потрошње са постављеним фискалним правилима. Основни проблем који се овде јавља јесте поузданост макроекономских прогноза јер су кључни макроекономски индикатори често планирани сувише оптимистички. Друга новина која је важна за ефикасну примену фискалних правила односи се на *top-down* приступ у буџетској процедури. Укупна горња гранична вредност буџетске потрошње је утврђена на самом почетку поступка израде буџета која се потом дели на појединачне горње граничне вредности потрошње за свако појединачно министарство. На тај начин, ресорна министарства имају већу слободу али и већу одговорност за ефикасно трошење буџетских средстава. Ради ограничавања јавне потрошње, посебан нагласак се ставља на учинак програма јавних расхода. Целокупан процес буџетирања мора бити фискално транспарентан чинећи га доступним и разумљивим широј јавности.

4. Фискална правила у ЕУ-кратак приказ стања

Уговором из Мастрихта 1992. године и Пактом о стабилности и расту 1997. године уведена су фискална правила, у оквиру земаља чланица ЕУ, ради усаглашавања националних фискалних политика и постизања буџетске дисциплине. Ови фискални захтеви постају предмет посебне пажње у литератури због њиховог значаја за остварење фискалне координације. Међутим, њихово деловање представља пример неделотворности уведених фискалних ограничења јер нису остварени жељени циљеви уравнотежења јавних финансија и макроекономске стабилности. Инсистирање на њиховој доследној примени, убрзо после увођења, показало је ригидност таквих правила и отежавање земљама чланицама да флексибилније користе инструменте јавних финансија, како би се избориле са дубљим економским проблемима. Цифарска ограничења буџетског дефицита (3% БДП) и јавног дуга (60% БДП) прилично су произвољно дефинисана и уведена су без обзира на стварни квалитет фискалног политичког процеса у појединим државама, чиме се може створити илузија о фискалној разборитости. Крајем 2003. године половина земаља чланица ЕУ имала је прекомерни буџетски дефицит, а посебно Немачка и Француска су доспеле у ситуацију када је требало покренути процедуру кажњавања (Wyplosz, 2005:75). Главне слабости Пакта о стабилности и расту испољиле су не само у недовољној флексибилности него и у сувише slabим механизмима за његово извршавање (Naan et al., 2004:251). Иако је у теоријском смислу предвиђано да максимални дефицит од 3% БДП у лошим временима омогућава да се ниво јавног дуга држи испод 60% БДП, у пракси, лимит буџетског дефицита од 3% БДП је тумачен као правило за добра времена а не као изузетак за лоша времена (Dolls et al., 2011:9).

Реформа Пакта о стабилности и расту извршена је 2005. године али те промене нису побољшале стање у јавним финансијама у већини европских држава, због избијања финансијске кризе 2008. године и њеним прерастањем у економску депресију, када је нагло увећан буџетски дефицит и јавни дуг, пре свега, у јужноевропским земљама. Референтне вредности фискалних критеријума конвергенције знатно су превазишле постављена ограничења, што је изнова ставило под сумњу делотворност њихове примене. Постоји мишљење да је Пакт о стабилности и расту опет пропао јер се заснива на погрешном схватању да суверене државе могу бити присиљене да мењају своје фискалне политике под претњом санкција (Wyplosz, 2012:33).

Дужничка криза у евро зони утицала је на доношење пакета законодавних мера децембра 2011. године тзв. „Six pack“ којима се оснажује Пакт о

стабилности и расту, односно појачава дејство фискалних правила. Други стуб недавних реформи представља нови Споразум о стабилности, координацији и управљању у економској и монетарној унији, који је ступио на снагу 1. јануара 2013. године (Barnes et al., 2012:6), чији централни део чини Фискални споразум.

Од Фискалног споразума се очекује да осигура функционисање ограничења која би, као правила Пакта о стабилности и расту из 1997. године требало да функционишу већ до сада, али нису (Менцингер, 2012:34). Сматра се да је немачки систем („кочница за дугове“ уграђен у уставне одредбе) инспирисао усвајање Фискалног споразума који треба да ојача примену Пакта о стабилности и расту (Andersen, 2012:26). Фискални споразум уводи неколико нових елемената за фискална правила на националном нивоу и оснажује оквир фискалног управљања укључен у Пакт о стабилности и расту. Од земаља чланица ЕУ очекује се да усвоје најновије одредбе током 2014. године. Најважнија новина Фискалног споразума јесте захтев да се у националним законодавствима усвоји правило о годишњем структурном буџетском дефициту² који не може бити већи од 0,5% БДП, за државе код којих је удео дуга у односу на БДП већи од 60%. Предвиђена је строжија контрола поштовања „златног буџетског правила“ од стране Европског суда правде. Ово правило примењује се заједно са правилом о редуковању јавног дуга за 1/20 годишње у наредне три године за чланице еврозоне са јавним дугом преко 60% БДП, што је преузето из Уредбе 1177/2011, којом је измењен Пакт о стабилности и расту. Друга важна новина тиче се увођења квази-аутоматских санкција за државе за које се утврди да не поштују критеријуме у погледу висине дефицита. Изрицање санкција је олакшано увођењем категорије обрнутог већинског гласања (*reverse majority voting*) чиме се предвиђа квалификована већина за доношење одлуке о непримењивању санкције, за разлику од решења из Уговора о функционисању ЕУ (Голубовић, 2012:170). Ове године почео је да функционише Европски стабилизациони механизам, као стална међународна финансијска институција, који треба да помаже земљама у дужничкој кризи под условом да претходно ратификују Фискални споразум. *De facto*, укинута је забрана преузимања дугова у ЕУ (*no-bail-out clause*), што је изазвало доста оштре реакције у немачкој стручној јавности

² Да би се знало да ли је фискална политика исправно стабилизацијски усмерена и да ли је добро дозирана, мора се раздвојити онај део салда прихода и расхода који је резултат дискреционих одлука носилаца фискалне политике тзв. структурни дефицит од оног дела тог салда који је резултат аутоматског деловања фискалног система тзв. циклични дефицит. Треба нагласити да није увек лако издвојити циклични ефекат из буџетског дефицита. Понекад опажен пад БДП није последица пословног циклуса већ структурних промена.

а ова питања су се наша и пред Уставним судом Немачке. Фискални споразум изискује промену уговора о ЕУ али га је извршна власт уместо као европско право представила као међународни уговор. Од високо задужених земаља чланица се очекује да нагло смање буџетске дефиците што ће, врло вероватно, гурнути ове државе у још дубљу кризу, односно, депресију са тешким економским и социјалним последицама, које су већ уочљиве (стагнантан раст и висока незапосленост). На жалост, органи управљања Европском унијом одступају од парламентарне демократије и одузимају од националних држава буџетски суверенитет.

Генерално посматрано, јако мали број земаља је успео да испоштује прихваћена фискална правила што само потврђује да иста мера фискалних ограничења није погодна за државе са различитим нивоом економске развијености. Искуство европских земаља показује да нумеричка правила, предвиђена Пактом о стабилности и расту у погледу ограничења буџетског дефицита и јавног дуга, која нису подржана чврстим законодавством нити прихваћена од стране политичара нису довољна да обезбеде фискалну дисциплину. Постављене циљеве фискалне политике тешко је остварити у садашњој међународној економској кризи када се велики број земаља суочава са истим или сличним економско-социјалним проблемима. Потребно је учинити радикалан заокрет од неолибералне доктрине и окренути се подстицању економског раста и неопходној регулацији финансијског сектора. Можда је ово сувише оптимистичко виђење ствари у контексту савремених глобалних односа где су невидљиве силе тржишта „везале“ видљиве руке националних држава.

5. Предности и недостаци примене фискалних правила

Фискална правила, као нови инструменти фискалног управљања, углавном су изражени у нумеричком облику постављајући специфичне лимите кључним фискалним индикаторима. Ефективност њихове примене изазива интензивне расправе међу економистима. Заједничка карактеристика свих фискалних правила јесте да дају кредибилитет вођењу макроекономске политике отклањањем дискреционе интервенције (Kopits, 2001:3). Код оних који их уводе постоје очекивања да се путем њих повећа фискална дисциплина и ограничи вођење процикличне фискалне политике. Имајући у виду да су то политичка правила и да њихова примена *de facto* зависи од стања конјунктуре, логично се намеће питање да ли она могу бити делотворна када их политичари не желе или када су економски услови неповољни? Склоност ка дефициту је право искушење за владе у добрим временима, због повећања финансијских прихода, када бирачи и интересне

групе захтевају више а политичари одговарају смањењем пореза или повећањем јавне потрошње. Да би се то спречило, треба онемогућити експанзивност фискалне политике у периоду економског просперитета, јер она не би оставила простора за неопходну контрацикличну фискалну политику током година лоших економских кретања (Прашчевић, 2012:47).

Скептици не само да доводе у питање способност нумеричких правила да стварно охрабре владу да води политику мање склону дефицитима, већ исто тако истичу да побољшање фискалне дисциплине, ако до ње уопште дође, једино може бити постигнуто на штету макроекономске стабилности (Debrun et al., 2008:300).

У литератури се указује на одређене недостатке фискалних правила. Пре свега, није вероватно да правила усвојена без довољне политичке подршке могу бити одржива чиме се подрива политички кредибилитет владе. Друго, правила (нарочито о ограничењу буџетског дефицита и дуга) могу проузроковати проциклично стање у лошим временима јер ограничавају дискрецију владе. Треће, правила могу смањити квалитет фискалне политике зато што генерално не говоре о структури евентуалних фискалних прилагођавања која треба извршити. Четврто, фискална правила могу охрабрити креативно рачуноводство и ванбуџетске операције, смањујући транспарентност фискалне политике (Cottarelli, 2009:15). Имајући у виду да до сада примењивана фискална правила (златно правило или правило о дефициту) нису онемогућила стварање прекомерног јавног дуга доста се очекује од тзв. "кочнице за дугове", примењене у Швајцарској и Немачкој, а што се намеће као обавеза и другим европским државама уградњом у њихове уставе. Кључна карактеристика овог правила јесте уравнотежење буџета током привредног циклуса, ограничавањем структурног буџетског дефицита, чиме би се избегла процикличност фискалне политике.

Досадашња искуства са применом фискалних правила показују да неоправдано крута правила имају тенденцију да буду неприменљива. Да би се избегао овај недостатак, правила морају да садрже излазну клаузулу која би омогућила дискрециону фискалну интервенцију у случају довољно великог економског шока (правило структурне буџетске равнотеже). У земљама које их предвиђају, излазне клаузуле допуштају привремено одступање од правила у случају рецесије или значајног опадања економског раста, а у другима, такви догађаји могу бити природне катастрофе или криза банкарског система.

6. Фискални савети као допуна фискалних правила

Проблеми у вези са честим непоштовањем фискалних правила утицали су на установљење посебних институција које би надзирале њихову примену и допринеле одговорнијем вођењу оптималне фискалне политике, по узору на преношење монетарне политике на централне банке. Најчешће се као разлози за увођење фискалних савета наводе три оправдања: побољшање транспарентности и предвидивости јавних финансија, јачање дугорочне оријентације фискалне политике и превазилажење дистрибутивних конфликта. Међутим, најспорније питање јесте обим овлашћења која би требало пренети фискалним саветима. Меки фискални савет има само саветодавну улогу (Белгија, Данска, Холандија, Шведска). Чврст фискални савет има овлашћење доношења одлука које су обавезујуће за владу и парламент. Веома меки фискални савет врши експертске процене које се укључују у буџетски процес али само као информације (у Немачкој и САД) (Wyplosz, 2008:183-185). За сада фискални савети имају саветодавну или надзорну улогу без овлашћења одлучивања о вођењу фискалне политике. Сматра се да фискални савет који је овлашћен да врши позитивне економске анализе има посредну али потенцијално ефективну улогу у ограничавању политичке склоности ка дефициту побољшањем транспарентности и помагању да се сагледају прави трошкови фискалних одлука (Hagemann, 2010:11). Самостално одлучивање о циљевима и вођењу фискалне политике, по узору на независност централних банака, не може се у демократским друштвима ни у ком случају препустити неизабраним стручњацима. Избори између различитих врста пореза или разноврсних програма јавних расхода имају значајне дистрибутивне и алокативне ефекте (Solow, 2005:512) и у искључивој су надлежности законодавне власти, која би требало да спроводи вољу грађана као пореских обвезника али истовремено и корисника различитих јавних добара.

У литератури преовлађује мишљење да фискалне савете не треба посматрати као алтернативу усвојеним фискалним правилима већ као њихову допуну. То се остварује бар на два начина-надгледањем да ли се правила примењују и, када је то неопходно, саветовањем влади да одступи од њихове примене или како да их побољша. На тај начин би фискални савети могли да допринесу остварењу фискалне дисциплине упозоравајући владу и јавност на будуће трошкове текућих дефицита. Повећана фискална транспарентност могла би да учини владу одговорнијом и тако отежа политичарима остваривање сопствених интереса. Фискални савети би могли и да осујете покушаје креативног рачуноводства и да о томе обавесте јавност.

Имајући у виду праксу у појединим државама, надлежност фискалних савета обухвата следеће врсте послова (Calmfors, 2011:4-15): пружање објективних макроекономских предвиђања на којима се може базирати предлог буџета (Холандија, Данска, УК); процена различитих владиних иницијатива (САД, Холандија, Канада); *ex ante* процена вероватноће остваривања средњорочних циљева фискалне политике (УК); *ex post* процена да ли је фискална политика остварила постављене циљеве (Шведска); анализа дугорочне одрживости фискалне политике (Холандија, САД, Аустрија, Шведска); нормативне препоруке за вођење фискалне политике (аустријски Комитет за државне дугове, дански Економски савет и шведски Савет за фискалну политику).

Без обзира на кратак временски период примене, у литератури се указује на одређене карактеристике фискалних савета које су битне за њихово ефективно деловање (Kopits, 2011: 17-19). Прво, ове институције морају имати кредибилитет и бити у складу са националним правним оквиром и политичком културом. Друго, морају бити независне, непристрасне, технички опремљене и одговорне парламенту. Треће, њихова функција надгледања фискалне политике може имати значаја само уколико своја овлашћења обављају уз подршку техничког особља и са неограниченим приступом правовременим информацијама од владе. Четврто, овлашћења би требало да се односе на процену фискалне позиције и одрживост дуга, укључујући и контролу поштовања фискалних правила, кроз ефективне процене буџетских последица свих законодавних предлога. Пето, новоосновани савети би требало да почну са функционисањем, што пре, како би задобили поверење и заштиту од могућих сметњи у њиховом раду. На крају, фискални савети морају што раније развити ефективне канале комуникације, посебно са медијима.

У пракси има мало позитивних резултата функционисања фискалних савета јер су овлашћења ових институција углавном саветодавне природе а њихово деловање је у великој мери условљено променама у политичком циклусу. Они немају начина да обавезу власти на поштовање фискалних правила и да позову на одговорност политичаре, али би, у најбољем случају, могли повећати политичке трошкове фискалне недисциплине.

7. Фискална правила у функцији фискалне консолидације

Финансијска криза у САД из 2008. године прелила се преко међународних финансијских тржишта на друге државе захватајући и остале секторе привреде. Њеним прерастањем у економску кризу јавиле су се веома неповољне последице: прекомерни буџетски дефицити, нарасли јавни

дугови, велика незапосленост, смањење економског раста, губљење поверења у финансијске институције. Интересантно је да се сви ови проблеми настоје представити у медијима али и од стране знатног броја економских теоретичара као криза финансирања савремене државе, скрећући пажњу јавности са неодговорног понашања од стране моћних финансијских институција, које су *de facto* изазвале актуелну економску кризу. Мишљења смо да величина јавне потрошње³ не би довела до овако тешке економске ситуације у знатном броју земаља да се није јавила криза финансијског сектора коју су државе, супротно неолибералним принципима, похитале да реше буџетским приходима и претераним штампањем новца. Буџетски дефицити као и криза сувереног дуга у великом броју држава последице су ове дубоке финансијске кризе. Дошло је до наглог повећања спољашњег дуга а удео унутрашњег јавног дуга у неким државама је такође знатан.

Оваква ситуација се показује као својеврстан тест за проверу вредности и делотворности установљених фискалних правила. Њихово усвајање у неким државама уследило је пре започињања процеса фискалне консолидације а у другима након почетних успеха, више као сигнал финансијским тржиштима о правцу вођења одрживе фискалне политике него као ограничење буџетске политике (Eichengreen et al., 2011:24). Инсистирање на фискалној дисциплини је важно зато што недостатак дисциплине временом изазива дужничку кризу.

Осмишљавање поузданог плана за фискалну консолидацију постаје најважније и приоритетно питање за владе економски развијених држава али и оних са слабије развијеним економијама. Полазну основу представља одређивање фискалног простора за фискално прилагођавање, односно каква је фискална позиција са које државе стартују у вођењу стабилизационе фискалне политике. Фискална консолидација подразумева смањење буџетског дефицита и терета јавног дуга. Општеприхваћени приступ овом проблему у већини држава усмерен је на повећање штедње у јавном сектору кроз смањење државних расхода и/или повећање пореских прихода. Међутим, фискални простор за маневрисање држава доста је сужен због ефеката финансијске кризе. Објективно посматрано, укупна фискална позиција држава може се побољшати растом БДП док смањена јавна потрошња, уз уздржану потрошњу приватног сектора, није поуздан

3 Треба, ипак, имати у виду чињеницу да је послератни економски развој и изградња концепта „државе благостања“ у западним друштвима водила хроничним буџетским дефицитима и нагомилавању јавних дугова, што дугорочно посматрано, сигурно није било одрживо. Отуда се и јавила појачана потреба за увођењем фискалних правила поч. 90-тих година прошлога века.

инструментаријум који ће, сам по себи, довести до повећања производње и запослености.

Један од фактора који се у литератури наводе да одређују успешност фискалне консолидације јесу и фискална правила (Molnar, 2012:19; Posner, Sommerfeld, 2012:43). Такво мишљење заступљено је и у оквиру ОЕЦД и ММФ који су утврдили неколико принципа за управљање процесом фискалне консолидације. Први је нужност успостављања поузданог плана смањења дефицита. Други је да су фискална правила кључна за подржавање консолидационих напора. Трећи принцип се односи на креирање независних фискалних савета који оснажује фискалну дисциплину. Четврти принцип наглашава да је адекватно одвијање буџетског процеса веома важно за успех буџетске политике (Posner, Blöndal, 2012: 1).

Влада која жели да живи са фискалним правилима кроз све успоне и падове привредних циклуса мора имати правила која стварају суфицит када је економија јака што подразумева концепт фискалне одрживости. Ако се она не поштују у фази просперитета нанеће много штете када је економија у периоду кризе. Хронична фискална неравнотежа која је после другог светског рата могла да служи као генератор економског и друштвеног благостања, данас се сматра сметњом будућем економском напретку. Томе доприноси и разликовање између структурног и цикличног дефицита што се процењује погрешним будући да циклични дефицит из једне године погоршава будуће структуралне неравнотеже.⁴ Сматра се да циљање циклично прилагођене или структуралне равнотеже уместо номиналне равнотеже обезбеђује једноставан механизам који омогућава флексибилност као одговор на спољашње шокове. Главна карактеристика правила структуралне равнотеже јесте да пружа изричиту могућност за утицај економског циклуса кроз дејство аутоматских стабилизатора, и на приходној и на расходној страни.

Досадашње искуство показује да земље у којима постоје фискална правила воде у просеку одговорнију фискалну политику. Међутим, у великом броју држава забележени су различити облици кршења фискалних правила у виду отворених (јавни дуг и дефицити су већи од прописаног нивоа) и прикривених (коришћење рачуноводствених „трикова“, пребацивање дела расхода на агенције и државне институције за које не важе правила). Примера ради, у САД званичан дуг износи 16 трилиона \$ односно 73% БДП.⁵

4 Врло је тешко раздвојити ефекте деловања дискреционе фискалне политике од деловања аутоматских стабилизатора под утицајем цикличних кретања.

5 Према неким независним америчким истраживањима, државни дуг САД је премашио 70 трилиона \$ али Вашингтон тај податак крије од јавности.

У еврозони удео укупног државног дуга у БДП крајем првог тромесечја 2013. године износи 92,2%. Спољни дуг Србије према подацима НБС представља 85,9% процењеног БДП.

Кршење фискалних правила треба негативно да утиче на репутацију владе и њене шансе на изборима. Форсирана политике штедње у европским високо задуженим државама није смањила јавни дуг већ га је увећала будући да већи „фискални мултипликатор“⁶ води умањењу раста, што само потврђује да је то теоријски погрешан концепт. Тако је у Грчкој од 2010. године јавни дуг порастао са 148% на 170% БДП а мања јавна потрошња и веће опорезивање у време рецесије још више је продубљују.⁷

У литератури углавном преовлађује мишљење да фискална правила могу подржати фискалну консолидацију али да она нису довољна, сама по себи, да врате дуг на разборит ниво. Она су више израз обавезивања владе да ће се придржавати фискалне дисциплине и да на тај начин умањи страхове финансијских тржишта од немогућности враћања дугова (Јоксимовић, 2012:93). Једна лекција која би могла да се извуче из актуелне економске кризе јесте да би фискална правила требало да буду много више обавезујућа у добрим економским временима док би остављала простор за маневар владе када је економија слаба (IMF Policy Paper, 2013.41).

8. Закључак

Стиче се утисак да политичка и стручна јавност очекују исувише од примене фискалних правила. Сама њихова уградња у нормативну регулативу није довољна гаранција да неће доћи до њиховог кршења. С обзиром да је реч о политичким правилима она највише обавезују изабране политичаре и подразумевају одговорност за њихово непоштовање. То може бити неуспех на следећим изборима али јавно мњење најчешће није ни упознато са стварним дешавањима у домену вођења економске (фискалне) политике па бирачи не могу на одговарајући начин да казне неодговорне политичаре. Најзначајнија фискална правила односе се на величину буџетског дефицита и висину јавног дуга имајући у виду да од ових индикатора, у највећој мери, зависи стабилност система јавних финансија. У току

6 Путем ове величине мери се утицај буџетских резова и повећања пореза на БДП.

7 Решавање проблема сувереног дуга Грчке током 2012. године створило је нови термин „банкрот који се може контролисати“ а оно што се дешавало на Кипру означено је као „конфискација депозита“. На жалост, и поред изведене операције реструктуризације грчког сувереног дуга он и даље расте и налази се сада под контролом Европског фонда за финансијску стабилност (од 2014. године прераста у Европски стабилизациони механизам), Европске централне банке и ММФ.

актуелне финансијско-економске кризе фискална консолидација постаје приоритетно питање у вођењу економске политике савремених влада и отуда поновљени интерес за чвршћом применом фискалних правила и надзирањем њиховог поштовања. Међутим, у рецесионим условима, када изостаје економски раст скоро је немогуће испоштовати установљена фискална правила. Потребне су дубље структурне и институционалне реформе које би подстакле већу прозводњу у реалном сектору, отварање нових радних места и раст БДП, што све олакшава придржавање ових фискалних ограничења. У међувремену, било би неопходно да се високо задужене државе изборе за организовани отпис сувереног дуга, за шта се залажу неки савремени неетаблирани економисти. Ради се о ретко коришћеној али легитимној теорији о непоштеном дугу формулисаној почетком руске октобарске револуције, што је већ применила екваторска влада 2008. године као и Исланд. Србија је, на жалост, пропустила такву прилику после политичких промена 2000. године.

Литература

- Andersen, T. M. (2012). Fiscal sustainability and fiscal policy targets. *Economic Working Papers-15*. Aarhus University.
- Barnes, S., Davidsson, D., Rawdanovicz, L. (2012). Europe's New Fiscal Rules. *OECD Economics Department Working Papers*. No. 972. OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/5k9777md976b-en>
- Calmfors, L. (2011). The Role of Independent Fiscal Policy Institutions. *CESifo Working paper* No. 3367.
- Cottarelli, C. (2009). Fiscal Rules-Anchoring Expectations for Sustainable Public Finance. Dec.16. IMF.
- Debrun, X. et al. (2008). Tied to the mast? National fiscal rules in the European Union, *Economic Policy*. April.
- Dolls, M., Peichl, A., Zimmermann, K. (2011). A Challenge for the G20: Globally Stipulated Debt Brakes and Transnational Independent Fiscal Supervisory Councils. *IZA DP* No. 6160.
- Eichengreen et al. (2011). The Political Economy of Fiscal Consolidation. *Public Debt: Nuts, Bolts and Worries*. ICMB, CEPR.
- Голубовић, С. (2012). *Фискална правила у Европској монетарној унији*. СКЦ Ниш.

Naan, J., Berger, H., Jansen, D-J. (2004). Why has the Stability and Growth Pact Failed? *International Finance*. 7:2.

Hagemann, R. (2010). Improving Fiscal Performance Through Fiscal Councils. *OECD Economics Department Working Papers*. No. 829. OECD Publishing. doi:10.1787/5km33sqsqq9v-en

Јоксимовић, Љ. (2012). Институционални и политички фактори фискалне консолидације. *Економски хоризонти*. Год. XIV. Св.2. 88-89.

Kopits, G. (2011). Independent Fiscal Institutions: Developing Good Practice. Prepared for the 3rd Annual meeting of OECD Parliamentary Budget Officials. Stockholm. Sweden. April 28-29 (Draft for discussion). Retrieved 14, August 2013, from <http://www.oecd.org/dataoecd/77/50748089510.pdf>

Kopits, G. (2001). Fiscal Rules: Useful Policy Framework or Unnecesssary Ornament? *IMF Working Paper* 01/145.

Kopits, G., Symansky, S. (1998). *Fiscal Policy Rules*. IMF. Washington D.C.

Менцингер, Ј. (2012). Да ли штедња у јавном сектору може да спаси евро? *Изазови европских интеграција* (21). Сл. гласник. 27-42.

Molnar, M. (2012). Fiscal Consolidation: Part 5. What Factors Determine the Success of Consolidation Efforts? *OECD Economic Department Working Papers*. No.936. OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/5k9h28mzp57h-en>

Прашчевић, А. (2012). Правила или координација монетарне и фискалне политике-теоријски аспект. *Економске идеје и пракса*. (8) Економски факултет. Београд. 35-52.

Posner, P. Sommerfeld, M. (2012). The Politics of Fiscal Austerity: Implications for the United States. *Public Budgeting & Finance*/Fall.

Posner, P., Blöndal, J. (2012). Democracies and Deficits: Prospect for Fiscal Responsibility in Democratic Nations. *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*. Vol. 25. No. 1.

Price, R. (2010). The Political Economy of Fiscal Consolidation. *OECD Economic Department Working Papers*. No. 776.

Reassessing the Role and Modalities of Fiscal Policy in Advanced Economies. (2013). *IMF Policy Paper*. September.

Solow, R. (2005). Rethinking Fiscal Policy. *Oxford Review of Economic Policy*. Vol. 21. No.4. 509-514.

Schaechter, A., Kinda, T., Budina, N., Weber, A. (2012). Fiscal Rules in Response to the Crisis-Toward the „Next-Generation“ Rules. A New Dataset. *IMF Working Paper* 12/87.

Schick, A. (2003). The role of budget rules in budgeting. *OECD Journal on budgeting*. Vol. 3. No. 3.

Tanzi, V., Schuknecht, L. (2000). *Public Spending in the 20th Century: a global perspective*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Wyplosz, C. (2012). The coming revolt against austerity. *Austerity: Too Much of a Good Thing?* Centre for Economic Policy Research.

Wyplosz, C. (2012). Fiscal Rules: Theoretical Issues and Historical Experiences. *NBER Working Paper Series* <http://www.nber.org/papers/w17884.pdf>

Wyplosz, C. (2005). Fiscal Policy: Institutions versus Rules, *National Institute Economic Review* No. 191.

Mileva Anđelković, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

The Role and Significance of Fiscal Rules in the Stabilization of Public Finances

Summary

In a vast majority of countries, the fiscal crisis has ensued from the actual financial and economic crisis. Thus, the fiscal crisis has served as an incentive for the state governments to introduce normative limitations in the administration of fiscal policy. Their application is expected to prevent the procyclical fiscal policy and to provide for balancing the public expenditures. The efficiency of fiscal rules depends not only on the observance of these rules but also on the general economic situation and the institutional framework governing their application. As a new budgetary development, fiscal rules have certain advantages and disadvantages. Faced with the economic hardship, some states have suspended the application of these rules or introduced even stricter fiscal limitations. Fiscal rules are particularly significant in the European Monetary Union, where they are used as an instrument for coordinating the national fiscal policies and accomplishing a medium-term fiscal discipline. Considering that politicians are prone to avoiding accountability (as there are no sanction for the inobservance of fiscal rules), some states have introduced fiscal councils as special institutions which supplement the fiscal rules.

We believe that their activities may be useful for making the government fiscal policy more transparent.

Being burdened by excessive budget deficits and sovereign debts, contemporary states focus on introducing fiscal rules in an endeavour to consolidate their public expenditures. The attempts to balance the public finances prove to be a kind of reassessment of the values and efficiency of the established fiscal rules. In terms of application of these rules, experience shows that states are (on the average) involved in a more responsible administration of the fiscal policy. However, in practice, there are many infringements of fiscal rules, which ultimately shows that fiscal rules alone are insufficient to ensure the fiscal discipline.

Key words: *fiscal rules, fiscal advice, fiscal consolidation*

Др Драган Јовашевић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.4

Рад примљен: 05.08.2013.

Рад прихваћен: 19.09.2013.

МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА У РИМСКОМ СТАТУТУ¹

Апстракт: Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За учиниоце ових кривичних дела у одређеним случајевима је примарна наложност међународних судских (наднационалних) органа као што је Међународни кривични суд формиран Римским Статутом. Управо о појму и карактеристикама кривичних дела која су предмет рада овог Међународног кривичног суда говори аутор у свом раду.

Кључне речи: међународно кривично право, кривично дело, Римски Статут, међународни кривични суд, одговорност, казне.

1. Оснивање *ad hoc* трибунала²

Међународно кривично право се састоји из више прописа садржаних у низу међународних уговора, конвенција, пактова и протокола универзалног и регионалног карактера. Тежња да се дође до кодификације ових прописа је уродила плодом тек на крају 20. века, иако су активности управљене у овом смеру отпочеле одмах после Другог светског рата (Јовашевић, 2010:38-41).

1 jovas@prafak.ni.ac.rs

Рад је резултат спроведеног истраживања на пројекту број 179046: "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

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

Тако је Генерална скупштина ОУН још 1946. године формирала Комисију за кодификацију и развој међународног кривичног права која је касније названа Комисија за међународно право и припрему кодекса међународних злочина. Комисија је формулисала основне принципе међународног кривичног права који су произишли из Нирнбершке и Токијске пресуде (тзв. нирнбершки принципи) и израдила Пројекат кодекса међународних злочина. Тај је Пројекат поднет на усвајање Генералној скупштини ОУН 1954. године, али због неслагања међу водећим силама света тога времена (доба хладног рата и оштро супротстављених блокова) није био усвојен (Јовашевић, 2011:56-58).

Генерална скупштина ОУН је потом на свом Петом заседању формирала Комитет за међународно кривично правосуђе који је израдио Нацрт Статута међународног кривичног суда и поднео га на усвајање на Седмом заседању Генералне скупштине. Но, тек 1975. године Пети конгрес о превенцији криминалитета и поступању са учиниоцима одржан у Женеви усваја Резолуцију о превенцији тортуре и превенцији и сузбијању тероризма свих врста. Том приликом поново је разматрана идеја о формирању Међународног кривичног суда. У оквиру Комисије за људска права ОУН и Међународног удружења за казнено право (IAPL) израђен је и Нацрт статута Међународног кривичног суда који чак ни западни блок земаља није био спреман да прихвати (посебно у делу надлежности за гоњење злочина апартхејда).

Даљи напори међународне заједнице у организовању јединственог фронта борбе против међународног криминалитета одвијају се углавном у правцу предузимања напора на сузбијању трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама. Тако је петнаест Карибских и Латиноамеричких држава подржало идеју о Међународном кривичном суду (Broomwhall, 2004:289-313) на Специјалној сесији о наркотичним дрогама Генералне скупштине ОУН 1989. године. Но, овој идеји су се оштро успротивиле САД, Велика Британија и Француска. Међународноправна комисија Генералне скупштине ОУН је ипак наставила са радом на студији о формирању, надлежностима и правилима поступања међународног кривичног суда о чему је посебно било речи 1990. године у Хавани на Осмом конгресу ОУН о превенцији злочина и поступању са њиховим извршиоцима. Следеће године Међународноправна комисија је представила Извештај о злочинима против мира, човечности и безбедности човечанства на Шестом комитету ОУН.

2. Стални Међународни кривични суд

2.1. Оснивање и надлежност суда

Међународни војни *ad hoc* трибунали из 1946. и 1948. године нису задовољили светску, ни правничку јавност у погледу осећања правде и правичности. Све јаче се испољава потреба за оснивањем сталног и универзалног међународног кривичног суда (Eser, 2003:133-163) пред којим би одговарали извршиоци свих међународних злочина без обзира чији су држављани и без обзира на своју функцију и место где су злочини извршени (Damaška, 2008:13-33). Као резултат такве тежње и свих раније уложених напора, коначно је усвојен Римски статут Међународног кривичног суда на Дипломатској конференцији у Риму јула 1998.године. Од укупно присутних 148 представника држава, 120 је гласало за Статут, 21 држава је била уздржана, док је седам било против³. Да би суд почео да функционише било је потребно да Статут потпише и ратификује најмање 60 држава.

Дана 1. јула 2002. године Статут Међународног кривичног суда, познат и као Римски статут, (Рачић, 1998:16) је ступио на снагу чиме је суд формално и основан (када је дакле извршена кодификација међународног кривичног права), а 11. марта 2003.године у присуству представника 89 држава (потписница Статута) и генералног секретара ОУН Кофи Анана инаугурисано је осамнаест судија овог суда на челу са председником суда, канадским судијом Филипом Киршом (који је својевремено био председавајући Римске конференције 1998. године). Нешто касније 21.априла 2003. године за главног тужиоца овог суда изабран је аргентинац Луис Морено Окампо. Тако је отворена нова страница у историји људске цивилизације. У правној теорији је готово општеприхваћено да је Римски статут настојао да оствари синтезу начела кривичног права из разних правних система, а при томе се нарочито трудио да помири англосаксонско и европско, континентално кривично право. Стога су многе његове одредбе плод компромиса, па се означавају као хибридне норме. Но, већ сама чињеница да се Римски статут хвата у коштац са финесама кривичноправне догматике, представља значајан корак напред у поређењу са статутима претходних међународних судова.

Међународни кривични суд основан Римским статутом је комплементаран националном правосуђу. Наиме, усвојено је гледиште, садржано у Преамбули Статута, да је, пре свега, на државама да гоне учиниоце

3 Против Статута сталног међународног кривичног суда изјаснили су се представници следећих држава : САД, Кине, Израела, Индије, Ирака, Либије и Катара.

међународних злочина, а тек ако оне то не учине, поступак покреће Међународни суд. Седиште Међународног кривичног суда је у Хагу у Холандији, с тим што оно може да буде и на другом месту када и где се то покаже неопходним. Овако схваћена комплементарност значи да је Међународни кривични суд само проширење националне кривичне јурисдикције. Он тако није "наднационални", него "интернационални" орган. Он не може учинити ништа више него што могу и национални судови. Међународни кривични суд не може директно да хапси окривљена лица, нити да прикупља релевантне доказе јер нема "своју" полицију. Због тога и сви захтеви за сарадњу и пружање међународне кривичноправне помоћи морају да иду преко националних судова. Како је тај суд само "продужетак" националних судова, окривљена лица му се не "изручују" (екстрадирају), него се "предају" (Novoselec, 2004:482).

Међународни војни судови у Нирнбергу и Токију су, насупрот томе, имали ексклузивну надлежност у односу на националне судове. Они су деловали у државама чији су држављани оптужени за најтежа међународна кривична дела. У односу на те злочине, била је искључена јурисдикција националних судова поражених држава. Само на тај начин су судови држава победница могли директно доћи до оптужених лица и доказа за њихову кривицу. И *ad hoc* трибунали – за бившу Југославију и Руанду – имају суженију надлежност, иако и они имају приоритет у односу на националне судове (али та надлежност није ексклузивна). Наиме, национални судови могу, па чак и морају да суде лицима за које постоји сумња да су извршила међународна кривична дела у ратним дешавањима на подручју бивше СФР Југославије, односно Руанде, под условом да *ad hoc* трибунали не воде кривичне поступке према таквим лицима. То из разлога јер су међународни судови, у првом реду, заинтересовани за суђење лицима која су се налазила на највишим политичким, државним, полицијским или војним положајима, док суђење осталим учиниоцима међународних кривичних дела препуштају националним судовима. Овде се, дакле, ради о конкурирајућој надлежности.

Будући да се ради о изузетно значајном органу међународне заједнице (Petrović, Bisić, Perić:459-462), потребно је да укажемо и на надлежности сталног Међународног кривичног суда. Ту се разликују следеће врсте надлежности овог суда: а) материјална, б) персонална, в) територијална и г) временска. Материјална надлежност Међународног кривичног суда (чл. 5-8. Статута) ограничена је на најтежа међународна кривична дела која погађају међународну заједницу. Статутом су предвиђене четири врсте злочина (међународних кривичних дела) за која је надлежан овај суд. То су : 1) злочин геноцида, 2) злочин против човечности, 3) ратни злочини

и 4) злочин агресије. Осим злочина агресије, за сва остала кривична дела дати су елементи на основу Женевских конвенција из 1949 године и допунских протокола из 1977. године. У погледу персоналне надлежности, Међународни кривични суд (члан 26. Статута) је надлежан за вођење кривичног поступка и утврђивање кривичне одговорности физичких лица која су у време извршења злочина имала навршених 18 година живота, као и да су држављани неке од држава чланица Римског статута (дакле држава које су признале надлежност овог наднационалног судског органа). Територијална надлежност суда (члан 5. Статута) се простире на територију држава на којој је извршено неко међународно кривично дело или на територију државе чији је оптужени држављанин, али само под условом да се ради о држави која је потписала Римски статут. Временска надлежност суда (члан 11. Статута) означава да се пред овим судом могу кривично гонити и кажњавати учиниоци за она међународна кривична дела која су извршена после 1. јула 2002. године. као дана ступања на снагу Римског статута⁴. Прва оптужница пред овим судом је подигнута тек 2007. године.

2.2. Организација и поступак пред судом

Стални Међународни кривични суд са седиштем у Хагу чине следећи органи: 1) председништво суда, 2) већа (жалбено, судеће, предрасправно), 3) канцеларија тужиоца и 4) секретаријат. Суд чини осамнаест судија за које могу бити изабрана лица високих моралних карактеристика, непристрасна и са личним интегритетом која поседују квалификације захтеване за највише правне институције у својим државама. Бира их скупштина држава чланица овог суда већином гласова са листе кандидата на период од девет година.

Председништво суда чине председник и два потпредседника које бирају судије на време од три године. Оно је одговорно за правилно функционисање суда, и канцеларије тужиоца, те обавља друге статутом предвиђене функције.

Тужилаштво је независни и одвојени орган суда (Škorić, 2007:603-627). Оно је одговорно за примање пријава и информација, као и доказа о извршеним

⁴ У литератури се стога истиче да је оваквим одређивањем стварне надлежности Сталног Међународног кривичног суда извршена "тиха или прикривена амнестија" бројних масовних злочина који су извршени у : гулазима у бившем Совјетском савезу, на Тибету 1951, године, злочини апартхејда у Јужној Африци између 1960 и 1989. године, за време културне револуције у Кини у времену 1966-1976. године, од стране војне хунте у Чилеу у периоду 1970-1980. године итд.

злочинима из надлежности суда. Њега чине тужилац и више заменика за које могу бити бирања лица високих моралних квалитета, компетентни и са великим практичним искуством у тужилаштву или вођењу кривичног поступка. Тужиоце бира скупштина држава чланица суда на време од девет година. Први тужилац Међународног кривичног суда је аргентинац Луис Морено Окампо. Њега је скупштина држава чланица изабрала 21. априла 2003. године.

Секретаријат је одговоран за вансудске аспекте, администрацију и функционисање суда. Њиме управља секретар кога бирају судије на време од пет година. Он оснива одељење за жртве и сведоке у оквиру секретаријата које у сарадњи са тужиоцем обезбеђује заштитне мере и другу одговарајућу помоћ сведоцима или жртвама.

Кривични поступак (Petrović, Jovašević, 2011:78-81) пред Међународним кривичним судом започиње истрагом коју покреће тужилац на основу претходно добијених информација и података. Велику улогу у току спровођења истраге, као и широка овлашћења у предузимању појединих радњи, самостално или заједно са тужиоцем, има предсудбено веће. Оно доноси одлуку о привођењу и хапшењу осумњичених лица, као и о пуштању на слободу притворених лица. Без његове потврде оптужба не може да добије правну снагу. Тек после потврде оптужбе против неког лица, оно се као оптужени предаје судском већу ради пресуђења. Треба истаћи, да предсудско веће може по поднетој тужби од стране тужиоца да донесе следеће одлуке : а) да је одбије, б) да је измени и ц) да тражи њену допуну или накнадно проналажење доказа. Казне које судско веће може да изрекне учиниоцима најтежих међународних кривичних дела јесу : 1) затвор у доживотном трајању, 2) затвор до тридесет година, 3) новчана казна и 4) конфискација прихода од власништва и добара који су добијени директно или индиректно извршењем злочина.

Статут сталног Међународног кривичног суда познат као Римски статут у великој је мери разрадио опште и основне институте општег дела материјалног кривичног права, систем међународних кривичних дела, као и област процесног права, одређујући организацију, надлежност, као и сам поступак пред првостепеним и другостепеним већем. На тај начин је међународно кривично право добило право грађанства као посебна и самостална позитивно правна дисциплина казненог права.

3. Поједина међународна кривична дела

Римски Статут сталног Међународног кривичног суда усвојен на Дипломатској конференцији ОУН у Риму 17. јула 1998. године прописује

да ће се пред овим судом водити кривични поступак, утврђивати кривична одговорност и изрицати кривична санкција лицима која су учинила најозбиљније злочине признате од стране међународне заједнице као целине. У члану 5. овог Статута проглашена је надлежност суда за следећа међународна кривична дела : 1) злочин геноцида, 2) злочин против човечности, 3) ратне злочине и 4) злочин агресије (Petrović, Jovašević, 2011:218-221).

Према члану 77. Статута учиниоцу неког од ових међународних кривичних дела суд може изрећи следеће казне: 1) затвор у одређеном трајању који не може да пређе максимум од 30 година, 2) доживотни затвор када је та казна оправдана екстремном тежином злочина и индивидуалним околностима везаним за учиниоца дела, 3) новчану казну према критеријуму који је одређен у Правилима доказивања и процедуре и 4) конфискацију прихода, власништва и добара који су директно или индиректно прибављени извршеним злочином.

Поред тога, Римски статут у члану 70. предвиђа и надлежност Међународног кривичног суда и за кривична дела против правосуђа која се називају : " Повреде правилности и законитости поступка". То су следећа кривична дела (Јовашевић, 2011:146-148): 1) лажно сведочење, 2) подношење фалсификованих доказа, 3) корупција сведока, 4) опструкција или мешање у сведочење сведока, 5) спровођење освете према сведоку ради његовог сведочења, 6) уништавање доказа или мешање у сакупљање доказа, 7) ометање, застрашивање или корупција званичника суда са циљем присиљавања или убеђивања да не учествују у суђењу или да неправилно обављају своју дужност, 8) спровођење освете према званичнику суда због обављања његове дужности или дужности које је обављао неки други званичник и 9) нуђење или примање мита у својству званичника суда, везано за његове званичне дужности. За ова кривична дела "опструкције правде или корупције у правосуђу" пред Међународним кривичним судом, прописане су две врсте казни и то : а) казна затвора до пет година и б) новчана казна (Јовашевић, Mitrović, 2012:142-143).

Такође Римски статут у члану 71. предвиђа одговорност и санкције за дело које се зове: "Недолично понашање". Одговорност за ово кривично дело постоји за лица која су присутна претресу пред судом у било којој фази кривичног поступка која: 1) искажу непоштовање суда, 2) ометају поступак и 3) намерно непоштују судске наредбе. За ово кривично дело Статут је прописао следеће врсте санкција, административне мере (осим притвора) као што су : а) стална или привремена забрана уласка у судницу, б) новчана казна и в) сличне мере које су одређене у Правилима процедуре и доказивања (Старчевић, 1991:628-629)

3.1. Геноцид

Злочин геноцида је предвиђен у одредби члана 6. овог Статута. Геноцид се одређује као "злочин над злочинима". Забрана вршења или пропагирања овог кривичног дела представља *ius cogens*, тако да противправност геноцидних активности, па и сам криминални карактер ових радњи је општеприхваћен и неспоран у међународној заједници. Ово кривично дело се чини у намери да се уништи у целини или делимично национална, етничка или верска заједница⁵ на један од следећих начина: 1) убијањем чланова групе⁶, 2) проузроковањем тешких физичких или менталних патњи чланова групе, 3) намерном подвргавању групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног уништења, 4) предузимањем мера уперених ка спречавању рађања у оквиру групе и 5) принудном премештању деце из једне у другу групу (Turković et al., 2013:133-134.).

Дакле, овде се ради о преузимању одредби Конвенције ОУН о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године у погледу одређивања бића овог најтежег међународног кривичног дела упереног против "човечанства". У делу правне теорије се сматра да геноцид не представља самостално кривично дело, већ да је то само врста злочина против човечности (Novoselec, 2004:498-499).

3.2. Злочин против човечности

У члану 7. Статута Међународног кривичног суда предвиђен је злочин против човечности. Римски Статут разликује ово кривично дело од дела геноцида иако у време када је оно било уведено у систем међународно правних инкриминација у делу теорије је било мишљења да су ова два појма садржински идентична. Злочин против човечности представља

5 Овом инкриминацијом су заштићене само стабилне групе, које карактерише сталност и чијим се чланом постаје на основу рођења, док су искључене несталне скупине чијим се чланом постаје на основу индивидуалне одлуке. На том становишту стоји и Међународни кривични трибунал за Руанду у случају Акајесе.

6 За постојање геноцида није потребан и већи број жртава. Наиме, сматра се да је довољно да учинилац убије једно или више лица. Исто тако геноцид може учинити и изоловани појединац ако поступа са геноцидном намером и ако се његово понашање поклапа са другим сличним понашањима, а такве је природе да може довести до уништења целе скупине.

делатности извршене као део распрострањеног или систематичног напада⁷ упереног против било ког цивилног становништва⁸.

У смислу овог кривичног дела напад подразумева следеће радње извршења: 1) убиство, 2) уништавање, 3) поробљавање – вршење овлашћења која претпостављају власништво над неким лицем, 4) депортацију или намерно премештање становништва (протеривање)- насилно премештање становништва са подручја на коме законито борави, 5) затварање или друга строга лишавања слободе нарушавањем основних правила међународног права, 6) тортуру (мучење) – наношење физичких и психичких бола, патњи, нелагодности лицу коме је одузета слобода, 7) силовања, сексуално ропство, насилне трудноће, изазивање стерилитета или било који други облик сексуалног угрожавања, 8) прогон било које групе или колектива по политичкој, верској, расној, националној, етничкој, културној или полној основи или друга поступања која су опште недопуштена по међународном праву – овде се ради о одузимање међународно признатих права некој скупини, 9) изазивање нестанка лица (присилно нестајање лица) – свако одузимање слободе кретања које спроводи држава или нека друга организација, 10) злочин апартхејда – нечовечна поступања која су извршена у оквиру институционализованог режима и 11) остали нехумани поступци којима се намерно проузрокују тешке патње или озбиљно угрожавање физичког или менталног здравља.

3.3. Ратни злочини

Ратни злочини су дефинисани у одредби члана 8. Римског статута. Овде се ради о сложеној диспозицији кривичноправне норме, па се разликује више облика овог тешког кривичног дела ("тешка кршења закона и обичаја рата"). Дело се састоји из различитих делатности које су извршене као део плана или политике или ако је тај злочин извршен у великом (масовном) броју случајева. Ови злочини могу да буду извршени и у међународном и у немеђународном оружаном сукобу.

Први облик ратних злочина се састоји у озбиљном кршењу Женевских конвенција од 12.августа 1949.године, а нарочито у (Атанацковић, 1981:60): 1) намерном убијању, 2) мучењу или нехуманом поступању укључујући и биолошке експерименте, 3) намерном наношењу великих патњи, озбиљних

7 Сматра се да се овакав напад састоји у нападу у оквиру државне политике или остварења циљева неке друге организације. Тај напад не мора бити нужно и војне природе. Ово дело може бити извршено и за време рата и за време мира. Отуда следи да изоловани појединачни напади не долазе под удар ове инкриминације.

8 Код овог злочина жртва није појединац, него целокупно човечанство.

телесних повреда или нарушавању здравља, 4) великом разарању или отуђењу имовине без оправдане војне потребе која су извршена незаконито и безобзирно, 5) присиљавању ратних заробљеника или других заштићених лица да служе у непријатељским снагама, 6) намерном лишавању ратних заробљеника и других заштићених лица права на поштено и правично суђење, 7) незаконитом прогонству, трансферу или незаконитом затварању лица и 8) узимању талаца.

Други облик ратних злочина се састоји у озбиљном нарушавању закона и обичаја који се примењују у међународном оружаном сукобу, унутар утврђеног оквира међународног права, а нарочито : 1) намерно усмеравање напада против цивилног становништва или против појединих цивилних лица која нису директно умешана у сукоб, 2) намерно усмеравање напада на цивилне објекте тј. објекте који нису војни циљеви, 3) намерно усмеравање напада на особље, инсталације, материјале, јединице или возила укључена у хуманитарну помоћ или мировну мисију у складу са Повељом ОУН све док имају право на заштиту или пружају помоћ цивилима или цивилним објектима по међународним законима који важе за стране у сукобу, 4) намерно започињање напада знајући да ће такав напад проузроковати пропратна страдања или наношење повреда цивилима или наношење штете цивилним објектима или да ће проузроковати велика, дуготрајна и озбиљна оштећења животне средине који би били очигледно прекомерни у односу на конкретно очекивану војну корист, 5) напад или бомбардовање било којим средствима градова, села, боравишта или грађевина које нису брањени или нису војни објекти, 6) убијање или рањавање војника који је положио своје оружје са циљем да се преда или више нема намеру да се брани, 7) злоупотреба заставе којом се даје знак за примирје, заставе или војног обележја и униформе који припадају непријатељу или Уједињеним нацијама, као и злоупотреба карактеристичних знакова дефинисаних Женевским конвенцијама које изазивају смрт или озбиљне телесне повреде, 8) директан или индиректан трансфер (пресељење) од стране окупационе силе дела свог становништва на окупирану територију или депортација или трансфер свих делова становништва са окупиране територије у оквиру или изван те територије, 9) намерно усмеравање напада на верске, образовне, уметничке или научне грађевине које се користе у добротворне сврхе, историјске споменике, болнице и места где се окупљају болесни и рањени под условом да то нису војни циљеви, 10) подвргавање лица која имају моћ на супротној страни физичком сакаћењу или медицинским или научним експериментима ма које врсте који нису оправдани медицинским, стоматолошким или болничким лечењем тог лица, нити су изведени у његовом интересу, а које могу да изазову смрт

или озбиљно угрожавање здравља тог лица, 11) убијање или рањавање издајника који припадају непријатељском народу или војсци, 12) објављивање да неће бити милости, 13) уништавање или конфискација непријатељске имовине осим уколико то строго не захтевају интереси рата, 14) укидање, суспендовање или забрана права и учешћа у поступку пред судом држављанима непријатељске стране, 15) принуђавање припадника непријатељске стране да учествује у ратним операцијама упереним против сопствене земље, чак и ако су били у војној служби пре почетка рата, 16) пљачкање града или било ког другог места у ситуацији када је заузет у нападу, 17) коришћење отрова и средстава који у себи садрже отрове, 18) коришћење загушљиваца, отровних или других гасова и сличних течности, материја или изума, 19) коришћење муниције која се лако шири или се спљошти у људском телу, као што су меци са чврстом чауром која не покрива у целини средину метка или је покрива, али има засеке, 20) коришћење оружја, пројектила, материјала или метода ратовања који су такве природе да могу изазвати сувишне повреде или непотребне патње или се њима крше међународни закони о оружаном сукобу под условом да су они забрањени, 21) извршавање дела који изазивају срамоту и угрожавају лично достојанство, конкретно понижававање и деградирање личности, 22) извршење дела силовања или сексуалног ропства, присиљавање на проституцију, насилну трудноћу, присилну стерилизацију или било који други облик сексуалног злостављања, 23) искоришћавање присуства цивила или других међународно заштићених лица да би се повратиле одређене тачке или позиције или области или да би се одређене војне снаге заштитиле од војних операција, 24) намерне нападе на грађевине, медицинске јединице, транспорт и особље које користи очигледне знаке у складу са међународним правом, 25) намерно прибегавање изгладњавању цивила као метода ратовања лишавајући их ствари неопходних за њихов опстанак, укључујући и намерно спречавање дељења минималних залиха обезбеђених Женевским конвенцијама и 26) регрутовање или на други начин стављање у војну службу деце испод петнаест година у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учествовање у борбама.

Трећи облик ратних злочина из члана 8. Римског статута се састоји о озбиљном кршењу члана 3. Женевских конвенција у случају оружаног сукоба који није међународног карактера, а које су делатности учињене према цивилном становништву које није активно учествовало у борбама, укључујући и припаднике војних формација који су положили оружје или лица која су ван борбе услед болести, рањавања, казне или другог разлога. Ово се дело може извршити вршењем следећих радњи : 1) насиљем према животу, посебно убиствима свих врста, сакаћењем, окрутним понашањем

и тортуром, 2) поступањем на изразито срамотан начин према личном достојанству, а посебно на начин који понижава лица, 3) узимањем талаца и 4) доношењем пресуда и извршењем смртне казне без претходне објаве пресуде од стране регуларно контролисаног суда који би обезбедио све законске гаранције које су опште признате као неопходне.

Четврти облик ратних злочина из члана 8. Римског статута предвиђа кривично дело којим се врше озбиљне повреде закона и обичаја ратовања у оружаним сукобима унутар утврђених оквира међународног права, а нарочито ако се предузимају следећи акти : 1) намерно усмеравање напада на цивилно становништво или на цивилна лица која не учествују активно у непријатељствима, 2) намерно усмеравање напада на грађевине, материјале, медицинске јединице, транспорте и особље које користи очигледне ознаке регулисане Женевским конвенцијама у складу са међународним правом, 3) намерно усмеравање напада на особље, инсталације, материјале, јединице или возила хуманитарне помоћи или мировне мисије у складу са Повељом Уједињених нација све док имају право на заштиту и пружање помоћи цивилима и цивилним објектима по праву оружаних сукоба, 4) намерно усмеравање напада на верске, образовне, уметничке, научне грађевине, као и грађевине за добротворне сврхе, историјске споменике, болнице и места где су окупљени рањеници и болесници под условом да то нису војни објекти, 5) пљачкање насеља и места, чак и када су заузета приликом напада, 6) силовање, сексуално ропство, присиљавање на проституцију, насилну трудноћу, присилну стерилизацију или било који други облик сексуалног злостављања дефинисане као озбиљне повреде Женевских конвенција, 7) регрутовање или на други начин стављање у војну службу деце испод 15 године у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учествовање у борбама, 8) наређење за пресељавање цивилног становништва из разлога везаних за сукоб, осим ако то захтева сигурност цивила или неопходни војни разлози, 9) подмукло убијање или рањавање војника супротне стране, 10) објављивање да неће бити милости, 11) подвргавање лица која имају моћ на супротној страни, физичком сакаћењу или медицинским или научним експериментима ма које врсте који нису оправдани медицинским, стоматолошким или болничким лечењем тог лица, нити су изведени у његовом интересу, а које могу да изазову смрт или озбиљно угрожавање здравља тог лица и 12) уништавање или конфискација имовине супротне стране, осим ако то није учињено из разлога императивне војне потребе у сукобу.

3.4. Злочин агресије

У међународном кривичном праву, злочин агресије је први пут дефинисан као злочин против мира у Лондонском споразуму којим је основан Међународни војни суд у Нирнбергу (Degan, 2003:169-195). У члану 6. Статута Међународног војног суда који је додат уз Лондонски споразум су одређени појам и елементи агресије. Потом је Комисија за међународно право ОУН 1996. године у Нацрту Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства у члану 16. одредила дело агресије. Оно постоји када "појединац као вођа или организатор активно суделује или нареди планирање, припремање, отпочињање или вођење агресивног рата који претумачава нека држава".

Међународно кривично дело агресије које је иначе наведено у члану 5. Римског статута из 1998. године није ближе описано по садржини, карактеристикама и обележјима бића⁹. Но, у погледу квалификације овог дела Статут Међународног кривичног суда је упућивао на одговарајућу примену Резолуције Генералне скупштине ОУН број 3314 из 1974. године. Наиме, у члану 3. ове Резолуције је прецизирано шта представља акт агресије без обзира да ли је рат објављен или не. Према овој одредби дело агресије представљају следећи акти : 1) инвазија или напад оружаних снага једне државе на територију друге државе, као и свака војна окупација, макар и привремена која произађе из такве инвазије или напада или анексија територије или дела територије друге државе употребом силе, 2) бомбардовање територије неке државе од стране оружаних снага друге државе или употреба било ког оружја од стране једне државе против територије друге државе, 3) блокада лука или обала једне државе од стране оружаних снага друге државе, 4) напад оружаних снага једне државе на копнене, поморске или ваздухопловне снаге, поморску или ваздушну флоту друге државе, 5) употреба оружаних снага једне државе које се с пристанком државе пријема налазе на њеној територији

⁹ Посебна радна група за злочин агресије која је основана при Скупштини држава чланица Римског статута сваке године заседа на Универзитету Принстон у САД у покушају да одреди појам, елементе и карактеристике овог међународног кривичног дела. Највећи проблем у његовом дефинисању представља однос међународног тужиоца при Међународном кривичном суду и Савета безбедности у погледу оцене да ли је у конкретном случају извршена агресија једне државе на другу државу. Наиме, међународни тужилац не би требало да буде везан за одлуку ниједног политичког органа, па чак ни таквог органа као што је Савет безбедности, јер то може да буде противно интересима правде. С друге стране, највеће светске силе, као сталне чланице Савета безбедности не желе да се одрекну доношења тако важне одлуке од значаја за питања међународног мира и безбедности – да ли је извршена агресија и да такву одлуку препусте инокосном органу – међународном тужиоцу.

противно условима предвиђеним у споразуму, односно остајање тих снага на територији државе пријема и после истека споразума, б) радња једне државе која своју територију стави на располагање другој држави да би је ова искористила за извршење акта агресије против неке треће државе и 7) упућивање од стране, односно у име једне државе оружаних банди, група, нерегуларних војника или најамника који против друге државе врше акте оружане силе толико озбиљно да се они изједначују са напред наведеним актима, односно представљају значајно учешће једне државе у томе.

Но, интересантно је решење према коме је у Резолуцији изричито наведено да поред наведених аката који су одређени као дело агресије, Савет безбедности ОУН у складу са Повељом Организације уједињених нација може одлучити да се под овај појам подведу и неки други акти не остављајући критеријум за ово одређивање (Triffterer, 1997:811-881). При томе је у члану 5. Резолуције изричито наведено да никакав разлог било које природе, политичке, економске, војне или друге врсте не може оправдати агресију. Агресивни рат је злочин против међународног мира и свака агресија повлачи међународну одговорност.

На Првој ревизионој конференцији Римског статута која је одржана у Кампали јуна 2010. године консензусом свих држава чланица усвојена је резолуција¹⁰ којом се Римски статут у форми амандмана допуњује дефиницијом злочина против човечности (чиме се избегава основни приговор који се односи на кршење принципа законитости – да се кажњава за кривично дело чија обележја бића нису прописана у одговарајућем правном акту пре него што је учињено). Међутим, као слабост овог решења, у правној теорији се истиче, да се надлежност сталног Међународног кривичног суда за злочин агресије успоставља тек од 2017. године, те да за ово дело не могу и даље да одговарају грађани држава које нису чланице – дакле потписнице Римског статута (као што је то случај са САД, Руском федерацијом и Кином). Према одредбама ове резолуције, у Римском статуту је додат члан 8.бис који као злочин агресије сматра : планирање, припремање, отпочињање или вршење неког акта агресије који по својој природи, тежини и обиму представља очигледно кршење Повеље ОУН од стране лица које је у позицији да наређује (усмерава) политичке или војне операције неке државе или да врши стварну контролу над њима. А дефиниција самог чина агресије своди се на употребу оружане силе од стране једне државе према некој другој држави којом се повређује суверенитет, територијални интегритет или политичка независност те друге државе или се то чини на било који други начин који није у сагласности са Повељом ОУН. Но, да би се радило о акту агресије (дакле о

10 Resolution RC/Res 6 from June, 11.2010.

међународном кривичном делу) не сме да се ради о акту који је предузет на основу права на самоодбрану или по одобрењу Савета безбедности.

Тако према одредби члана 8. бис Римског Статута из 2010. године дело агресије представљају следећи акти без обзира да ли им је претходила објава рата или не (Лазаревић, 1995:80-82): 1) инвазија или напад оружаних снага једне државе на територију друге државе, као и свака војна окупација, макар и привремена која произађе из такве инвазије или напада или анексија територије или дела територије друге државе употребом силе, 2) бомбардовање територије неке државе од стране оружаних снага друге државе или употреба било ког оружја од стране једне државе против територије друге државе, 3) блокада лука или обала једне државе од стране оружаних снага друге државе, 4) напад оружаних снага једне државе на копнене, поморске или ваздухопловне снаге, поморску или ваздушну флоту друге државе, 5) употреба оружаних снага једне државе које се с пристанком државе пријема налазе на њеној територији противно условима предвиђеним у споразуму, односно остајање тих снага на територији државе пријема и после истека споразума, 6) радња једне државе која своју територију стави на располагање другој држави да би је ова искористила за извршење акта агресије против неке треће државе и 7) упућивање од стране, односно у име једне државе оружаних банди, група, нерегуларних војника или најамника који против друге државе врше акте оружане силе толико озбиљно да се они изједначују са напред наведеним актима, односно представљају значајно учешће једне државе у томе.

Иако је било и таквих предлога на скупу у Кампали, ипак у појам злочина агресије сем напред изричито наведених поступака није прихваћено да се одлуком Савета безбедности могу оквалификовати као ово кривично дело и други акти у складу са одредбама Повеље ОУН. Објект заштите код овог кривичног дела је мир међу народима и њиховим државама. По својој природи ово је кривично дело *delicta communia*, иако у пракси учинилац дела мора да има одређени политички, државни, службени или војни положај, својство или утицај да би уопште могао да предузме радњу извршења.

4. Закључак

Војни или цивилни *ad hoc* трибунали формирани после Другог светског рата ради суђења учиниоцима најтежих међународних кривичних дела нису успели да задовоље захтеве правде и правичности, задовољења жртава, ни помирење побеђених и поражених. Стога су бројне међународне конференције одржане под окриљем Организације уједињених нација

разматрале могућност оснивања сталног, наднационалног, универзалног судског органа који би судио свима и свугде за учињена најтежа кривична дела против човечности и међународног хуманитарниг права.

На искуствима Хашког трибунала за бившу СФР Југославију (1993. године) и Трибунала за Руанду (1994. године) засновано је уверење да се може остварити тај циљ, па је на Дипломатској конференцији одржаној 1998. године у Риму усвојен Статут сталног Међународног кривичног суда са седиштем у Хагу. Готово пет година је требало да овај Статут ратификује најмање 60 држава како би ступио на снагу чиме је формално овај судски орган и почео са радом 1. јула 2002. године, када су изабране судије и тужиоци који поступају пред овим судским органом.

У надлежности овог суда јесте утврђивање кривичне одговорности и изрицање казни учиниоцима најтежих међународних кривичних дела чије карактеристике и обележја бића утврђује овај Статут. То су следећа међународна кривична дела : геноцид, злочин против човечности, ратни злочини и злочин агресије који је после ревизионе конференције у Кампали одржане 2010. године по први пут појмовно дефинисан у међународним размерама.

Литература

Атанацковић, Д. (1981). *Кривично право. Посебни део*. Београд:Привредна књига.

Broomhall, B. (2004). *International justice and the international criminal court :between sovereignty and the rule of law*. Oxford:Oxford university press.

Damaška, M.(2008). Pravi ciljevi međunarodnog kaznenog pravosuđa. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Zagreb. 1.13-33.

Degan, V.Đ. (2003). Prigovori o nenadležnosti i nedopustivosti pred nekim međunarodnim sudbenim tijelima. *Zbornik Pravnog fakulteta*. Rijeka. 3.169-195.

Eser, A. (2003). Na putu ka međunarodnom kaznenom sudu, nastanak i temeljne crte Rimskog statuta. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Zagreb.1.133-163.

Јовашевић, Д. (2010). *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*. Ниш: Центар за публикације.

Јовашевић, Д. (2011). *Међународно кривично право*. Ниш:Центар за публикације.

Jovašević, D., Mitrović, Lj. (2012). Međunarodna krivična djela prema Statutu haškog tribunala i Rimskom statutu. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*. Zenica. 5. 137-142.

Лазаревић, Љ. (1995). *Кривично право. Посебни део*. Београд: Савремена администрација.

Novoselec, P. (2007). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.

Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično право*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Petrović, B., Bisić, M., Perić, V. (2012). *Međunarodno kazneno sudovanje*. Sarajevo: Privredna štampa.

Рачић, О. (1998). Један поглед на стални Међународни кривични суд. *Међународна политика*. Београд. 1072.16.

Resolution RC/Res 6 from June, 11.2010.

Старчевић, М. (1992). *Извори међународног хуманитарног права*. Београд: Црвени крст.

Triffterer, O. (1997). Acts of violence and international criminal law. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Zagreb. 2.811-881.

Turković, K., Novoselec, P., Grozdanić, V., Kurtović Mišić, A., Derenčinović, D., Bojanić, I., Vajda Munivrana, M., Mrčela, M., Nola, S., Vidlička Roksandić, S., Tripalo, D., Maršavelski, A. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.

Škorić, M. (2007). Posebne ovlasti tužitelja Međunarodnog kaznenog suda da odustane od istrage i kaznenog progona. *Zbornik Pravnog fakulteta*. Zagreb. 3.603-627.

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

International Crimes in the Rome Statute

Summary

Once the Rome Statute of the permanent International Criminal Court entered into force on 1st July 2002, this event finally marked the development of a new branch of criminal law – International Criminal Law. International Criminal Law, as a system of legal rules contained in the documents of the international community and national (internal) criminal laws of individual states, envisages criminal liability and punishment for a vast number of international crimes. These crimes include acts of breaching war laws and rules of warfare (envisaged in International Humanitarian Law), and acts of causing harm or endangering peace among nations and the security of mankind.

The Court has jurisdiction in the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. In the international law as well as in the national legislations, the perpetrators of these criminal acts are subject to most severe penalties and measures of punishment known in the criminal law today. In specific circumstances, the perpetrators of these crimes are subject to the primary jurisdiction of international criminal court (supra-national) authorities, such as the international military tribunals of Nuremberg or Tokyo, the Hague tribunal, the International Criminal Court established under the Rome Statute, etc. In this paper, the author has explored the notions and characteristics of international crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court envisaged in the Rome Statute. This study is aimed at providing a comprehensive analysis of substantive characteristics of these criminal offences, which are also envisaged in the provisions of the new Criminal Code of the Republic of Serbia adopted in 2005.

Key words: *International Criminal Law, crime, Rome Statute, International Criminal Court, criminal liability, penalties*

Др Миомира Костић¹,
Редовна професорка Правног
факултета, Универзитет у Нишу
Др Дарко Димовски²,
Доцент Правног факултета, Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.341

Рад примљен: 29.09.2013.
Рад прихваћен: 25.10.2013.

ОСУЂЕНИЧКЕ БАНДЕ У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА³

Апстракт: Аутори су, полазећи од критике Џонсонове типологије прилагођавања понашања у затворима, одредили који су све осуђеници „способни“ да буду чланови банди у затворима. Посебна пажња је посвећена појмовном одређењу осуђеничких банди од стране бројних пенолога. Иако су затвори, као пенитенцијарне установе, веома стари, банде у затворима су релативно нове. Наиме, оне су настале у прошлом веку у Сједињеним Америчким Државама. Стога су аутори посебну пажњу посветили различитим бандама осуђеника у Америци, које су по бројности чланства, као и степењу опасности по пенитенцијарни систем и друштво, највеће. Осуђеничке банде се одликују посебном структуром, која је углавном иста. Посебан предмет анализе је начин комуникације припадника банди у затворима. Наиме, комуникација је специфична, уз коришћење посебних шифри и затворских кодова. Такође, аутори су анализирали стопу насиља осуђеничких банди, уз истицање да долази до преливања насиља и криминалних активности ван затворских зидина. Другим речима, постоји повезаност уличних и осуђеничких банди.

Кључне речи: осуђеничке банде, појам, развој, структура, комуникација.

1 kosticm@prafak.ni.ac.rs

2 darko@prafak.ni.ac.rs

3 Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

1. Увод

Лишавањем слободе, осуђена лица суочавају се с многобројним депривацијама и фрустрацијама, што доводи до стварања посебне психолошке атмосфере у осуђеничкој заједници. Поред тога што су осуђеници изложени притиску формалног система да се понашају у складу с правилима кућног реда, они су изложени и притиску неформалног система, при чему се код њих јавља дилема о томе да ли прихватити захтеве формалног или, пак неформалног система. Неки пенолози, попут Џонсона, разликовали су пет начина прилагођавајућег понашања, у тој ситуацији: 1. инситуционализација (призонизација) – осуђено лице у потпуности прихвата све норме и захтеве неформалног система, док одбацује друштвене вредности; 2. савршени затвореник – понаша се искључиво у складу са захтевима формалног система; 3. отпорни осуђеник – овог осуђеника одликује психопатска структура личности, уз стално кршење норми формалног система и испољавање насиља; 4. зависност од затвора – овај начин прилагођавања је веома сличан институционализацији, али се од ње разликује по већем степену навикавања на затворску средину, јер се код зависности од затвора дешава да осуђено лице одмах по изласку на слободу ода вршењу кривичних дела како би што пре био враћен на издржавање нове казне затвора; 5. колективно задиркивање – код овог начина прилагођавања долази до масовног омаложавања оних осуђеника за које се претпоставља или зна да колаборирају са формалним системом (Константиновић Вилић, Костић, 2011:228-229). Међутим, морамо да нагласимо да ова Џонсонова типологија начина прилагођавања осуђеника није компактна. Наиме, код свих облика прилагођавања, осим код колективног задиркивања, основ поделе је понашање појединих осуђеника на притисак којим су изложени како од стране формалног, тако и од стране неформалног система, док је код колективног задиркивања основ реакције одређене групе осуђеника на понашање осуђеника који поштује норме формалног система (савршен затвореник).

Управо они осуђеници, чији је начин прилагођавања призонизација, отпорност, као и зависност од затвора, представљају основу за настајање тзв. осуђеничких банди. Многи осуђеници након лишавања слободе имају могућност прикључења бандама у затвору и самим тим науче начине њеног функционисања. То не значи да сви осуђеници буду чланови осуђеничких банди. Наиме, постоје осуђеници, пре свега на дуге затворске казне, који не припадају овим облицима организовања у оквиру неформалног система.

2. Одређење банди у затворима

Под термином осуђеничке банде подразумевамо различите врсте банди, које постоје у пенитенцијарним установама. Осуђеничке банде су врста криминалне организације које су настале у америчким затворима. Иако припадници различитих стручних служби имају тенденцију да не употребљавају термин *банда*, сагласни су међу собом да постојање ових неформалних група представља велики ризик за сигурност свих у затворима. Затворске банде се могу одредити и као субјекти који извршавају кривична дела, при чему испољавају контролу над уличним бандама. На тај начин њихов утицај превазилази границе самог затвора.⁴

Једно друго одређење затворских банди се односи на одређену групу осуђеника, код које постоји одређени степен хијерархије. Неки су сматрали да се традиционалне осуђеничке банде састоје само од пунолетних осуђеника, уз постојање хијерархије са различитим позицијама унутар банде. Другим речима, под осуђеничком бандом се подразумева веома ефикасна криминална организација, која успева да прокријумчари психоактивне супстанце у саму пенитенцијарну установу, уз постојање других криминалних активности како би се одржао такав положај (Carlson, Simon Garrett, 2008:32).

Пенолози Флајшер и Ризон наглашавају да се појам осуђеничке банде везује за групу осуђеника, која има велики капацитет за ремећење мира у затворима или за групу осуђеника, који представљају претњу за општу безбедност (Hensley, 2002:4).

Пенолог Лајман, на пример, одређује осуђеничке банде као организацију која делује у оквиру затворског система, која се састоји од одабране групе затвореника, уз постојање ланца команде и кодекса понашања. Осуђеничке банде се одликују тајношћу, при чему је циљ постојања осуђеничке банде бављање криминалним активностима, којим се уједно врши контрола над непосредним окружењем у затворима, применом насиља и застрашивања према осуђеницима који нису чланови банде. За осуђеничке банде се може рећи да представљају за пенологе веома проблематично и непредвидиво истраживање, као што за управу у пенитенцијарним установама представљају ноћну мору (Fleisher, M., Decker, 2001:2).

Криминолог Бек је сматрао да се осуђеничка банда састоји од групе затвореника, који деле пет, шест карактеристика, уз вршење кривичних дела у пенитенцијарним установама. Те карактеристике су следеће: 1)

⁴ Prison Gang Law & Legal Definition, Retrieved 23, June 2013, from <http://definitions.uslegal.com/p/prison-gang/>

формално чланство са постојањем одређених правила за чланове; 2) постојање вође или неколицине осуђеника, које други осуђеници следе; 3) заједничка одећа, тетоваже, посебан језик или неки други симболи; 4) заједничко име; 5) припадници осуђеничке банде потичу из истог суседства, улице или школе и 6) постојање одређење територије на којој је група позната, као и одређење активности које се предузимају на датој територији.⁵

3. Настанак осуђеничких банди и њихове активности у различитим историјским периодима

Постојање мале групе осуђеника, који ометају ред и мир у пенитенцијарним установама није нова појава. Треба нагласити да се карактер и број оваквих група драстично променио почетком педесетих и шездесетих година прошлог века. Разлог настанка осуђеничких банди треба тражити у одговору на географске, етничке, расне и идеолошке утицаје и изазове у самим затворима. Такође, као разлог настанка банди осуђеника можемо навести и тежњу за самозаштитом, као и тежњу ка стицању материјалних користи бављењем криминалним активности. Сматра се да су неке осуђеничке банде своју структуру изградиле угледајући се на групе које су већ постојале у друштву. Повећање криминалних активности од стране ових група у затворским условима је створило велике проблеме у самом управљању пенитенцијарних установа. Током шездесетих и седамдесетих година прошлог века почело је да се развија ривалство између различитих осуђеничких банди, што је довело до повећања насиља. Међутим, тек почетком седамдесетих година XX века затворска управа је уочила реметилачки капацитет ових група, те је стога почела систематски да их прати. Пенитенцијарне службе се испрва тежиле семо да идентификују оне групе осуђеника, које имају формалну структуру. Временом је установљено да чак и групе осуђеника, са мањом формалном структуром, могу да представљају велики безбедоносни ризик (Walker, 2013).

Код већине банди осуђеника као основ настанка се наводи расна и етничка припадност, при чему је „чланство“ ограничено само на мушкарце. Код чланова осуђеничких банди постоји склоност ка помогању партнеркама ван затвора. Највећи проблем управи пенитенцијарних установа представљају они осуђеници, који су у процесу иницијације, при чему, желећи да импресионирају припаднике одређених банди, врше велики

5 Gangs and Prison, Retrieved 26, June 2013, from http://people.missouristate.edu/MichaelCarlie/what_i_learned_about/prisons.htm

број кривичних дела, уз примену екстремног насиља. Основ стварања неких осуђеничких банди с краја шездесетих година прошлог века била је политичка оријентација. Као циљ су пропагирани збацивање владе, залажући се за ослобођење угњетаваног народа (Walker, 2013).

Историјски је могуће пратити настанак бројних осуђеничких банди. Једна од првооснованих банди је позната под именом Gypsy Jokers. Основана је током педесетих година XX века у државном затвору у Вашингтону (McShane, Williams, 2009:344). Прва осуђеничка банда, чији је основ настанка била национална припадност, била је Mexican Mafia, која је настала 1957. године у Калифорнији (Orlando-Morningstar, 1997:1). Позната је и под именом ЕМЕ, La Eme, Emily, Emergos. Чланови ове банде су били чланови уличних банди, али када једном постану чланови Mexican Mafia, остају њен део до краја живота. То се најбоље види по чињеници да чланови морају да раде за добробит и по отпуштању на слободу (Skarbek, 2011:3). Ову осуђеничку банду чине припадници хиспано групе који потичу из јужне Калифорније. Све латино банде изузетно су територијално оријентисане, при чему је нагласак на очувању саме организације, а не појединца. Територијална припадност се најбоље отелотворује у томе што осуђеници шпанског порекла из јужне Калифорније увек у свом говору наглашавају град или област из које потичу, уз изговарање броја 13. Наиме, број 13 представља слово М у алфabetи, која се на шпанском изговара „еме“, што се односи на „La Eme“, односно на јужњаке (Lynch, Duval, 2011). Према последњим извештајима ова осуђеничка банда постоји у најмање девет пенитенцијарних установа. Као модел организације узели су структуру италијаских мафијашких група. Претежно се баве продајом наркотика, али су ангажовани и у друге криминалне активности (Mays, Winfree, 2009:208). Иако из самог назива затворске банде је јасно да је чине само Мексиканци, током историје је постојао један изузетак. Наиме, Американац, Џо Морган, је био припадник ове банде, иако је био југословенског порекла. Он је имао кључну улогу у успостављању сарадње Mexican Mafia са још једном веома познатом осуђеничком бандом – Агуан Brotherhood. Структура Mexican Mafia је таква да се на врху налази тзв. генерал, испод кога се налазе капетани, поручници и војници. Ову осуђеничку банду одликује, такође, велика организованост и дисциплина. Врло често долази до грешке у идентификовању између припадника Mexican Mafia и Mexicanemi из Тексаса. Неки пенолози сматрају да ове две банде осуђеника деле исте тетоваже. Међутим, постоји суптилна разлика у изгледу тетоважа. Mexican Mafia блиско сарађује са следећим осуђеничким бандама: La Nuestra Familia; Northern Structure; Arizona's New Mexican Mafia и Black Guerilla Family (Walker, 2013).

Осуђеничка банда Aryan Brotherhood је основана у затвору у Сан Квентину 1967. године, с циљем одбране од осуђеника Афро-Американаца и Хиспанаца. Убрзо је ова осуђеничка банда постала најпознатија у Америци. Данас се ова банда претежно бави трговином психоактивних супстанци. Важно је напоменути да код ове банде важи правило „blood in, blood out“, под чиме се подразумева да је потребно убити неког како би се постао члан банде, а да је једини начин да „ослобађања“ од чланства сопствена смрт осуђеника (Atkins, 2011:155). О самом степену агресивности ове осуђеничке банде сведочи податак да су припадници ове банде одговорни за 18% убистава у федералном пенитенцијарном систему, иако банду чини мање од 1% затворске популације.⁶ Осуђеничком бандом Aryan Brotherhood управља веће састављено од три високопозиционирана осуђеника (Orlando-Morningstar, 1997:2).

Још једна веома опасна осуђеничка банда је Black Guerrilla Family. Наиме, она је основана у затвору Сан Квентин 1966. године од стране Џорџа Џексона, који је иначе био члан партије Black Panther. Он је успео да створи ову банду осуђеника тако што је привукао припаднике других милитантних група, попут: Black Liberation Army, Symbionese Liberation Army, и Weatherman Underground Organization. Њихова идеологија се заснива на марксистичкој доктрини (Orlando-Morningstar, 1997:2). Чланови ове осуђеничке банде припадају црној раси. Иако је банда по бројности мала, спада у веома опасна групе осуђеника, јер код њих постоји полагање заклетве по којој живот сваког осуђеника припада осуђеничкој банди. По структури Black Guerrilla Family организована је по угледу на паравојну организацију, са централним комитетом, главнокомандујућим и другим војничким звањима (Walker, 2013).

Средином шездесетих година прошлог века основана је у калифорнијском затвору Соледад осуђеничка банда La Nuestra Familia (Our Family). Чланови ове банде су тзв. portenos, што значи да потичу из северног дела Калифорније (Newton, 2008:59). Ова осуђеничка банда је некада, заједно са бандом Mexican Mafia, чинила јединствену групу. Разлог разлаза је био исмејавање осуђеника – припадника хиспано групе, из северног дела Калифорније од стране јужњака, због њиховог бољег финансијског и друштвеног положаја (Lynch et al., 2011). Као повод за избијање сукоба између ових двеју група осуђеника била је наводна крађа ципела, које су припадале Хиспанцу са севера, од страбе Хиспанца са југа.⁷ Као што су

6 Aryan Brotherhood, Retrieved 27, June 2013, from http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Aryan_Brotherhood.html

7 Wikipedia, Nuestra Familia, Retrieved 26, June 2013, from http://en.wikipedia.org/wiki/Nuestra_Familia

припадници Mexican Mafia употребљавали број 13, како би нагласили да потичу са југа, припадници La Nuestra Familia су користили број 14, који представља слово N, како би нагласили да потичу са севера (Lynch et al., 2011).

Осуђеничка банда која се врло често меша са Mexican Mafia-ом, је банда затвореника по имену Mexikanemi. Неки их називају и именом Texas Mexican Mafia. Основани су почетком осамдесетих година прошлог века. Ова осуђеничка банда је по бројности веома велика. Наиме, има преко 2.000 чланова. Већину од чланова чине осуђеници мексичког порекла, који су у тренутку затварања живели у Тексасу. Своје криминалне послове су везали за трговину наркотицима. Добро су повезани са својим сарадницима ван затвора, што им омогућује да тржиште дрогом како ван зидина затвора, тако и у самом затвору (Luman, 2011:497). Фебруара 1996. године избио је рат између Mexikanemi и Mexican Mafia. Као повод за избијања сукоба наводи се догађај у којем су чланови Mexican Mafia изболи два члана Mexikanemi у затвору у месту Флоренц у Колораду.⁸ Чланови банде се често повезују са почињеним убиствима. Њихову идеологију одликује схватања да југозападни дело Сједињених Америчких Држава, као и Мексико, треба вратити староседеоцима (Orlando-Morningstar, 1997:4).

Почетком седамдесетих година прошлог века настала је још једна банда у затвору – Texas Syndicate. Као место у којем је настала ова банда затвореника помиње се државни затвор Фолсом у Калифорнији. Банда је оформљена због све већег притиска на одређење осуђенике од стране Mexican Mafia и La Nuestra Familia. Чланови банде имају изграђен војнички дух, јер су спремни да данима способни да буду стрпљиви како би се у правом тренутку осветили, због напада на чланове банде или због кршења кодекса банде (Mays et al., 2009:208). Приликом формирање банде, чланови су могли да буду и осуђеници који нису пореклом Хиспанци. Међутим, врло брзо су дошло је до тога да чланови банде Texas Syndicate могу да буду само Шпанци. Кодекс понашања чланова ове банде обухвата следећа правила: 1) буди Тексашанин; 2) увек остани члан банде; 3) стави интересе банде изнад свега; 4) банда је увек у праву; 5) истетовирај знак банде; 6) никад не изневери чланове банде; 7) поштуј друге чланове и 8) не одај информације о банди другима (Walker, 2013).

⁸ Latine prisone gangs, *Mexikanemi*, Retrieved 29, June 2013, from <http://latinoprisongangs.blogspot.com/2009/10/mexikanemi.html>

4. Повезаност осуђеничких и уличних банди

Историјски посматрано, осуђеничке банде су настале као реакције на разне депривације и фрустрације осуђеника на затворске услове. Такође, као разлог настајања банди наводи се и тежња за бављењем нелегалним активностима унутар затворских зидина. У време настајања осуђеничких банди није постојала веза са уличним бандама. Међутим, у последње време ситуација је доста промењена. Наиме, као разлоге за постојање повезаности осуђеничких и уличних банди можемо навести: нагло повећање броја припадника уличних банди у пенитенцијарним установама и то да чланови осуђеничких банди по издржаној затворској казни настављају са криминалним активностима на слободи, при чему долазе у контакт са члановима уличних банди (Conly, 1993:56).

Како чланови уличних банди одмах по доласку у пенитенцијарну установу траже заштиту, „неминовно“ је да постану чланови одређених банди осуђеника. На тај начин долази до инфилтрирања чланова уличних банди у банде у затворима. По изласку из затвора, бивши затвореници се поново успостављају везе са члановима својих уличних банди (Klein, 1995:23). Од свих чланова осуђеничких банди се очекује да остану у контакту са осталим осуђеницима – члановима, по изласку из затвора, како би одрађивали послове који су потребни осуђеницима. Тако, на пример, отпуштени чланови Агуан Brotherhood-а имају обавезу да финансијски помажу породице чланова ове осуђеничке банде који су још увек у затвору. Осуђеничке банде Mexican Mafia и Texas Syndicate проширују свој утицај ван пенитенцијарних установа тако што се њихови из затвора отпуштени чланови баве трговином психоактивним супстанцама, при чему неминовно долазе у контакт са уличним бандама (Orlando-Morningstar, 1997:8). Уколико се неки отпуштени члан осуђеничке банде бави самоиницијативно криминалним активностима, попут диловања дроге, неопходно је да преда одређени проценат зараде осуђеничкој банди –Texas Syndicate захтева 10%, док осуђеничка банда 15%. Казна за непоштовање овог правила је смрт (Orlando-Morningstar, 1997:8).

Повезаност између уличних и осуђеничких банди се не огледа само у инфилтрирању чланова. Наиме, ове две врсте банди сарађују приликом вршења криминалних активности. Тако је истраживање, спроведено од стране National Gang Intelligence Centar, показало да постоји повезаност уличних банди MS-13 и 18th са осуђеничким бандама, попут Mexican Mafia (Larence, 2010:42).

5. Структура осуђеничких банди

Организација осуђеничких банди је била предмет истраживања у бројним случајевима. Тако је доцент на катедри за криминологију, Роберт Фонг, на Универзитету Северна Каролина, проучавао структуру двеју осуђеничких банди: Texas Syndicate и Mexikanemi. Као општу карактеристику осуђеничких банди наводио је висок степен структурисаности. Тако је, на пример, на челу Texas Syndicate председник и потпредседник, који су изабрани од стране других припадника банде. Из овога се може извући закључак да у организацији Texas Syndicate провејава дух демократије, јер сваки члан има право гласа, а одлуке се доносе јединствено. Правило о неопходности постизања јединствених одлука је уведено како би се спречио могућу сукоб. Фонг је сматрао да нивоу јединице организација ове осуђеничке банде се састоји од команданта, који је надређен капетану, поручнику, воднику и војнику. Као услов за долазак на све друге позиције, осим позиције председника, је доказаност у обављању кривичних дела за саму банду. Један од начина заштите банде од избијања унутарњег сукоба је и правило да сви чланови ове осуђеничке банде, осим председника и потпредседника, бивају одмах деградирани у положај војника, уколико их управа формалног система премести у неку другу групу (Orlando-Morningstar, 1997:5).

Осуђеничка банда Mexikanemi имају, како тврди Фонг, сличну организацију. На челу банде је председник, а испод њега постоје потпредседник, регионални генерали, поручници, водници и војници. Како би се досегла одређена позиција у структури саме банде, потребно је располагати посебним вештинама, које се огледају у могућности одржавања хармонијских односа у самој банди, као и у поседовању лидерских способности. Иако је одржавање складних односа у самој банди веома важан елемент с циљем даљег јачање снаге банде, у осуђеничкој банди Mexikanemi не постоји унапред смишљен начин избегавања сукоба међу члановима банде. Иако је један од принципа функционисања банде постизање јединствених одлука, поручници често издају наредбе, без претходне сагласности осталих чланова банде (Orlando-Morningstar, 1997:5).

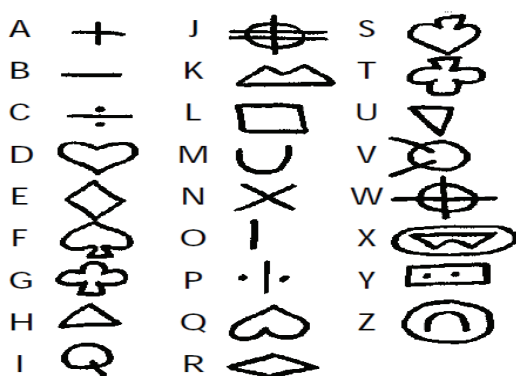
Из овог истраживања криминолога Роберта Фонга, може извући неке уопштене закључке о организацији осуђеничких банди. Наиме, оне су високо организоване осуђеничке групе, са одређеним кодексом понашања и правилима понашања, која се спроводе од стране вође банде (Miller, Hess, Orthmann 2011:386). На челу сваке осуђеничке банде је вођа, заједно са својим блиским сарадницима. Вођа затворске банде се одликује честом употребом насиља, како према члановима његове банде, тако и према

осуђеницима који нису припадници његове банде, при чему је способан да застраши друге затворенике. Пенолошкиња Сандра Фортун је, приликом истраживања осуђеничких банди, дошла до шест особина вођа банди у затворима. Тако се вођа затворске банде карактерише захтевом за лојалношћу од других припадника банде, спровођењем сопствених жеља и одржавању тренутне позиције уливањем страха осталим члановима банде, способношћу и жељом да спроведе своје наредбе, потврђивањем своје позиције у односу на остале чланове банде, успоном до позиције вође банде коришћењем личних веза са претходним вођом, као и потврђивању самог себе као лидера осуђеника кроз призму поштовања, које је стекао због свог понашања и демонстрације лидерских способности (Holmes, Tewksbury, Higgins, 2012:120).

Владајућа структура, са најтврђим члановима банде, чини 15-20% укупног чланства банде. Чланство у осуђеничкој банди подразумева апсолутну лојалност. Начин напредовања на хијерархиској лествици подразумева употребу (смртоносне) силе. Не постоји могућност да неко изађе из банде, јер се сматра да он тиме угрожава виталне интересе саме банде осуђеника, тако да се то лице елиминише (Fleisher et al., 2011:3).

6. Комуникација осуђеничких банди

Чланови осуђеничких банди користе различите начине како би комуницирали. Неки истраживачи сматрају да чланови осуђеничких банди комуницирају употребом тетоважа и графита. Најчешће се користе шифроване поруке (Riviello, 2010:196). Илустрација шифрованих знакова може се најбоље видети на примеру осуђеничке банде La Nuestra Familia (слика 1). И све друге банде користе сличне знакове (Orlando-Morningstar, 1997:7).



Слика 1. Пример шифрованих знакова осуђеничке банде La Nuestra Familia

Поред комуникације међу члановима осуђеничких банди помоћу шифара, чланови банде осуђеника користи и тзв. *body language*, који обухвата комуницирање телом, рукама, као и посебним плесним покретима. Комуницирање телом односи се на посебан положај руку и ногу, којим се шаљу одређене поруке члановима савезничких или противничких банди осуђеника. Неке банде затвореника имају дубоко укоренење церемонијалне плесове, који се састоји од понављање одређених комбинација покрета петом и прстима. Сврха тих плесова је увреда чланова супарничке банде, мада се плес изводи и након убиства члана неке друге банде осуђеника. Иако је извођење ових врста плесова доста старо, велику популарност широм пенитенцијарних система су „доживели“ након њиховог извођења од стране познатог репера *Snoop Dog*-а, бившег члана једно од осуђеничких банди (Riviello, 2010:197).

Неке друге банде осуђеника комуницирају међусобно помоћу посебног кода, под којим се подразумева употреба одређених речи, које за чланове затворске банде имају посебно значење. На слици под бројем 2. дат је код осуђеничке банде *Black Guerrilla Family*, са значењем одређених речи (Orlando-Morningstar, 1997:7).

BGF Term	Meaning
Annette Brooks	Aryan Brotherhood
Bobby G. Foster	BGF
Central High	mainline
Compton	hole or segregation
D.C.	decision or deciding
kiss	marked for death
Mary Mitchell	Mexican Mafia
Nelson Franklin	Nuestra Familia
Paula	police officer
record shop	hospital
salt	hacksaw
Sammy Davis, Jr.	bootlicking
Supermarket	killed or dead

Слика 2. Пример кода осуђеничке банде *Black Guerrilla Family*

7. Осуђеничке банде и насиље

Криминолошке студије су показале да лица која су највише склона насиљу, како ван затвора, тако и у самом затвору, имају између 16 и 24 година. Просечна старост лица који долазе у пријамна одељења пенитенцијарних установа је 27 година. Такође, дошло се до резултата да су младе особе у већој могућности да буду виктимизирани од разних облика насиља, у односу на лица старије животне доби (Clear, Cole, Reisig, 2009:278). Непостојање породичних веза младих осуђеника је још један разлог њихове склоности ка испољавању насиља. Као још један разлог да су млади осуђеници насилнији у односу на старије осуђенике, наводи се њихова немогућност да међусубне односе са другим осуђеницима не тумаче као изазове и провокације, што у крајњем случају доводи до испољавања насилног понашања (Clear et al., 2009:278).

Неки социолози сматрају да култура насиља постоји међу одређеним групама, одговарајућег социоекономског статуса, расне или етничке припадности. Другим речима, култура примене насиља постоји код лица нижег друштвеног положаја. Како су припадници ниже друштвене класе најчешће и осуђеници, више је него јасно колики је обим насиља у затворима. Уколико насиље у затворима посматрамо кроз призму расне припадности, истраживања су показала да Афро-Американци, који су лошег социоекономског положаја, су више агресивнији у односи на припаднике беле расе (Clear, Cole, Reisig, 2009:278).

Осуђеничке банде су главни “произвођачи” насиља у затворима. Расна и етничка припадност су главни поводи за нападе на припаднике других банди. У пенитенцијарним установама долази до „преливања“ насиља са улице у саме затворе. Другачије речено, рат на улици између припадника различитих банди се преноси међу затворске зидине (Clear, Cole, Reisig, 2009:278). Истраживање о обиму насиља у пенитенцијарним установама је показало да од 82.000 осуђеника највише су насилни они који припадају осуђеничким бандама. Чланови различитих банди су одговорни за 26% насилних инцидената, као и за 31,5% насилних напада на друге осуђенике. Припадници формалног система примењују припадност осуђеничким бандама као најбитнији фактор у прогнози понашања неког осуђеника током издржавања казне затвора. Исто тако, већа укљученост у криминалне активности, као и већа позиција у хијерархији осуђеничке банде, представља битан предикатор насилног понашања (Holmes et al., 2012:121).

8. Закључак

Осуђеничке банде су такве групе затвореника, које представљају велику сигурносну претњу за функционисање не само формалног, већ и неформалног система. Пред представнике формалног система се ставља готово (не)могућа мисија да спрече деловање осуђеничких банди, које се огледа у угрожавању сигурности осталих затвореника и радника затворске управе, као и у трговини дрогом и другим нелегалним активностима. Другим речима, банде затвореника спречавају основну сврху кривичних санкција, а то је ресоцијализација осуђеника. Осуђеничке банде доводе и до ширења тзв. криминалне болести, јер многи затвореници, плашећи се за своју безбедност, се прикључују овим криминалним организацијама, у којима „уче“ да врше велики број других кривичних дела.

Иако су припадници формалног система предузимали бројне активности са циљем смањења броја осуђеничких банди, у виду коришћења инсајдерских информација од стране припадника самих банди, изолације вођа осуђеничких банди, строго кажњавање за свако кршење правила кућног реда, праћење комуникације чланова банди, ниво насиља осуђеничких банди је не само остао исти, већ је растао из године у годину. Полазећи од ове чињенице, неопходно је трагати за новим начинама контролисања осуђеничких банди, јер је природно да се људи организују у одређене групе, односно доследније примењивати већ постојеће, проверене облике пенитенцијарних третмана. Пре свега, као облици третмана, у најужој вези с процесом преваспитања осуђених лица, јављају се: рад осуђених лица, образовање и социјално-етичко васпитање осуђених лица, културно-уметнички рад и рекреативна терапија, осуђеничко самоорганизовање, форме и методе индивидуалног рада (психотерапија, награђивање и кажњавање), групни рад и групна психотерапија, окупациона терапија, постпенална помоћ (Константиновић Вилић, Костић, 2011:166).

Један од савременијих начина за успешно смањање обима насиља осуђеничких банди можемо навести пример примене когнитивне терапије у затвору The Sierra Conservation Center у Џејмстауну. Овај затвор, средњег степена обезбеђења, је познат по вршењу насиља између осуђеничких банди. Због тога је управа затвора увела обавезу да осуђеници прочитају књигу „*The Purpose Driven Life*“, аутора свештеника Рика Варена. Координатор програма за борбу против зависности, Хектор Лозано, је говорио да није могло да прође две недеље а да се не деси неки случај напада припадника једне банде на чланове друге банде осуђеника. Читање ове књиге допринело је промени понашања банди једне према другој, јер су оне почеле да разговарају о ономе што су прочитале. Преко 400, од 1.200

осуђеника, су прочитали књигу. Обавеза осуђеника се састојала да, након прочитаног поглавља, развију групну дискусију о томе како прочитани део књиге утиче на њихов свакодневни живот. Од 2003. године, када је овај религиозни програм почео да се примењује, забележена је само једна побуна, 67 насилних инцидената, четири напада на припаднике формалног система, при чему је 1.067 осуђеника дисциплински кажњавано. Пре него што је програм почео да се спроводи, број побуна је био 5, док су била пријављена 103 инцидената са елементима насиља. Исто тако, у четири случаја жртва насиља је било особље управе пенитенцијарне установе, уз постојање дисциплинског кажњавања у 1.226 случајева. Формални систем је био задовољан постигнутим резултатима. Портпарол затвора у Џејмстауну, Кени Калхун, је рекао да је дати религиозни програм одиграо веома значајну улогу у опадању стопе пријављених случајева насиља између осуђеничких банди (Димовски, 2012:341-342).

Из наведеног примера можемо видети да постоје начини за редукацију насиља осуђеничких банди. Стога, треба их континуирано развијати, али и доследније примењивати. Неки од њих, попут наведеног примера из искуства у поступању према осуђеничким бандама у САД, могуће је, ако не дословно, онда у модалитетима, примењивати и код нас. Наравно, за такву врсту крајње осетљивих и за друштво значајних поступања, чија примена/непримена може имати далекосежне последице и по цену коштања криминалитета у једној земљи, неопходно је уградити у законску норму. Трагање за новим начинима превенције агресивног понашања припадника осуђеничких банди увек ће бити део експерименталних истраживања, а успешност појединих модалитета, нажалост, не може бити потврђена без експерименталних студија на самим осуђеницима.

Литература

Aryan Brotherhood, Retrieved 27, June 2013, from http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Aryan_Brotherhood.html

Atkins, S. (2011). *Encyclopedia of Right-Wing Extremism In Modern American History*. USA: ABC-CLIO.

Carlson, P., Simon Garrett, J. (2008). *Prison and Jail Administration: Practice and Theory*. Canada: Jones and Bartlett Publishers.

Clear, T., Cole, G., Reisig, M. (2009). *American Corrections*. USA: Thomson Higher Education.

Conly, C. (1993). *Street Gangs: Current Knowledge and Strategies*. USA: National Institute of Justice.

Fleisher, M., Decker, S. (2001). *An Overview of the Challenge of Prison Gangs*. Aspen Publishers, 5(1).

Gangs and Prison, Retrieved 26, June 2013, from http://people.missouristate.edu/MichaelCarlie/what_i_learned_about/prisons.htm

Hensley, C. (2002). *Prison Sex: Practice and Policy*. Colorado: Lynne Rienner Publishers.

Holmes, R., Tewksbury, R., Higgins, G. (2012). *Introduction to Gangs in America*. USA: Taylor & Francis Group.

<http://definitions.uslegal.com/p/prison-gang/>

http://gangsorus.com/mexican_mafia.htm

http://www.gangsorus.com/prison_gang_history.htm

http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Aryan_Brotherhood.html

<http://bulk.resource.org/courts.gov/fjc/snobull2.pdf>

Klein, M. (1995). *The American Street Gang: Its Nature, Prevalence, and Control*. New York: Oxford University Press.

Larence, E. (2010). *Combating Gangs: Federal Agencies Have Implemented a Central American Gang Strategy, But Could Strengthen Oversight and Measurement of Efforts*. United States Government Accountability Office.

Latine prisone gangs, *Mexikanemi*, Retrieved 29, June 2013, from <http://latino-prisongangs.blogspot.com/2009/10/mexikanemi.html>

Lyman, M. (2011), *Drugs in Society: Causes, Concepts and Control*, Anderson Publishing, Burlington.

Lynch, A., Duval, J., *Forensic Nursing Science*, Mosby, Missouri, 2011, (Electronic Version), Retrieved 26, June 2013. from [http://books.google.rs/books?id=nD6VAFvKGC0C&pg=PT1974&dq=La+Nuestra+Familia+\(%E2%80%9COur+Family%E2%80%9D\)&hl=sr&sa=X&ei=YDnNUansCuzb4QSokIHYDQ&redir_esc=y](http://books.google.rs/books?id=nD6VAFvKGC0C&pg=PT1974&dq=La+Nuestra+Familia+(%E2%80%9COur+Family%E2%80%9D)&hl=sr&sa=X&ei=YDnNUansCuzb4QSokIHYDQ&redir_esc=y)

Mays, L., Winfree, L., T. (2009). *Essentials of Corrections*, Wadsworth: Cengage Learning.

McShane, M., Williams, F. (2009). *Encyclopedia of American Prisons*. Taylor and Francis.

Miller, L., Hess, K., Orthmann, C. (2011). *Community Policing: Partnerships for Problem Solving*. New York: Cengage Learning.

Newton, M. (2008). *Gangs and Gang Crime*. New York: Infobase Publishing.

Orlando-Morningstar, D., (1997). *Special needs offenders – Bulletin*, Retrieved 27, June 2013, from <https://bulk.resource.org/courts.gov/fjc/snobull2.pdf>

Prison Gang Law & Legal Definition, Retrieved 23, June 2013, from <http://definitions.uslegal.com/p/prison-gang/>

Riviello, R. (2010). *Manual of Forensic Emergency Medicine*, London: Jones and Bartlett Publishers.

Robert Walker's gangs, Retrieved 26, June 2013, from http://www.gangsor.us.com/black_guerrilla_family.htm

Skarbek, D. (2011). *Governance and Prison Gangs*. American Political Science Review.

Wikipedia, Nuestra Familia, Retrieved 26, June 2013, from http://en.wikipedia.org/wiki/Nuestra_Familia

Димовски, Д. (2012). *Криминолошко одређење убиства – докторска дисертација*, Ниш.

Константиновић Вилић, С., Костић, М. (2011). *Пенологија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Miomira Kostić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Darko Dimovski, LL.D

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

Prison Gangs in the United States

Summary

Relying on Johnson's typology aimed at measuring the inmates' adjustment to prison life, the authors explore the phenomenon of prison gangs and how their behavior is shaped by the prison setting. The authors note that the basic reasons for the emergence of prison gangs are the prisoners' personality, their way of adapting to the prison conditions ("prisonization"), their resistance to adapt to prison life as well as their reliance on the prison routines. Given the fact that there is no universal definition of prison gangs, each penologist provides his/her own definition and highlights the essential elements reflecting the gang members' behavior. The first prison gangs emerged within the prison walls in the 1950s and 1960s. A vast majority of prison gangs include convicts of the same race and ethnicity while the gang "membership" is exclusively limited to men. In this paper, we will explore the most violent gangs of convicts, such as: Gypsy Jokers, Mexican Mafia, Aryan Brotherhood, Black Guerrilla Family, etc.

Prison gangs are characterized by a specific structure and organizational hierarchy, which largely follows the same pattern in a vast majority of gangs. The head of the gang is the leader (commander-in-chief), who is in the hierarchical chain of command followed by his inferiors: the deputy (second-in-command), regional generals, lieutenants, sergeants and soldiers. In prison, gang members use different forms of communication, the most common of which are coded messages. Some researchers believe that prison gang members also communicate by means of tattoos and graffiti. Prison gangs are the major "generators" of violence in prisons. Race and ethnicity are the main causes of attacks on rival gang members. Thus, street violence flows into prisons and "overflows" penal institutions. In that context, the authors elaborate on the nexus (correlation) between prison gangs and street gangs.

Key words: prison gangs

Др Ђорђе Л. Николић,
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.451.031:366

Рад примљен: 30.09.2013.

Рад прихваћен: 03.11.2013.

ОДГОВОРНА ЛИЦА ПО ОСНОВУ ГАРАНЦИЈЕ ЗА ИСПРАВНО ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРОДАТЕ СТВАРИ¹

Апстракт: Гаранција је новији правни институт, који се јавља тек у другој половини 19. века. Настао је у условима развијене поделе рада где се у размену добара укључују и трговинска предузећа, тако да купац најчешће није у непосредном правном односу са произвођачем. У таквим условима гаранција омогућује да и произвођач може непосредно да одговара купцу за недостатке ствари, с тим што се, у зависности од усвојеног решења, као одговорни субјекти по основу гаранције јављају или произвођач, или продавац, или истовремено и продавац и произвођач. У раду су размотрена сва три решења, њихове предности и мане, с тим што решење према којем су истовремено одговорни продавац и произвођач, које је, иначе, усвојено и у српском Закону о облигационим односима, аутор оцењује као најприхватљивије. Насупрот томе, за одредбе српског Закона о заштити потрошача које се односе на одређивање лица које је одговорно по основу гаранције, аутор сматра да нису довољно прецизне и да потрошачу не обезбеђују максималну заштиту.

Кључне речи: гаранција, одговорност, продавац, трговац, купац.

djonik09@gmail.com

1 Овај рад је резултат истраживања на пројекту: "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. Уводне напомене

У условима развијене поделе рада, каква постоји у савременом друштву, продавац често није и произвођач ствари. У улози продавца робе се обично налази трговинско предузеће, које је купило робу од произвођача па је затим продаје купцима, као потрошачима. У таквим случајевима трговац је одговоран купцу за недостатке ствари, с тим што би за исте недостатке трговцу био одговоран њен произвођач. Али, произвођач не би могао да одговара крајњем купцу, јер купац није са њим закључио уговор о продаји.

У новије време дошло је до значајне промене схватања о одговорности произвођача за недостатке ствари коју је он произвео. Појављује се један правни институт који омогућава да се успостави и непосредан правни однос између купаца одређених врста ствари и њихових произвођача. У прилог успостављања таквог правног односа наводи се да је трговац „само продужена рука произвођача“, па да зато не може да буде одлучујући једино уговор између трговца и потрошача као купца (Радишић, 1972: 121). Тај непосредни правни однос између потрошача као купца и произвођача ствари успоставља се гаранцијом, која се, у земљама са развијеном индустријском производњом, јавља тек у другој половини 19. века.

Као релативно нов правни институт, гаранција за исправно функционисање ствари постала је данас тако важан облик заштите интереса купаца да се промет добара, посебно оних која имају карактер тзв. техничке робе, без ње не може готово ни замислити (Радишић, 1972: 7; Спиновић-Јовановић, 1975: 9; Алишани, 1996: 350). Купци су данас навикли на ову врсту гаранције. Уз то, она им улива и већу сигурност у квалитет купљене ствари, тако да их класична одговорност продавца за материјалне недостатке ствари мање интересује.

Дајући гаранцију гарант обећава да ће продата ствар у гарантном року добро функционисати, што је његова примарна обавеза. Ако се покаже да ствар има неки недостатак у функционисању, гарант је дужан да ствар оправи или замени. И то су обавезе које се, као секундарне, редовно преузимају гаранцијом, с тим што оне имају карактер одговорности, јер представљају санкцију (последницу) која се надовезује на повреду примарне обавезе гаранта да преда ствар која ће исправно функционисати. У том смислу се у правној теорији говори и о одговорности по основу гаранције.

Једно од кључних питања код регулисања одговорности по основу гаранције је одређивање одговорног лица. У савременој привреди, с обзиром на строгу поделу рада између њених субјеката, веома се ретко дешава да су произвођач и продавац једно исто лице, тј. да произвођачи врше непосредно продају својих производа крајњим купцима (потрошачима). У

таквим изузетним случајевима проблем одређивања лица које је одговорно по основу гаранције уопште није изражен, јер је произвођач, као давалац гаранције, једини носилац обавеза по основу дате гаранције (Спировић-Јовановић, 1875: 23). Али, пошто је произвођач истовремено и продавац, он је одговоран и по основу одговорности за материјалне недостатке, тако да је југословенска правна теорија одавно стала на становиште да у том случају купац може према продавцу да остварује права која има по једном или по другом основу (Момчиновић, 1973: 8). У том смислу био је и став судске праксе да права и обавезе једног лица као „произвођача треба одвојено посматрати од његових права и обавеза као продавца“.² Међутим, у највећем броју случајева производи се стављају у промет преко професионалних трговаца, који посредују између произвођача и потрошача, тако да су у свим тим случајевима произвођач и продавац два различита лица. У том прометању производа између произвођача и потрошача могу се наћи не само трговац на велико и трговац на мало, већ и увозник, тако да правни односи између свих тих лица веома компликују и правни однос из гаранције за исправно функционисање продате ствари. При одређивању одговорног лица код такве гаранције приступало се веома различито, тако да су се до сада испољила три различита решења. Произвођач ствари је, према једном решењу, једино одговоран по основу гаранције, јер је он њен давалац. Код другог решења се одговорност по основу гаранције везује за продавца са којим купац закључује уговор о продаји ствари за коју је дата гаранција, док се према трећем одговорност по основу гаранције приписује како произвођачу, тако и продавцу. Код последњег решења се, с обзиром да се одговорност продавца и произвођача најчешће квалификује као солидарна, поставља и питање права регреса, а кад у изради појединих делова или у извршењу појединих радњи, учествују и други самостални произвођачи (кооперанти), и питање њихове одговорности.

2. Одговорност произвођача

Без обзира на број субјеката који су посредовали у промету производа, произвођач је, према једној оријентацији, једини одговоран по основу гаранције, јер је он најчешће њен давалац. Произвођачи гаранцију обично дају добровољно, из конкурентских разлога, али их на то често обавезују и императивни прописи. С обзиром на то, сасвим је логично да произвођач, као давалац гаранције, може да обавезе само себе, своју личност, али не и продавца. Због тога, ако наступи гарантовани случај, купац стиче право да се обрати непосредно произвођачу, али не и продавцу, иако произвођач

² Решење Врховног привредног суда, Сл. 247/70 од 9.6.1970, Збирка судских одлука, књ. XV, св. 4, Београд, 1970, одлука бр. 546, стр. 379-381.

није страна у закљученом уговору о продаји ствари. Уз то, према овом решењу, дата гаранција се најчешће односи само на крајњег купца, што значи да она остаје искључиво однос између произвођача и купца, који се продавца уопште не тиче, „јер у њему не учествује ни у својству дужника ни у својству повериоца“ (Радишић, 1972: 61). Оваква гаранција је у литератури позната под називом „произвођачка (фабричка) гаранција“.

Положај продавца према произвођачу и према купцу, код овакве гаранције, зависи од споразума који је продавац постигао са произвођачем. Продавац може имати положај представника произвођача, који за његов рачун предузима само одређене техничке радње, као што су уношење података у гарантни лист и његова предаја купцу, или положај његовог пуномоћника, који у његово име закључује са купцем уговор о гаранцији.

Систем произвођачке гаранција био је усвојен у ранијем југословенском праву све до доношења Закона о облигационим односима, с тим што се од њега одступало код гаранције за увезену техничку робу. Наиме, у случају кад је произвођач страног порекла, домаћи правни субјекти, као купци, најчешће не би били у могућности да са њим непосредно контактирају, а још мање би били у могућности да према њему остварују своја права, због чега је било прописано да у том случају гаранцију даје и по основу дате гаранције одговара увозник.³ Каснији југословенски прописи, иако за издаваоца гарантног листа предвиђају и даље произвођача односно увозника, као одговорног по основу гарантног листа наводе и продавца, али само у случају када у месту у коме је производ продат произвођач није обезбедио „отклањање недостатака и кварова на производу, као и сервисно одржавање“.⁴ Овакав систем гаранције подржавала је и судска пракса.⁵

3 Наведени систем установљен је, најпре, одредбом из чл. 1. Наредбе о одређивању посебних услова под којима се могу стављати у промет поједини индустријски производи (Службени лист ФНРЈ, 17/1962), којом је било прописано: „Гарантни лист издаје произвођачко предузеће, а за увезене производе – увозничко предузеће.“

4 Чл. 15. ст. 2. и чл. 23. ст. 3. Основног закона о промету робе (Службени лист СФРЈ, 1/1967), као и чл. 52. Закона о југословенским стандардима и нормама квалитета производа (Службени лист СФРЈ, 2/1974).

5 У образложењу пресуде Врховног привредног суда П-218/62 од 27.9.1962. године (Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 428, стр. 244-245) наводи се, између осталог: „Датом гаранцијом, која је и прихваћена, настаје само још један и одвојен однос: однос између даваоца и примаоца гаранције. Тај новонастали однос не дира и не мења права и обавезе из већ раније постојећег односа, тј. из односа између продавца и купца“.

Искључива одговорност произвођача по основу гаранције преовлађивала је у праву појединих бивших социјалистичких земаља. Она је била предвиђена у пољском Грађанском законнику од 1964. године,⁶ али је интересантно да такву одговорност произвођача није предвиђао и Грађански законик РСФСР од исте године.⁷

Решење према којем је произвођач једини одговоран по основу гаранције, има својих добрих и лоших страна. Оно је, пре свега, логично, јер је ствар произведена по произвођачевој концепцији, према његовим плановима, у оквиру делатности коју он познаје, води и организује, тако да је и његова одговорност због неисправног функционисања ствари нешто што се подразумева само по себи. Добра страна оваквог решења је и то што је произвођач због своје стручности и техничке опремљености у позицији да најквалитетније и најбрже отклони недостатке или да замени ствар. Уз све то, ако је једино одговоран по основу гаранције, произвођач стиче непосредан увид у квалитет својих производа и узроке њиховог неисправног функционисања, што му омогућује да предузима мере ради њиховог отклањања још у току процеса производње. Насупрот томе, лоша страна произвођачке гаранције огледа се у томе што произвођач најчешће нема седиште, а неретко ни овлашћени сервис у месту продаје, што веома компликује и отежава успостављање контакта и остварење купчевих права. Уз то, ово решење се оспорава и са правног становишта, јер се сматра да је гаранција саставни део уговора о продаји, тако да се тешко може одбранили став да се њоме ствара однос који се продавца уопште не тиче (Спировић-Јовановић, 1975: 28).

И Закон о облигационим односима полази од става да је давалац гаранције за исправно функционисање продате ствари произвођач.⁸ Али, он није једини одговоран по основу дате гаранције, јер из одредбе којом се прописује да одређена права купаца може да захтева „како од продавца тако

6 Чл. 582. пољског Грађанског законика изричито прописује да у случају када је продавац, који није произвођач продате ствари, предао купцу гарантни лист који је издао произвођач, „купац може остваривати права која произлазе из гарантног листа само према произвођачу, а права која произлазе из гаранције за физичке недостатке ствари само према продавцу“.

7 Чл. 248. ст. 2. Грађанског законика РСФСР од 1964. године прописивао је да је продавац дужан „да обезбеди бесплатно отклањање мана ствари или да је замени за ствар одговарајућег квалитета, или да је прими натраг уз повраћај купцу цене која је за њу плаћена, ...“

8 У чл. 501. ст. 1. Закона о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/89, као и Службени лист СРЈ, 31/93 помиње се гарантни лист „којим произвођач гаранције исправно функционисање ствари у току одређеног времена“.

и од произвођача“⁹, недвосмислено произлази да је и продавац одговоран по основу гаранције.

3. Одговорност продавца

Продавац је, према другом решењу, једини субјект одговорности по основу гаранције дате у гарантном листу. Наиме, код сваког правног посла којим се врши пренос права својине на тзв. техничкој роби од произвођача до крајњег купца, сваки преносилац гарантује прибавиоцу исправно функционисање ствари помоћу гарантних клаузула које су саставни део уговора о продаји. То значи да произвођач најпре гарантује трговцу на велико, овај затим трговцу на мало, док трговац на мало гарантује потрошачу као крајњем кориснику. Овде обавезу гаранције преузима сваки непосредни продавац, тако да купац може остваривати права по основу гаранције само према свом непосредном продавцу.

Такву ланчану гаранцију, која је позната под називом „трговачка гаранција“, познаје италијански Грађански законик.¹⁰ Она је била предвиђена и у ранијем Грађанском законнику РСФСР,¹¹ као и у актуелном Грађанском кодексу Руске Федерације.¹²

Раније југословенско право, осим у виду изузетка,¹³ није предвиђало трговачку гаранцију. Не предвиђа је ни Закон о облигационим односима.

9 Чл. 501. Закона о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/89, као и Службени лист СРЈ, 31/93.

10 Чл. 1512. италијанског Грађанског законика предвиђа да „ако је продавац гарантовао исправан рад продате ствари, купац је дужан, изузев у случају супротне нагодбе, да продавцу пријави недостатак у року од тридесет дана од његовог откривања, под претњом губитка права“ (ст. 1. реченица прва), с тим што се овом одредбом „не дира у обичаје, који предвиђају да се гаранција за исправан рад дугује и ако није изричито уговорено (пр. одр. 174)“ (ст. 3).

11 Чл. 248. Грађанског законика РСФСР од 1964. године предвиђао је да је продавац носилац обавеза по основу гарантног листа, али под условом да је реч о трговинској организацији на мало и да она продаје ствари за које су одређени гарантни рокови сходно одредбама тог законика.

12 Грађански кодекс Руске Федерације предвиђа да уговором о продаји може бити предвиђено да продавац може преузети гаранцију за квалитет робе (чл. 470. ст. 2), тако да је у том случају он одговоран за недостатке робе (чл. 476. ст. 2).

13 Чл. 23. ст. 3. Основног закона о промету робе (Службени лист СФРЈ, 1/1967), као и чл. 52. Закона о југословенским стандардима и нормама квалитета производа (Службени лист СФРЈ, 2/1974) предвиђали су да је продавац обавезан према купцу по основу гарантног листа само у случају кад у месту продаје произвођач није обезбедио свој сервис односно сервисно одржавање продате ствари.

Међутим, то се не може рећи и за српски Закон о заштити потрошача чије непотпуне и непрецизне одредбе о гаранцији, као да су усмерене на установљавање трговачке гаранције. Наиме, иако се наведеним законом не одређује ко је давалац гаранције,¹⁴ на основу одредбе којом се прописује да се „рекламација може изјавити трговцу“,¹⁵ може се закључити да је, по основу гаранције, без обзира на то ко је даје, потрошачу, као крајњем купцу, одговоран једино трговац, што је, иначе, својствено трговачкој гаранцији. Такво решење би, посебно у случају кад гаранцију даје произвођач или увозник, било потпуно непримерено, јер би значило да потрошач по Закону о заштити потрошача има мање права (само право према трговцу) у односу на права која, иначе, има по Закону о облигационим односима (захтев према продавцу и произвођачу), што би било у супротности са општеприхваћеним ставом да се правилима која садрже закони о заштити потрошача не би смела умањивати права која купац има према другим законима.¹⁶ Из тога следи да се ни српско право не може сврстати у систем трговачке гаранције, јер би трговац био једини одговоран само у случају кад је он истовремено и давалац гаранције. Али, ако је давалац гаранције произвођач или увозник, онда би по основу такве гаранције, поред трговца, био одговоран и произвођач, односно увозник. Такав став је веома јасно формулисан у хрватском,¹⁷ али и у црногорском праву.¹⁸

Трговачка гаранција олакшава положај купца, јер рекламацију чини само једном лицу, свом непосредном продавцу, који му је скоро увек много доступнији, али се један исти недостатак мора рекламирати неколико пута, што доводи до губитка времена (купац се обраћа трговцу на мало, овај трговцу на велико, а овај последњи произвођачу као свом продавцу). Уз то, и са правног становишта није оправдано да произвођач, само зато што није у непосредном купопродајном односу са крајњим купцем, не

14 В. чл. 56. ст. 1. Закона о заштити потрошача, Службени гласник РС, 73/2010.

15 Чл. 58. ст. 1. Закона о заштити потрошача, Службени гласник РС, 73/2010.

16 Нажалост, такав принцип не садржи српски Закон о заштити потрошача, али га садржи хрватски Закон о заштити потрошача (Народне новине, 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12, 56/13) који прописује (чл. 2. ст. 1) да „примена одредаба овог Закона не утиче на права која потрошачи имају на темељу других закона“.

17 У чл. 423. Закона о обвазним (облигационим) односима (Народне новине, 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12, 56/13) прави се разлика између гаранције коју је дао произвођач, код које су одговорни произвођач и продавац (ст. 1), и гаранције коју је дао продавац, код које је одговоран само продавац (ст. 2).

18 Чл. 22. ст. 1. црногорског Закона о заштити потрошача (Службени лист РСГ, 26/2007) веома јасно и примерено прописује: „Права по основу гаранције, у складу са овим законом, потрошач остварује код трговца, уколико друкчије није прописано законом или потрошачким уговором“.

сноси одговорност, јер његова одговорност не произлази непосредно из уговора, већ из дате гаранције (Спировић-Јовановић, 1975: 31).

4. Одговорност продавца и произвођача

Оријентација по којој се као одговорни субјекти по основу гаранције појављују и произвођач и продавац, релативно је новијег датума. Она је у некадашњем југословенском праву најпре дошла до изражаја у судској пракси. У питању је одлука Врховног привредног суда из 1966. године,¹⁹ чија сентенца гласи: „Када је у питању роба коју прати гарантни лист, купцу су за настале мане одговорни како продавац, тако и произвођач односно увозник“.²⁰ Наведена одлука, чије образложење није било сасвим јасно и прецизно, нити је било у потпуном складу са тада важећим прописима, изазвала је веома озбиљну поделу правне теорије. Већи број аутора је заступао став да су, према наведеној одлуци, и продавац и произвођач одговорни за исправно функционисање ствари (Милошевић, 1968: 214; Царић, 1966: 31). Такав став, који се правдао разлозима рационалности и потребом за бољом заштитом интереса купаца (Милошевић, 1968: 214; Царић, 1966: 31), заступао се и у каснијој судској пракси.²¹ Мањи број аутора је сматрао да по основу гаранције може да одговара само онај субјект који је издао гарантни лист, односно да је неприхватљиво да, поред гаранта, купцу треба да одговара и продавац (Радишић, 1972: 61). За став Врховног привредног суда који је био изражен у наведеној пресуди они сматрају да је нејасно и непотпуно формулисан.²² Уз то, и међу онима

19 Пресуда Врховног привредног суда Сл. 1424/66 од 19.02.1966. године, Збирка судских одлука, књ. XI, св. 3, одлука бр. 279, Београд, 1966.

20 У образложењу наведене одлуке се наводи да „продавац у односу на купца стоји у непосредној вези и јемчи за уредност извршене испоруке, па према томе он је без обзира на постојање гарантног листа обавезан да предмет купопродаје преда исправно, а када је реч о скривеним манама да гарантује за исправност у року од шест месеци од дана предаје ствари, а уколико постоји и гарантни лист – у року који је предвиђен у самом гарантном листу“. У наставку овог образложења је и став суда у којем стоји да „купцу остаје увек право да свој захтев за уредно извршење, када је у питању предмет купопродаје који прати гарантни лист, постави било према продавцу, било према произвођачу односно увознику“.

21 Одлука Врховног привредног суда Сл. 671/70, као и одлука Врховног суда Србије Рев. 102/85, наведене према: Симоновић, 2006: 188.

22 Радишић (1972: 61-62) наводи, у том смислу, да се реченица из образложења наведене судске одлуке у којој стоји да „купцу остаје увек право да свој захтев у односу на уредно извршење, када је у питању предмет купопродаје који прати гарантни лист, постави било према продавцу, било према произвођачу односно увознику“, може схватити и тако „да се купац може обраћати произвођачу (увознику) и продавцу

који су сматрали да поред произвођача треба да одговара и продавац, сагласност није постојала у погледу природе одговорности продавца и произвођача, јер се у образложењу наведене пресуде не каже каква је продавчева одговорност (супсидијарна или солидарна са произвођачем). Поједини аутори су сматрали да је одговорност продавца супсидијарна одговорности произвођача, јер је продавац дужан да на захтев купца предузме оно што није предузео произвођач (Милошевић, 1968: 214; Букљаш, 1967: 10). Други су стали на становиште да за испуњење обавеза из гаранције продавац и произвођач одговарају солидарно, тако да купац има право да се својим захтевима обрати било продавцу, било произвођачу (Царић, 1966: 31; Спиновић-Јовановић, 1975: 31), што се оцењује као решење које је рационалније за купца (Милошевић (1968: 214). Такво становиште је недвосмислено изражавано у појединим судским одлукама,²³ с тим што би продавац по праву регреса могао да захтева обештећење од произвођача као једино одговорног за исправан рад производа (Милошевић, 1968: 215). Аутори који оспоравају одговорност продавца по основу гаранције, оспоравају и његову солидарну одговорност са произвођачем, јер таква одговорност, с обзиром да се јавља у виду изузетка, није била одређена ни законом ни правним послом (Радишић, 1972: 62).

Ставови из наведене пресуде Врховног привредног суда нашли су место у Скици за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића (Константиновић, 1996: чл. 430. ст. 1), а из Скице су преузети и у Закон о облигационим односима,²⁴ јер оба акта прописују да „купац може, ако ствар не функционише исправно, захтевати како од продавца тако и од произвођача да ствар оправи у разумном року или ако то не учини да му уместо ње преда ствар која функционише исправно“. У правној теорији се, после доношења Закона о облигационим односима, више не доводи у питање како став да је, по основу гаранције за исправно функционисање, поред произвођача, одговоран и продавац, тако ни став да је њихова одговорност солидарна (Капор, 1980: 1000; Митровић, 1980: 943; Јанковец, 1999: 399; Алишани, 1996: 378; Јерковић, 1980: 28; Вукчевић, 1985: 89), иако би овлашћење купца да захтева испуњење обавезе из гаранције како од

само по различитим правним основима: првом из уговора о гаранцији а другом из уговора о купопродаји“. Али, он не оспорава да је свој став о одговорности продавца по основу гарантног листа Врховни привредни суд, ипак, исказао оном реченицом из образложења која гласи: „Кад је реч о скривеним манама продавац је дужан да гарантује за исправност у року од 6 месеци од дана предаје ствари, а уколико постоји и гарантни лист – у року који је предвиђен у самом гарантном листу.“).

23 Одлука Округног суда у Краљеву Гж. 678/91, наведена према: Симоновић, 2006: 189.

24 Чл. 501. ст. 1. Закона о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/89, као и Службени лист СРЈ, 31/93.

продавца, тако и од произвођача, могло да произлази и из солидарног јемства. У прилог томе наводи се, пре свега, да би неодговорност продавца по основу гаранције за исправно функционисање била правно неоправдана (Спировић-Јовановић, 1975: 34), јер гарантни лист, када је издат од стране произвођача, представља саставни део уговора између продавца и купца (Jakubowski, 1966: 17; 17; Спировић-Јовановић, 1975: 34; Јанковец, 1999: 399), тако да се продавац не може сматрати лицем кога се гарантни лист не тиче, односно кога дата гаранција не обавезује. Неоправдано би и нелогично било и да у продајном односу који настаје поводом техничке робе за коју је дата гаранција, продавац има повољнији положај него у продајном односу поводом робе за коју она није дата (Спировић-Јовановић, 1975: 34), односно да купац робе са гарантним листом има мања права него купац робе без гарантног листа.²⁵ На крају, продавац се бави продајом у виду занимања, што му пружа велику корист, тако да не би било у духу начела једнаке вредности узајамних давања да остварује велику корист, а да не одговара за функционалне недостатке.

С друге стране, у савременом праву је веома изражена општа тежња да се одговорност продавца појача када продаје скупу и технички сложену робу, тако да је савремена правна теорија готово једнодушна у ставу да он треба солидарно да одговара са произвођачем за неисправно функционисање ствари. Гаранција се више не посматра изоловано од уговора о продаји. Напротив, она је најтешње повезана са тим уговором, тако да се сматра његовим саставним делом, а тиме и правним основом одговорности не само произвођача, који је дао гаранцију, већ и продавца.²⁶ Такво правно уређење гаранције сасвим је прихватљиво како са становишта друштвеног интереса, тако и са становишта интереса купца.²⁷ Оно, са становишта друштвених интереса, пружа већу сигурност у промету техничке робе, омогућава брже и ефикасније остваривање права од стране купца, продавца чини заинтересованим за квалитет робе коју продају, а произвођаче стимулише да производе робу бољег квалитета. Са становишта заштите интереса купца, овакво уређење гаранције оправдано је зато што је купцу повољније да може да се обрати не само произвођачу него и продавцу, нарочито када има потешкоћа са остваривањем својих захтева према произвођачу (Спировић-Јовановић, 1975: 34; Пановски, 1981: 18).

25 Одлука Врховног привредног суда Сл. 671/70, наведена према: Симоновић, 2006: 188.

26 Одлука Врховног привредног суда Сл. 671/70, наведена према: Симоновић, 2006: 188

27 Јерковић (1980: 28) наводи да је за такво регулисање законодавац био мотивисан пре свега „заштитом јавног интереса, а посебно заштитом интереса потрошача (купаца техничке робе)“).

4.1. Право регреса

Код солидарне одговорности продавца и произвођача веома је проблематично питање права регреса, јер се оно не решава према општим правилима о солидарним обавезама, према којима сваки солидарни дужник сноси део дуга. Наиме, правна теорија је још од појаве става о солидарној одговорности продавца са произвођачем стала на становиште да се једино продавцу признаје право регреса, односно да продавац не треба коначно да сноси одговорност, јер он по праву регреса може да захтева обештећење од произвођача као „једино одговорног за исправан рад производа“ (Милошевић, 1966: 214-215).²⁸ Слично становиште заступа и судска пракса, с тим што се у једној судској одлуци право продавца да се регресира од произвођача посматра као уговорна одговорност произвођача за штету коју је проузроковао продавцу.²⁹ У другој судској одлуци се у прилог продавчевог права регреса наводи то што се „гарантним листом покрива ризик неисправности настао у сфери производне делатности“, као и да је „кривицом произвођача у процесу производње дошло до техничке неисправности продате робе“.³⁰

У свим наведеним ставовима се наглашава одговорност произвођача, али се не даје и одговарајуће објашњење за право продавца, као „законског солидарног дужника“,³¹ да се у потпуности регресира од произвођача. Такво објашњење се, на терену солидарних обавеза, може ослонити само на одредбу којом се предвиђа изузетак од општег правила о подели солидарне обавезе. Тај изузетак долази до изражаја само код оних солидарних обавеза које су установљене у искључивом интересу једног солидарног дужника, јер је такав дужник дужан да надокнади цео износ обавезе дужнику који је намирио повериоца.³² Солидарна обавеза продавца и произвођача која произлази из гаранције установљена је, по свему судећи, у искључивом интересу произвођача, јер је он произвео ствар, одговоран је за њене недостатке и он даје гаранцију за њено исправно функционисање, а

28 Вељковић (1993: 17) сматра да „гарантни лист даје право продавцу на регрес исплаћеног износа од произвођача, што представља одговарајућу компензацију за страховање услове одговорности у односу на робу која се не продаје уз гарантни лист“).

29 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 5272/95 од 5.10.1995. године, наведена према: Петровић, Козар, 2009: 612-613.

30 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 626/98 од 25.11.1998. године, наведена према: Николић, 2000: 66; Петровић, Козар, 1999: 591.

31 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 626/98 од 25.11.1998. године, наведена према: Петровић, Козар, 1999: 591.

32 Чл. 424. ст. 2. Закона о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/89, као и Службени лист СРЈ, 31/93.

продавцу се намеће солидарна обавеза само да би се купцу пружила већа сигурност да ће обавезе из гаранције бити испуњене (Аранђеловић, 1980: 915; Визнер, 1978: 1417). Пошто у том односу продавац, најчешће без неке посебне накнаде и користи за себе, преузима терет и ризик солидарности, не би било правично да коначно сноси било који део дуга (Аранђеловић, 1980: 915).

Међутим, не сме се изгубити из вида да законска формулација, да купац може, ако ствар не функционише исправно, да остварује своја права „како од продавца тако и од произвођача“, није довољно прецизна, јер може да се односи како на солидарност продавца са произвођачем, тако и на обавезу продавца да као јемац платац јемчи за испуњење произвођачеве обавезе из гаранције. Чини се да би установа јемца платца била примеренија како за објашњење целог односа између продавца и произвођача, тако и за оправдање права продавца да се у потпуности регресира од произвођача. Могло би се узети да такво јемство настаје на основу саме законске одредбе која прописује да купац може да остварује своја права „како од продавца тако и од произвођача“, али и да оно настаје изјавом продавца, тј. самим тим што је продавац унео своје податке у гарантни лист, који је потписао и оверио. У том случају јемац платац (продавац) одговарао би повериоцу (купац) као и главни дужник (произвођач ствари и давалац гаранције) за целу обавезу из гаранције, тако да би купац могао да захтева њено испуњење било од произвођача било од продавца или од обојице у исто време.³³ Произвођач производи ствар и даје гаранцију, тако да је логично да по основу гаранције он има положај главног дужника. С друге стране, продавац је изабрао произвођача чују техничку робу продаје и највише што би било прихватљиво је да јемчи купцу као јемац платац да ће произвођач испунити своје обавезе из дате гаранције. У том случају, продавчева обавеза била би акцесорне природе,³⁴ тако да би настајала, престајала и кретала се у границама произвођачеве обавезе (Алишани, 1996: 370), што је логичније у односу на солидарну одговорност продавца и произвођача код које продавац самостално преузима према купцу произвођачеве обавезе из гаранције. Уз то, право продавца да се у потпуности регресира од произвођача код јемства уопште није спорно. Он то право стиче самом исплатом, јер се изричито прописује да на јемца који је намирио повериочево потраживање прелази то потраживање са свим споредним правима и гаранцијама његовог испуњења.³⁵ То није случај

33 Чл. 1004. ст. 3. Закона о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/89, као и Службени лист СРЈ, 31/93.

34 Вељковић (1993: 17) сматра да је одговорност продавца према купцу „директна и самостална, јер то намеће њихов однос заснован уговором о продаји.“

35 Чл. 1003. Закона о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/89, као и Службени лист СРЈ, 31/93.

и са продавцем који има положај солидарног дужника. Такав продавац стиче право да се у потпуности регресира само изузетно, тј. само у случају кад је солидарност установљена искључиво у интересу произвођача, што овај може да оспорава тврдњом да је и продавац имао користи од продаје ствари. У образложењу једне одлуке Врховног суда Србије није уважен навод туженог произвођача да су удели тужиоца и туженог „требали да буду једнаки“,³⁶ али у том случају суд уопште није своју одлуку засновао на одредби којом се у виду изузетка предвиђа право солидарног дужника да се у потпуности регресира (чл. 424. ст. 2. Закона о облигационим односима), нити је тужени, с позивом на ту одредбу, оспоравао да је солидарност установљена у његовом искључивом интересу.

4.2. Одговорност коопераната

У пракси се често дешава да у производњи неке ствари, осим произвођача под чијим се именом ствар продаје, у изради појединих делова или у извршењу појединих радњи, учествују и други самостални произвођачи (кооперанти). То је у савременим условима производње правило у случају кад се израђују готово све сложеније ствари, као и велика машинска или друга постројења. У таквим случајевима поставља се питање одговорности коопераната према купцу израђене ствари (финални производ) и према крајњем (финалном) произвођачу.

У правној пракси и правној теорији је, углавном, опште усвојен став да је за неисправно функционисање продате ствари купцу одговоран крајњи (финални) произвођач (Jakubowski, 1966: 17; Радишић, 1972: 63; Капор, 1980: 1005; Митровић, 1985: 952; Јанковец, 1999: 398; Алишани, 1996: 382; Јерковић, 1980: 29; Вукчевић, 1985: 90), што је сасвим логично, јер купац нити зна, нити је дужан да зна за све кооперанте који учествују у изради производа (Радишић, 1972: 63). Због тога се, у интересу заштите купаца, узима да је, у правном смислу, крајњи (финални) произвођач произвео цео производ (Радишић, 1972: 63; Капор, 1980: 1005). Само он издаје купцу гарантни лист и у својству произвођача одговара купцу (Капор, 1980: 1005; Јанковец, 1999: 398; Пановски, 1981: 18), тако да уопште не постоји основ за одговорност кооперанта према купцу финалног производа. У том смислу је једном судском одлуком одбијен захтев купца по основу гаранције за исправно функционисање аутомобила, који је био усмерен на кооперанта (произвођач аутомобилског мотора).³⁷

36 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 626/98 од 25.11.1998. године, наведена према: Николић, 2000: 66, као и Петровић, Козар, 2009: 591.

37 Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, Пж. 723/88 од 16.11.1989. године, Привредно-правни приручник, 7, Београд, 1989, стр. 59.

Али, ако није одговоран према купцу финалног производа, сваки кооперант одговоран је крајњем (финалном) произвођачу за неисправно функционисање ствари које потиче од делова ствари које је он израдио, односно од радњи које је он извршио. У пракси се, међутим, појавио проблем у вези са различитим гарантним роковима који се дају за поједине ствари, као и са гарантним роковима који су још пре израде ствари протекли. Да би се ти различити гарантни рокови могли ускладити, предвиђа се да поједини кооперанти одговарају крајњем (финалном) произвођачу за оно време за које постоји и његова одговорност према купцу. У том смислу и Закон о облигационим односима прописује да одговорност коопераната према финалном произвођачу за неисправно функционисање ствари које потиче од делова које су они произвели или од појединих радњи које су они извршили престаје кад престане одговорност финалног произвођача према купцу ствари.³⁸ Такво регулисање обезбеђује да се одговорност за неквалитетан производ или рад превали на оног кооперанта од којег они потичу (Круљ, 1967: 309; Радишић, 1972: 63), а уз то, купац се ослобађа обавезе да води рачуна о гарантним роковима коопераната према финалном произвођачу (Капор, 1980: 1005; Алишани, 1996: 382).

5. Закључне напомене

У зависности од усвојеног решења, субјекти одговорности по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари су или произвођач, или продавац, или истовремено продавац и произвођач.

Решење према којем су по основу гаранције истовремено одговорни продавац и произвођач је најприхватљивије, како са становишта друштвених интереса (пружа већу сигурност у промету и брже остваривање права од стране купаца, продавац чини заинтересованим за квалитет робе коју продају, а произвођаче стимулише да производе робу бољег квалитета), тако и са становишта заштите интереса купаца (купцу је повољније кад има два одговорна лица).

С друге стране, чини се да одредбе о гаранцији које садржи Закон о заштити потрошача пружају купцу мање права од одговарајућих одредаба из Закона о облигационим односима, јер за разлику од решења из Закона о облигационим односима, које је засновано на произвођачкој гаранцији и солидарној одговорности продавца и произвођача, решење из Закона о заштити произвођача допушта и гаранцију самог трговца, према којој је он и једини одговоран по основу дате гаранције.

³⁸ Чл. 506. Закона о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/89, као и Службени лист СРЈ, 31/93.

ЛИТЕРАТУРА

- Алишани А. (1996). *Гарантија за исправно функционисање ствари*, Београд: ИШ Стручна књига д.д.
- Аранђеловић, С. (1980). Коментар чл. 424. Закона о облигационим односима. У Б. Благојевић и В. Круљ (Ред.) *Коментар Закона о облигационим односима* (I). Београд: Савремена администрација.
- Букљаш, И. (1976). Одговорност произвођачке привредне организације за недостатке производа, *Привредно-правни приручник*, 11. 8-14.
- Вељковић, Д. (1993). Гаранција по основу права купца, *Избор судске праксе*, 2. 16-18.
- Визнер, Б. (1978). *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, (књига 2). Загреб.
- Вукчевић, Б. (1985). Гаранција за исправно функционисање продате ствари, *Судска пракса*, 9. 88-91.
- Јакубовски, Ј. (1966). Гаранције у међународној трговини, *Треће међународно саветовање привредника и правника*, Београд: Институт за упоредно право, 14-19.
- Јанковец, И. (1999). *Привредно право*, Београд: ЈП Службени лист СРЈ.
- Јерковић, Ј. Л. (1980). Гаранција за исправно функционисање продате ствари. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 5. 26-37.
- Капор, В. (1980). Коментар чл. 501-507. Закона о облигационим односима. У Б. Благојевић. и В. Круљ (Ред), *Коментар Закона о облигационим односима* (I). Београд: Савремена администрација.
- Константиновић, М. (1966). Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима. Београд: НИУ Службени лист СРЈ.
- Круљ, В. (1967). Нека правна питања у вези са гаранцијом и гаранцијским роковима код купопродаје, *Наша законитост*, 4. 302-312.
- Милошевић, Љ. (1968). Гаранција за исправан рад проданог производа. *Наша законитост*, 3. 211-215.
- Митровић, Д. (1985). Коментар чл. 501-507. Закона о облигационим односима. У С. Перовић (главни ред), *Коментар Закона о облигационим односима* (књ. друга). Београд: Савремена администрација.
- Момчиновић, Х. (1973). Гаранција произвођача за исправно функционисање производа. *Информатор*, 2032. 7-8.
- Николић, Ђ. Л. (2000). *Практикум за облигационо право*. Београд.
- Пановски, С. (1981). Гаранција за исправно функционисање продате ствари, *Привредно-правни приручник*, 5. 13-25.

Петровић, З. Козар, В. (2009). *Мега збирка судске праксе из облигационог права*, (I). Београд: Intermex.

Радишић, Ј. (1972). *Гаранција за трајан квалитет и одговорност за штету од ствари са недостатком*. Београд: Институт за упоредно право.

Симоновић, Д. (2006). *Коментар закона о заштити потрошача*, Београд.

Спировић-Јовановић, Л. (1975). *Гарантија за исправно функционисање ствари*, Београд: Савремена администрација.

Царић, С. (1966). *Гаранција за својства и функционисање ствари. Привредно-правни приручник*, 12. 27-33.

Dorđe L. Nikolić, LL.D.

Associate Professor, Faculty of law, University of Niš

Responsible Persons on the grounds of the Warranty of Operability

Summary

One of the key issues concerning the warranty of operability (guarantee on the proper functioning of the object sold) is who is responsible for possible deficiencies in the sold goods. There are different approaches to regulating this legal issue. The first approach implies the manufacturer's responsibility because he is the one who issues a warranty for the produced goods and is thus obliged to provide the manufacturer's warranty to the buyer/consumer. The second approach is based on the seller's responsibility because, under a special statutory "guarantee clause", each seller assumes the obligation to guarantee the operability of the sold goods (the merchant's warranty), which is extended to all the way down to the end-user (customer). The intention of the third approach is to combine the advantages of the previous two. Therefore, this approach implies the liability of the manufacturer and the seller alike. This approach was adopted in the Serbian Obligations Act (1978). However, such a solution has not been envisaged in the Serbian Consumers Protection Act (2011), which designates the merchant as the only responsible person who may be liable on the grounds of a warranty of operability. Thus, this Act diminishes consumer protection by providing fewer consumer rights as compared to those provided in the Obligations Act.

Key words: *warranty, liability, seller, merchant, consumer, buyer*

Др Видоје Спасић,
Банредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу,¹

Стручни чланак

UDK: 347.772

Рад примљен: 07.10.2013.

Рад прихваћен: 08.11.2013.

ДИЗАЈН У ФУНКЦИЈИ МОДЕ²

Апстракт: Дизајнирање употребних предмета представља веома стару људску делатност. Међутим, дизајн као правна категорија настао је много касније. Данас у постиндустријском друштву дизајнирање представља значајан фактор привредног и културног живота људи.

Постоје различите врсте дизајна и сваки од њих има своје место и значај у привредној производњи. Модни дизајн, као централни предмет пажње у овом раду, има кључни значај за настанак и развој моде. Модни дизајн је најважнији (мада не и једини) фактор који је у функцији моде и модних трендова. Међутим, још више од дизајна, на моду утичу модни дизајнери (креатори), који диктирају моду и преко поданика моде остварују своје идеолошке и материјалне интересе.

У раду су дати приказ развоја дизајна и моде и њихов међутицај.

Кључне речи: индустријски дизајн, модни дизајн, мода, одевни предмет.

1. Индустријски и модни дизајн

У најширем смислу, дизајн представља процес доношења низа одлука у циљу конструисања, обликовања или креирања нечега (као, нпр. архитектонских планова, инжењерских цртежа или дијаграма, текстилних узорака или модела и сл.). Циљ дизајна је решавање одређеног проблема или уобличавање употребног предмета.

Духовне творевине које имају за циљ обликовање производа било које врсте, могу се заштити по основу прописа интелектуалне својине на три начина. Пре свега, по основу права индустријске својине, затим, путем

¹ vidza@prafak.ni.ac.rs

² Чланак је резултат рада на пројекту „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет у Нишу.

ауторског права и, најзад, по основу прописа о сузбијању нелојалне конкуренције.

По основу индустријске својине заштита се пружа у облику индустријског дизајна, као субјективног права индустријске својине. Ово право се признаје ствараоцима уз испуњеност материјалноправних и формалноправних услова.

Индустријски дизајн је право индустријске својине којим се штити тродимензионални или дводимензионални изглед целог производа, или његовог дела, који је одређен његовим визуелним карактеристикама, нарочито линијама, контурама, бојама, обликом, текстуром и/или материјалима од којих је производ сачињен, или којима је украшен, као и њиховом комбинацијом.

Производ је индустријски или занатски предмет, што укључује и делове који су намењени за спајање у сложени производ, паковање производа, графичке симболе и типографске знаке, али не и компјутерске програме.³ Законом су прописани материјалноправни услови за стицање права на дизајн. Ти услови су новост и индивидуални карактер.

Индустријски дизајн се сматра новим ако идентичан дизајн није постао доступан јавности пре дана подношења пријаве, као и ако већ није поднета пријава за признање идентичног индустријског дизајна. Индустријски дизајни се сматрају идентичним ако се разликују само у небитним детаљима. Разлика у небитним детаљима постоји ако их информисани потрошач на први поглед не разликује.

Индустријски дизајн има индивидуални карактер ако се укупан утисак који оставља на информисаног потрошача разликује од укупног утиска који на њега оставља било који други индустријски дизајн, а који је постао доступан јавности пре дана подношења пријаве индустријског дизајна, или дана признатог права првенства. Сматра се да је индустријски дизајн постао доступан јавности ако је објављен, излаган, коришћен у промету, или на други начин откривен пре дана подношења пријаве индустријског дизајна или датума првенства.

Индустријским дизајном не може се заштитити спољашњи изглед производа који је искључиво одређен техничком функцијом производа. Такође, индустријским дизајном не може се заштитити спољашњи изглед производа који мора да буде репродукован у свом тачном изгледу и димензијама.

³ Чл. 2, ст. 1 и 2, Закона о правној заштити индустријског дизајна, Сл. гласник РС, 104/09

Постоје одређени облици или изгледи производа који не могу добити заштиту у облику индустријског дизајна. Тако, не могу се заштити два Д или три Д прикази производа: 1) Чији су објављивање или употреба противни јавном поретку или моралним принципима; 2) Који повређују ауторско право или права индустријске својине другог лица; 3) Који садрже државни или други јавни симбол или скраћени назив неке земље или међународне организације или религиозне и националне симболе, као и њихово подражавање, осим по одобрењу надлежног органа.

Индустријски дизајн који представља, односно садржи лик неког лица, може да се заштити само уз изричиту сагласност тог лица, односно његових блиских сродника. Индустријски дизајн који представља, односно садржи лик историјске или друге умрле знамените личности може се заштитити уз дозволу надлежног органа и пристанак њених блиских сродника.

Право на индустријски дизајн стиче се у управном поступку пред Заводом за интелектуалну својину, доношењем решења и уписом права у Регистар Завода. Носиоцу права припадају одговарајућа имовинскоправна и моралноправна овлашћења. Право траје 25 година од дана подношења пријаве.

Креације обликовања употребних предмета уживају заштиту и по основу Закона о ауторском праву. Тако, српски Закон о ауторском и сродним правима, у склопу егземпларног набрајања номинованих ауторских дела, наводи и дела примењене уметности и индустријског обликовања.⁴ Оваква заштита стиче се самим чином стварања дела, без икаквих формалности, односно процедуре.

Најзад, творевине које имају облик дизајна могу у случају повреде добити неки вид заштите и по основу прописа о нелојалној утакмици, као најширег оквира за заштиту творевина из области интелектуалне својине.⁵ Овај вид заштите се остварује пред надлежним судом.

Осим у националним прописима, дизајн ужива заштиту и у међународним изворима. У том смислу, као најзначајнији извор универзалног карактера треба споменути ТРИПС, који у чл. 25 и 26, пружа заштиту креацијама обликовања употребних предмета у облику дизајна.

Етимолошки, реч "дизајн" потиче од енглеске речи "Design", и значи цртеж или скица, односно идеја изражена цртежом. Значење речи дизајн није једнозначно: оно је образац конкретне предметности, али и телеолошка

⁴ Чл. 2, ст. 2, т. 7, Закона о ауторском и сродним правима, Сл. гласник РС, 104/09, 99/11 и 119 /12

⁵ У складу са Законом о трговини, Сл. гласник РС, 53/10 и 10/13

пројекција будућности која утиче на понашање у садашњости. Постоје различите врсте дизајна. Све оне се могу поделити у више категорија:

- Индустијски дизајн - Industrial Design, као најшира и најстарија област дизајна (машине, аутомобили, кућни апарати...);
- Графички дизајн - Graphic Design (налепнице, логотипи, плакати...);
- Дизајн машина и механичке опреме - Industrial Design Engineering;
- Дизајн ентеријера и намештаја - Interior Design и
- Текстилни дизајн (Модни дизајн – дизајн текстила и одевних предмета) - Fashion Design.

Поред наведених, постоје и бројне подгрупе дизајна које су резултат развоја технологије. У данашњем, тзв. дигиталном окружењу, посебно се интензивира дизајн електронских медија који обухвата дизајн интерфејса (interface design), веб дизајн⁶, интерактивне CD-ROM-ове, компјутерске апликације, виртуелне информацијске просторе, интерактивну телевизију, дизајн нових “интелигентних” електронских производа и њихових интерфејса, дизајн нових комуникацијских технологија итд.

Основна функција дизајна јесте обликовање употребних предмета различите врсте. Дизајн је настао са појавом индустријске револуције и серијске, масовне и аутоматске производње роба за непознатог потрошача. Дизајном се настоји унапред предвидети укус и потребе појединих категорије купаца. Задатак доброг дизајна је стварање употребног предмета који ће представљати помак од уобичајених стереотипа и омогућити економски што рентабилнију производњу, односно донети већи профит. Дизајн мора бити привлачан и одговарати укусу потрошача којима је намењен (Бесаровић, 2011: 139).

Иако се често изједначава са стилем, дизајн, осим пуког уобличавања производа, мора испуњавати додатне критеријуме, у првом реду функционалности, техничког квалитета, атрактивности, поузданости и стварања односа поверења између производа и потрошача. Индустијски дизајн је, првенствено естетска категорија, па, стога, не сме бити искључиво или битно одређен техничким или функционалним својствима производа (Верона, 1978: 144). Индустијски дизајн представља онај аспект производа

⁶ Веб дизајн (енгл. Web design) представља графичко осмишљавање или дизајнирање интернет странице. Веб дизајн је широк појам који обухвата различите вештине, стандарде и дисциплине који се користе у производњи и одржавању интернет страница. Области веб дизајна обухватају: веб и графички дизајн, дизајн интерфејса, ауторинг, укључујући стандардизовани код, корисничко окружење и оптимизацију за веб претраживаче.

који га чини естетски атрактивним и прихватљивим. Дobar дизајн чини јединство функционалности, економичности и сврсисходности у одређеним животним условима. Дobar дизајн је нека врста ренесансног става који комбинује технологију, како би се створило оно што свет није знао да недостаје. Савремени дизајн покушава одговорити на захтеве формалних новитета што долазе од публике која се непрестано досађује у друштву спектакла, ужитка, потрошње и комуникације.

Без обзира што дизајн има пуно додирних тачака с уметношћу, он се разликује од уметности, пре свега према својству техничке умноживости и корисности, јер је намењен за људску употребу. Док је дизајн функционалан, уметност је нефункционална. Такође, уметност је уникатна, а дизајн углавном није. Дизајн је у основи рационалан, а уметност карактеришу спонтаност, експресивност, тајанственост, тј. непрагматична, индивидуалистичка, у основи непредвидива и често иррационална природа.

У свакодневной примени реч “дизајн” обухвата све индустријске предмете масовне и малосеријске производње (намештај, одећу, графички изглед часописа и тд.). У начелу, дизајн као примењена уметност бави се организацијом и креацијом визуелних елемената (линија, боја, контура и сл.) на дводимензионалној подлози (графички дизајн, веб дизајн) или у тродимензионалном простору (архитектонски дизајн, графички дизајн, индустријски дизајн).

Културолошко значење дизајна чврсто је одређено његовим местом у протоку симболичког или финансијског капитала, што значи да се дизајн у савременом друштву углавном појављује у све сложенијем комуникацијском процесу савременог друштва (нпр. графички дизајн новина, плаката, књига или веб дизајн) и у тржишној размени добара (индустријски дизајн). У том смислу, значење дизајна у савременој култури одређује се његовом функционалношћу, комуникативношћу, доступношћу и јасно одређеним местом у размени информација, роба и услуга. Основна сврха дизајна ипак није уметност. Заједничка нит између дизајна и уметности јесте комуникација. Разлика је само у томе што дизајн представља двострану комуникацију, док уметност, по правилу, представља комуникацију у једном смеру.

Уметнички обликовани предмети су самосврховити, служе за гледање и за слање порука, па се њихова сврха остварује у уму посматрача, док дизајнирани предмети служе као средство комуникације између потребе корисника (не посматрача), самог корисника и дизајнера. Такође, савремена уметност и дизајн су комуникација. Савремена уметност је често

концептуалистички оријентисана, носилац је одређених порука, тежи томе да буде интерактивна, односно има функцију одашиљања информација одређене врсте.

Дизајн настаје из објективних и прагматичних потреба, а уметност не. Дизајн увек мора носити дух времена у којем се ствара, и то не оног који је тренутно актуелан, него оног којем се тежи. Истина, у коначном и дизајн може бити уметност и он то често и јесте. Дизајн је област људског делања која није уоквирена законитостима или шаблонима, већ допушта и захтева креативност и слободу. А то су кључне карактеристике уметности, у најширем смислу. Стога, уметничко осмишљавање представља само почетну фазу у процесу дизајнирања. На данашњем цивилизацијском ступњу развоја, уметност и дизајн доживљавају свој процват и пролазе кроз врхунац своје синтезе. Брише се чврста граница између уметности и дизајна, па често дизајн постаје уметност, а уметност се у одређеним условима и, зарад одређених потреба, претвара у дизајн.

2. Феномен моде и модног израза

Мода (лат. *modus* - начин, правило, ритам, време) је термин који означава популарне стилове и трендове у разним сферама људских активности и размишљања везане за одређени временски тренутак. Термини “модеран” и “немодеран” представљају индикатор усаглашености нечега са тренутним захтевима модног изражавања. У свакодневном животу термин “модеран” обично се користи у позитивном смислу, као синоним за гламур, сјај, лепоту и стил. Међутим, овај термин се користи и у негативном контексту, као синоним за хир, дневни стил, па чак и кич.

Мода је средство идентификације и социјализације, симболичке комуникације и израз хедонизма. Мода, као динамички чин кратког трајања, може се подвести под контекст преображаја оквира живота и друштва. Мода је социјална и интердисциплинарна категорија инспирисана поставкама разних наука: од историје уметности, социологије, психологије и филозофије, до етнологије, антропологије и семиологије. Мода је систем знакова који комуницира неодвојиво од људскога тела, у одређеном времену и простору. Мода је средство идентификације, социјализације и симболичке комуникације.

О моди можемо говорити тек од 16. века. Ипак, први модни дизајнер који није представљао само “обичног” кројача био је Чарлс Фредерик Ворт (1826–1895). Некада су моду промовисали аристократски слојеви друштва. Мода се ширила из виших ка нижим слојевима у облику концентричних кругова. Тако, док би мода стигла до нижих слојева, виши слојеви су већ имали нову моду.

Појам „мода“ је веома тешко дефинисати, јер поред објективних обухвата и субјективне елементе доброг укуса и стила у свим сферама човековог друштва. Неспорно је да мода има свој дискурс и систем, којег чине производња, тржиште текстила, идентитет произвођача, жигови, тенденције, лидери – „трендсетери“ итд. Први покушај дефинисања моде учинио је филозоф Адам Смит, који је истакао да мода има централно место и снажан утицај у областима које подразумевају укус (нарочито, књижевност, уметност, одевање и сл.), а да има мањи утицај на морал. Имануел Кант говори о моди као променљивом начину на који живимо. Георг Зимел дефинише моду као социолошки феномен којем су подређени многи делови социјалне сфере – језик, држање, опхођење, манири и одећа као њена најраширенија материјализација. Такво виђење подржава и филозоф Жил Липоветски који каже да је мода генерални људски механизам, као и да је тешко пронаћи сферу људске делатности у којој мода није утицала на одређене промене. Ролан Бартез је рекао да је мода „индустрија и систем значења“.

Неки теоретичари моду везују искључиво за одећу. Међутим, евидентно је да није свака одећа део моде. Између осталог, људи су се облачили и пре него што је употребљена реч „мода“, односно пре него што је мода и настала. Одећа и обућа су првобитно прављене из чисто утилитаристичких и прагматичних побуда - да покрију и заштите тело. У раним цивилизацијама одећа је имала улогу да покаже статус и изрази културолошке идеале друштва у коме је настала.⁷

Данас мода представља један од значајнијих феномена модерног света. Превасходно перципирана као комплексан део друштвеног развоја, мода има веома важну улогу у процесу самоостварења, креације идентитета и диференцијације. Мода представља структурирани аутономни систем знакова и значења. Карактеристике материјала и форме, које одувек припадају одећи, мода претвара у знак, у доминацију знака и значења, у комплексни структурирани модни систем. Мода, која није иманентна само одевању, представља вишеслојни систем знакова који се динамички мењају у ритму сезонских измена, као рефлекс духа времена. Карактерише се доминацијом стила који се поступно троши и уступа место новим значењима и изразима. Мода се циклично појављује, нестаје и враћа у сличној или модификованој форми и увек је продукт и рефлекс укуса и потреба тренутка.

⁷ Стари Грци и Римљани су били први који су дали имена различитим моделима обуће који су постали основа за неке стилове у обући данас, као што су сандале, нануле...

Савремено друштво постаје све више визуелно друштво или визуелна цивилизација, јер се модна индустрија, услед социјално испровоциране потребе приближавања актуелним естетским идеалима физичке лепоте, усталила као један од значајнијих чинилаца модерних тржишних економија.

С обзиром да брзина смењивања модних правила, изазваних индустријском производњом и обрнуто, постаје све интензивнија, савремена мода се често назива и атомистичком. На тај начин, мода, нарочито у области одевања, претвара се у својеврстан *perpetuum mobile* (Бујачић, 2007), који се циклично обнавља и враћа, али никада у потпуно истом облику. Враћање моде је, заправо, више подсећање на старо (тзв. ретромода).⁸ Треба истаћи, да моду „комзумира“ само део групе, а целина се налази на путу према њој. Почетни модни импулси (тзв. ексклузива) престају бити мода када постану општеприхваћени. Но, нестанком различитости започиње рад на лансирању других новина, као што се у процесу испуњења групе модом стално изнова покушава стандардизовати постојећи новитет увођењем у општу употребу, по принципу схеме ексклузивност-обичност-ексклузивност (Жунић, 1994: 65). С тим у вези, као основни механизми моде могу се издвојити новост, пролазност, масовност и изразита осренутост садашњости. А суштински императив моде, односно законитости по којој функционише, јесте процес стандардизације, то јест увођења „реткости или новине у општу и универзалну употребу, затим преласка на другу реткост или новину када је прва престала то да буде“ (Тодоровић, 1980: 16).

Као средство симболичке комуникације, модни механизам се може посматрати и кроз сферу социјализације и индивидуализације. Мода је, наиме, ирационални феномен који се добровољно прихвата. За моду није пресудан принцип лепоте: мода је процес сталних промена које обично немају сврху побољшања предмета у естетском или функционалном смислу, већ је промена сама себи циљ. Тежња ка новом изгледу, која ослобађа од старог, ставља нас у зависан положај од новитета и друштвено испровоциране, вештачке жеље да се он усвоји. У савременом друштву визуелни идентитет мање одређује традиција а више стил живота који може да се бира и по жељи мења. Мода је, у том смислу, компромис између индивидуалности и конформитета.⁹

8 Сматра се да се на сваких двадесетак година, колико је потребно да стаса нова генерација која не памти претходну моду, освежава сећање али и концепт карактеристичан за неку ранију моду.

9 Иако је појам моде највише повезан са одећом, не потпада сва одећа под модне норме. Као прво, појава одеће је много старија од феномена моде. И друго, не подлежу сви културни одевни обрасци под модна правила.

Код дизајна за неуметничке сврхе облик употребног предмета произилази из његове функције, односно сврхе за коју се дизајнира.¹⁰ То што облик произилази из функције не значи да такви предмети не могу имати уметничку вредност, јер нека функција се може задовољити на више начина и облик није увек у потпуности дефинисан функцијом. То уметницима и дизајнерима даје слободу да предмет обликују тако да има и естетску вредност, да буде леп и привлачан. Чак и онда када се дизајн користи само у уметничке сврхе, може се рећи да облик произилази из функције.

Будући да је једно од темељних својства дизајна функционалност, тј утилитарност, можемо рећи да су ларпурлартизам и дизајн два у потпуности опречна појма. Јер, дизајн не служи само за естетски ужитак и не постоји само ради уметности, већ увек има своју функцију. Иако тежи да има естетске квалитете и да буде уметност, дизајн никада није само уметност. Употребни, односно одевни облик одређен је материјалом, обликом функцијом. С друге стране, модни предмет одређен је и технологијом која га чини реалним, стандардизованим и самосвојним, који као такав налази пут до потрошача. Појава дизајна као процеса проналажења решења за стандардизовану масовну производњу (и потрошњу) модном производу је обезбедила не само пласман на тржиште, већ и трасирала пут у демократизацију.

Ако посматрамо историју одевања закључићемо да је ниво појединачних, уникатних и скувих креација установио високу моду која значи ексклузивност одевања која је одувек припадала елити (Barthes, 1983: 38). Са друге стране, модни дизајн у функцији индустријске масовне и стандардизоване производње, подразумева обезбеђивање робе, односно готових производа одевне природе за знатно реалнију цену која је примерена "за сваког човека". Овакво дизајнирање успоставља општи процес демократизације модног одевања, у смислу схватања одеће као статуса припадности и слободе, а не симбола моћи привилегованих појединаца.

10 Примера за то има свуда у реалном животу. Један од важнијих људских проналазака, точак, такође, има облик који произилази из његове функције. Он је савршено округло (или би барем требао бити) што му омогућује лакше котрљање, а возилима с точковима омогућује лакше кретање. Још један важан људски проналазак било је копље које му је омогућило преживљавање. Копље има издужен облик који ловцу омогућује лакше бацање, а копљу дужи лет кроз ваздух.

3. Настанак и развој модног дизајна

У принципу, модни дизајн представља примењену уметност. Реч је о људској духовној делатности којом креатор, користећи ликовне елементе и естетске принципе, изражава своја осећања и ствара оригиналну, пријатну, хармоничну и естетски вредну креацију. Модни дизајн је примењив јер, поред духовне и естетске вредности има и практичну - употребну функцију и служи задовољењу људских потреба. Дакле, модни дизајн је примењена уметност која се "носи". Спона између чистог дизајна и уметности била би примењена уметност, која је ближа самом појму дизајнирања.

Суштински, модни дизајн је уметничко обликовање оригиналне одеће и пратећих детаља - аксесоара који задовољавају визуелне, естетске, културне и функционалне критеријуме. Оно што неко уметничко дело или креацију чини вреднијим и другачијим у односу на друге су елементи који су коришћени у њиховом компоновању (обликовању), као и естетски принципи – начела по којима је стварано. Као што уметник користи различите елементе композиције и принципе компоновања да би створио естетски вредно уметничко дело, модни дизајнер користи елементе и принципе модног дизајна да би реализовао своју креаторску имагинацију и визију и остварио запажену и естетски вредну креацију, у којој сви делови чине јединствену, пријатну и хармоничну целину. Елементи модног дизајна су саставни видљиви (визуелни) и градивни делови, компоненте одеће и аксесоара. Појединачно не морају да значе много, али ако су вешто и складно спојени чине хармоничну целину. Елементе модног дизајна чине: линија, облик, текстура, валер и боја.

Историјски посматрано, креирање одевних предмета представља веома стару делатност која је настајала и развијала се упоредо са развојем људског друштва. Са појавом првих материјала почело је и креирање одевних предмета различите врсте – најпре примитивнијих, а временом све савршенијих.¹¹ О правној заштити одевних креација и моди, као њеном неизбежном пратиоцу може се говорити знатно касније. Први дизајнери били су занатлије, који су не само дизајнирали предмете, већ их сопственим рукама и израђивали. Временом дизајнери су добијали све значајнију улогу у друштву и практично спајали уметност, предузетништво и потрошачку идеологију. Данас су модни дизајнери - идеолози моде. Они диктирају

11 Најстарији „кројачи”, боље рећи изумитељи технике шивења били су ловци каменог доба. Техника првобитног шивења састојала се у скидању коже са животиње оштрим ножем потом су се на осушеној кожи, тј. крзну правиле сврдлом рупе и, на крају, крој увезивао каишевима од коже или, у топлијим крајевима, власима траве. Највећи изум првобитних кројача јесте игла са ушицама која је заједно са дугмадима и копчама пронађена у пећинама средње Европе и швајцарским селима пре 40.000 година.

„шта ће се све носити ове сезоне«, „шта је модни императив наредне сезоне«, које су боје неизоставне« и сл. Њихове сугестије, пласиране у штампи и медијима, прихватају се готово беспоговорно, од стране милиона модних поклоника широм света, што је својеврсни спецификум модерног друштва. Савремени креатори, такође, имају велике амбиције да одевне предмете квалификују као уметничка дела. Они, неретко, праве одећу која је подеснија за изложбе у галеријама и музејима него за стварну употребу. Мада, дешава се и обрнуто. Однос моде одевања и уметности огледа се и у амбијенталној вези или симболичким интерактивностима. Границу између моде и уметности тада је тешко одредити, с обзиром на то да њихови творци потенцирају вишеслојност значења одевних предмета.¹²

Дизајн је настао оног тренутка када је одевној креацији дата сврха, односно када је функционалност употребног, тј. одевног предмета прешла у естетичност и уметност. Тада је уметност постала дизајн. Уметничко дело има једну јединствену функцију, а то је декорација. За разлику од њега, дизајн је употребљив, практичан и функционалан, он служи сврси иако његове естетске вредности имају основа да постану део декорације. Дизајн прати трендове, повезан је с модним хировима и зато се перманентно и брзо мења и развија.

Дизајн, у правом смислу речи, развија се са појавом масовне производње и потрошње. За стварни почетак дизајна сматра се 19. век, доба индустрије. Кључну улогу одиграли су велики проналасци, који су условили развој дизајна.¹³

У време октобарске револуције доминира чист формалистички стил, дизајнерска дела своде се на њихову употребљивост, а декоративна естетика на просте и минималистичке форме.¹⁴ Са друге стране, ствара се радикални критички покрет дадаизам који уноси једну потпуно нову естетику и нову филозофију уметности и дизајна.

Прве деценије 20. века посвећене су елити у друштву. Тадашњи дизајнери окрећу се аеродинамичком дизајну. Педесетих година 20. века у моду се

12 То је случај када дизајнери одећом шаљу извесне поруке и идеје преузете из уметничких праваца, активно сарађују са познатим уметницима, визуелно подржавају, то јест аранжирају њихова остварења. Неке чувене модне куће (нпр. **Прада**) спонзоришу их стварају сопствене музеје савремене уметности, и на тај начин стварају јачу везу са светом уметности.

13 Крај 19. века обележио је органски Arts'N Crafts стил. После Првог светског рата развија се нови стил Art Nuvo. У Немачкој овај стил називају *jugend* стилем, а у Бечу сецесијом.

14 По овим начелима, јавља се школа Баухаус, руски покрет конструктивизам и холандски покрет De Stijl.

враћа органски стил, и поред масовне потрошње. Шездесетих година ствара се врло функционалан и редуковани дизајн. Осамдесете године обележене су дизајном јарких боја и светлосних ефеката. Тада дизајн постаје део бизниса и џет сета, односно културни и култни догађај. Деведесете године су прекретница из електротехничког у информатичко друштво. Дизајнери се губе у овој ери прединформатичког друштва. Масовна производња и масовна потрошња све више узимају маха.

Крајем 20. века људско тело поприма ново значење и пажњу као позорнице појавности.¹⁵ Фокус пажње усмерен је ка проблему уобличења тела у идеални облик. Уз то, појављују се и први знакови постмодерне на пољу моде и одевања. Користе се различити и понекад опречни стилови или историјско-етничка обележја који формирају нову хибридну целину.¹⁶ Модна сцена жуди све више ка скандалу, шоку и изненађењу. Суштински, од полазне премисе и уобичајне потребе да “се-носи-одећа”, дошло се до новог редефинисаног постулата и поимања да “се-носи-тело”.¹⁷

4. Врсте модног дизајна

Модни дизајн се примењује на различите начине и у различитом обиму у зависности којим субјектима и ком циљу је намењен. Главне водиле модног дизајна некада су биле креативност намене и сврха. Постоје три битне, генералне области које обухватају целокупну област модног дизајна. То су: висока мода, конфекција (спремно за ношење) и масовна конфекција.

Висока мода - “Haute couture” је француски термин за „Висока моду“. Она представља практично уникатно идејно решење одевног предмета, ручно израђено, најчешће по наруџбини, и углавном за познатог купца. Реч је о креирању високо ексклузивне моде према наруџбини. Одевни предмети израђују се од врхунског материјала, а цена не представља лимитирајући фактор.

Израз „Висока мода“ првобитно се везивао за рад енглеског креатора Чарлса Фредерика Ворта, који је делао у Паризу средином 19. века. Удружење Парижана високе моде основано 1868. године и данас постоји у оквиру Француске федерације моде „Спремних за ношење“ и „Високе моде“ модних дизајнера, основане 1973. године. Чланови ове Федерације

15 Црвени, кожни „корсет“ Alexandra McQueena рађеног за Givenchy у колекцији јесен/зима 1999. године најбољи је пример конвертирања материјала у реалистичну другу кожу.

16 Пример најбоље је видљив на женском комплету дизајнера Galliana, 1996. године.

17 Прави пример за ту констатацију су јапански дизајнери Shinichiro Arakawa и Jun Takahashi.

данас су сва имена која значе у модном свету и која диктирају модне трендове.¹⁸ Данас велика већина ових имена опстаје захваљујући вођству тимова дизајнера и оријентацији ка другим правцима модног дизајна. Ипак, ни једно од поменутих имена више нема као главни извор прихода и доминантни правац област „Високе моде“, с обзиром да су често приходи мањи од трошкова производње. Стога, они се све више окрећу акцесорним делатностима, производњи луксузне робе, као што су парфеми, ципеле, накит и сл.

У савременој Француској „Висока мода“ представља заштићен појам који могу користити само оне фирме које задовоље тачно прописане стандарде. Иако је сваке сезоне иновативна и другачија („Pret – a – porter“) мода следи одређена конвенционална правила, усклађена између више дизајнерских кућа ради дефинисања јединственог и заједничког тренда. Насупрот томе, „Висока мода“ допушта знатно већу креативну слободу, не тежи томе да буде универзална, или да припада неком стилу или тренду, већ, да буде другачија, да има статус уметничког дела. Креације се често обликују скулптурално, пркосећи конструкцијским узусима и често су инспирисане историјским стиловима.¹⁹ „Висока мода“ се жели издигнути из „потрошачког лудила“ које карактерише „Pret – a – porter“ моду, жели бити нешто више од тога, тежи уметности и изазвати чисти визуално/естетски ужитак, док је својство функционалности често занемарено. Код „Високе моде“ модни дизајнери су лимитирани диктатима тржишта и њихова креативност и продуктивност детерминисани су економским фактором, тј. очекиваним профитом који може донети колекција.

Конфекција „Спремно за ношење“ („Pret – a – porter“) - Ова област модног дизајна представља прелазну област између високе моде и масовног тржишта, тзв. „Масовног модног дизајна“ или „Масовне конфекције“. „Pret-a-porter“ је француски израз за одећу високог квалитета (дизајна и материјала), али која није уникатна. Реч је о предметима који су сачињени без или са минималним ручним фазама израде, дакле, углавном машински, односно индустријски. Дизајн је овде класичан, квантитет је релативно мали, и ова група спада у средњу или средњу-вишу квалитативну и ценовну категорију одевних предмета. Таква одећа пласира се на тржиште у стандардним величинама (које одговарају већини људи) и производи се серијски. Ова конфекција назива се још и „Ready-to-wear“. Неке модне куће или дизајнери креирају „Pret-a-porter“ линије за масовну индустријску производњу, док други нуде врло ексклузивне линије и производе се у

18 Нека од најпознатијих имена су Christian Dior, Escada, Givenchy, Jean Paul Gaultier, Kenzo, Nina Ricci, Valentino, Louis Vuitton и други.

19 Нпр. бароком, оријенталном, или јапанском традицијом.

ограниченом броју и времену. Ова одећа је често и, по правилу, практична и неформална.

Највећи број компанија на тржишту модног света спада у ову категорију, због брзог обрта капитала. Компаније из ове области, обично, временом прелазе на масовну конфекцију или се одлучују за ограничавање својих серија, израдом, квалитетније конфекције од масовне. „Pret-a-porter“ колекције се обично представљају сваке сезоне током „Недеље моде“ („Fashion Week“). Модне куће које иначе производе „Haute couture“, такође производе „Pret-a-porter“, који доноси већи профит због масовности производње.

„Масовна конфекција“ - Ова конфекција се појавила са настанком индустријске производње у масовним размерама. Она покрива широк спектар купаца и исти модели се продају у већем броју држава. Робни жигови у производном и тржишном смислу све више губе на смислу и значају, јер се ознаке нашивају и скидају и по потреби роба продаје под другим жигом. Ова конфекција доступна је у стандардним величинама и најчешће је сачињена од јефтених материјала не баш задовољавајућег квалитета (Ibanez, 2009).

Основни циљ код ове врсте конфекције је произвести „приуштиву моду“ доступну и најнижим слојевима друштва. Креативност практично не постоји, јер се, углавном, креације познатих имена у свету моде само поједноставе и прилагоде, тако да њихови материјали и израда буду јефтине. Долази до потпуног умањења значаја дизајна који постаје практично обесмишљен.²⁰ Наравно, квалитет овде није у првом плану, али је жеља да се носи тзв. фирмирана гардероба, која је уз то у тренду и удобна, апсолутно задовољена. Ова сфера модног дизајна се популарише и купци који једном пређу у ову сферу јако тешко се касније враћају у више нивое модног дизајна.

Можемо закључити да ће се у будућности стриктне границе између наведених генералних области модног дизајна све више трансформисати и губити, неке ће потпуно изумрети а нове ће настати.

5. Сумарна разматрања

У данашње време мода игра све значајнију улогу у животу човека. Шта више, мода постаје културни и култни феномен. Она постаје део визуелне културе којом стварамо представу каквом желимо сами себе да прикажемо,

²⁰ Неке од најпознатијих марки у овој категорији су H&M или C&A, мада су за њих већ креирала нека позната имена из света моде: Cavalli, Stella Mc Cartney и други.

а самим тим и каквим нас други људи виде. Гардероба и модни израз су све више показатељ места и улоге човека у друштву, његовог статуса и моћи.

Постиндустријско друштво карактеришу: превласт информацијских технологија, култура слике уместо културе текста и доминација научног приступа уметности и животу. Друштвени идентитет губи садржај и престаје прописивати узусе понашања. Повећава се потенцијал индивидуализације и плурализације животних стилова због све значајније понуде симболичких средстава. Постиндустријско друштво је друштво спектакла, масовних медија и визуелних комуникација, у којем масовна и популарна култура потискују елитну културу. То је друштво тријумфа материјалности над идеализмом.

Модерност укључује следеће концепте: веровање у могућност људског напретка, рационално и циљно планирање, веровање у супериорност рационалне мисли у поређењу с емоцијама, веру у способност технологије и науке да решавају људске проблеме и веровање у способност и права људи да обликују властите животе. Савремену моду карактерише театрализација друштвених улога и тежња ка индивидуализацији и разликовању. Стога, ако је дизајн модерне епохе доба производње, постмодерна је доба симулације стварности.

Сам термин “модерно” је двозначан: свака је уметност модерна у доба свог настанка. Постмодерна је или против модерне или је њен наставак који преиспитује њене премисе. Постмодерна одбацује све оно што је глорификовао модернизам – ауторитет разума, истину, веровање у могућност човековог савршенства и идеја да је увек могуће створити нешто у свим сегментима друштва. Постмодерна деконструира и дезавуира постојеће идеје и вредности и износи тезу да једнакост и слобода нису природно стање друштва, већ наметнуто. Постмодерна одбацује вредности попут ега, сврхе, смисла, стварног света и истине. Она одбацује примат научних чињеница у формирању нашег погледа на свет и наново усваја старе концепције безосећајне перцепције. Концепција постмодерне је варљивост, несигурност, неизвесност, сумња и подељеност. Модерна је елитистичка и инсистира на неједнакости. Постмодерна је популистичка, норма више није укус елите, већ свићање широких маса (Breward, 1995: 16).

Глобално повезивање путем медија и информатичких мрежа увелико утиче и на развој моде. С друге стране, и сама мода данас има функцију медија. Модна одећа је носилац информација различите природе. Све друштвене групе као и појединци са својом социјалном околином међусобно комуницирају одећом или модним изразом - „језиком одеће“. У том смислу, мода све више постаје емитер информација. Али, не само

простих података, већ много више од тога, са циљем да привлачи или одбија, фасцинира или застраши. Лепо дизајнирана одећа емитује мноштво разноврсних информација о свом носиоцу, о његовом социјалном положају, финансијском стању, нивоу културе и укуса, сензибилности, сексуалној оријентацији и етничкој или религијској припадности.

Мода је чврсто повезана и са медијима свих врста. Кључну улогу има рекламно убеђивање потрошача, које се, првенствено базира на робној естетици, као “комплексу материјалних појава који је настао из робне форме производа, и који је отуда условљен чулним субјекат-објекат односима” (Ханг, 1981: 3). Као што мода не може без медија, тако и медији не могу без моде, јер модне компаније финансирају медије. И сама мода има статус медија, јер из себе одашиље информације, пошто људи својом одећом интерактивно комуницирају са околином.

У данашњем, тзв. дигиталном окружењу, императив представља успостављање брзе и ефикасне комуникације на глобалном нивоу, па се, стога, све више пажње полаже на визуелни идентитет. Сагласно томе, комуникација модним изразом представља веома значајан сегмент свеукупне људске комуникације. Приметно је постојање све веће потребе одређених категорија људи да се визуелно легитимишу и диференцирају као припадници одређене друштвене социјалне, културне групе, слоја или категорије. Као последица тога установљава се један нови појам, тзв. „dress code“. Реч је о писаним и врло често неписаним правилима облачења.²¹ У комуниколошком смислу, особа одевена на одређени начин или по одређеним правилима, шаље дневну поруку о себи сваком кога сретне тога дана. Такође, осим општих, изабрани „dress code“ може да емитује и много интимније поруке о свом носиоцу. Моду данас у потпуности можемо тумачити као систем знакова и невербалан начин комуницирања.²² Унутар сваке културе постоји доминантан модни стил који се временом мења (Hollander, 1993: 136). Он одређује општи „dress code“ унутар те заједнице. У сваком друштву које се сматра модерним модни мејнстрим се перманентно и циклично мења. Данас је ширење моде путем часописа постало масовна појава.²³

21 Писана правила уводе се за одређене категорије државних или јавних службеника, као нпр. у војсци, полицији, авиосообраћају, банкарству и сл. Неписана или фактичка правила облачења самопрокламују одређене категорије друштва, нпр. млади одређеног узраста, или најбогатији слојеви жељни самопоказивања и доказивања свог статуса, односно моћи.

22 Језиком одеће може се лагати и манипулисати, једнако као што може и говорним језиком. Таква лаж може бити цољна или невољна, чак и несвесна.

23 То показује чињеница да преко педесет посто жена у Француској редовно чита публикације посвећене моди.

Нема сумње да мода поседује свет визуелне културе и постаје транспондер између слика, тела и робе. Мода постаје спектакл слике тела. Тело је сврха или средство идентитета. Оно исказује стил и индивидуалност, врши редизајнирање сопствене „природе“ у складу са променама и захтевима спољне и унутрашње околине. Модни дизајнери од својих ревија настоје створити култне спектакле који ће бити тема разговора и пажње у дужем периоду. Модни дизајнери, нови тумачи и господари наших жеља, схватају и гледају на потрошача као сезонског зависника. Мода се исказује као аутономни систем који нашим жељама узвраћа модним диктатом. Модни дизајнери својим колекцијама „предвиђају“ модну будућност и нове модне идеје и трендове. Сви са знатижељом и нестрпљењем очекују да виде и чују тзв. „прасак моде“! Мода је периодична промена стила, мање или више присилног карактера, јер скоро и да не зависи од потрошача. Мода није у потпуности ствар чињеничне, него и друштвено наметнуте промене и стога је део динамичних закона друштва.

Потрошачко друштво је програмирање свакодневног живота и све постаје извештаченост и обмана који служе интересима капитализма и владајуће класе. Понуда и потрошња везане су за „ново“ и све рекламе циљају на новост производа. Ново се појављује као категоричан императив производње и маркетинга - мода функционише убрзано, а промена и различитост постају незамењиво привлачни. Преко дизајна и жига производа потрошачи конзумирају динамичност, елеганцију, снагу, промену средине, доба, истанчаност, сигурност и природност.

Осим наведеног, једна од основних функција моде је креирање идентитета. А идентитет је, управо, иманентан модернизму, а мода њен неизбежни пратилац. Креирање сопственог идентитета постаје главни задатак сваког појединца који се сматра припадником модерног друштва и који држи до стила. Притом, ово је својствено свим категоријама друштва, а не само тзв. „елити“. Мода је захватила све сегменте нашег живота, уско је повезана с глобализацијом, а промене које је покренула су незаустављиве. Слобода је само привид, бег од моде данас просто није могућ. У данашње доба „кризе духовности“ мода је та која служи као симулакрум. Модом, која је у неким сегментима, чак и неморална и испразна, надомештава се мањак духовности. Дизајн, тако, све више постаје снажна полуга у функцији фетишизирања моде.

Због фасцинације модним новитетима, али и страха од социјалног изопштења, уколико се не интегришу у најновије трендове, „слепих“ поклоника моде све је више. Иновације у моди подразумевају и својеврсну присилу, која се манифестује у препоруци одбацивања традиционалне форме и прилагођавању новог стила. Притисак је невидљив, али социјално

осетљив, јер га околина врши на појединца, као што је случај и са другим друштвеним моделима понашања. Од степена развијености индивидуализма, али и мотивационих покретача конкретне моде зависи колико ће, и да ли ће уопште, неко прихватити модне новитете. Појединци који следе моду то раде због два основна разлога. Први је жеља да се буде сличан другима, а други је да се обезбеди престиж издвајањем из масе. У оба случаја мода је имитаторски феномен. У почетку она подвлачи различитост, а како се прихвата долази до све већег заједништва и једнообразности. Тако мода постаје глобална и, генерално, намењена свима, иако је у датом систему вредности и распореда економске моћи не могу сви подједнако конзумирати.

Данашње време карактерише процес растућег естетизирања на подручју дизајна и моде. Све мање се купују пуки корисни артикли, код којих је функционалност у првом плану, већ се све више иде ка специфизму, па чак и екстремизму, као новом модном правцу.

На самом крају, можемо изнети констатацију да дизајн представља веома значајан фактор моде. Наравно, не и једини, јер на моду утичу и многи други чиниоци. Ту, пре свега, мислимо на жигове (марке) производа, али и на многе друге друштвене факторе најразличитије природе. Али, више од самог дизајна, чак и више од свих других фактора, на моду утичу дизајнери, односно модни креатори. Ово чак и онда, када се по квалитету дизајна то не би очекивало. Одлуку шта ће куповати не доноси више потрошач, него произвођачи, наметањем стила и моде, у виду жудње за стварима „које живот значе“. Све је у рукама модних креатора који диктирају моду и модне трендове. Они то чине снажном пропагандом, путем медија часописа, маркетинга, реклама и сл. „одређивањем“ шта је „in“ а шта „out“. На тај начин, вешто се манипулише људима, тако што се људске жеље, слабости, емоције, па чак и фрустрације користе у циљу надвладавања функционалности и рационализма. Тиме се постиже жељени циљ: испирање умова и пражњење цепова богатих потрошача.

Литература

- Barthes, R (1983). *The Fashion System*, Los Angeles: University of California Press.
- Бесаровић, В. (2011). Интелектуална својина, Београд.
- Breward, C. (1995). *The Culture of Fashion: A New History of Fashionable Dress*, Manchester - New York: Manchester University Press.
- Верона, А. (1979). Право индустријског власништва, Загреб.

Вујачић, Л. (2007). Мода као глобални културни и економски феномен - „центри“ управљања модном сценом“ [Електронска верзија], приступ 28. септембра 2013, са <http://www.socioloskaluca.ac.me/PDF8/Vujacic%20L.,%20Moda%20kao%20globalni%20kulturni%20i%20ekonomski%20fenomen....pdf>

Верона, А. (1979). Право индустријског власништва, Загреб.

Закон о ауторском и сродним правима. Службени гласник РС. Бр. 104 (2009), 99 (2011) и 119 (2012).

Закон о трговини. Службени гласник РС. Бр. 53 (2010) и 10 (2013).

Закон о правној заштити индустријског дизајна. Службени гласник РС. Бр. 104 (2009).

Ibanez, N. (2009). Fashion powerhouses are going to the mass market, [Electronic version], retrieved 25. september 2013, from <http://www.examiner.com/article/fashion-powerhouses-are-going-to-the-mass-market>

Ханг, Ф. В. (1981). Критика робне естетике, Београд: Истраживачко-издавачки центар Србије.

Hollander, A. (1993). Seeing through clothes, *Berkley*, Los Angeles: University of California Press.

Тодоровић, др А. (1980). *Социологија моде*, Ниш: Градина.

Жунић, Д. (1994). *Свакидашњи укус — критика моћи свиђања*, Ниш: Просвета.

Vidoje Spasić, LL.D.
Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Design in the Service of Fashion

Summary

Designing industrial objects is a very old human activity. However, the concept of design was developed much later. Nowadays, design is an important factor in producing objects for human use. Given the fact that design implies intellectual creations, they enjoy legal protection in three ways: as an industrial property right (in the form of industrial design), as an original work of art, and on the grounds of unfair competition.

There are different kinds of design and each kind has its place and importance in economic activities. In this paper, the author focuses on fashion design, which has a crucial impact on the development of fashion. Fashion, which is defined as a mode or style of dressing in a particular period, is significant in the lives of ordinary people. However, fashion is much more than that: it is a form of art, a system of signs as well as a means of communication among people.

Fashion design is the most important but not the only factor which is in the service of fashion and fashion trends. In other words, the fashion industry could not actually exist without designing practical clothing items.

Fashion is constantly and cyclically changing. In the post-industrial society, fashion has attained new dimensions and features. It is increasingly becoming a cult phenomenon and a status symbol of certain groups of people. Apart from design, there are many other subjective and objective factors that exert a significant influence on fashion. Finally, we may conclude that design has an extremely important impact on fashion but the role of fashion designers in the fashion industry seems to be much more prominent than the impact of design or all other factors, even in cases where the quality of design should actually yield a different outcome.

Key words: *industrial design, fashion design, fashion garment*

Др Небојша Раичевић,
Ванредни професор Правног
факултета, Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.24:623.4.087

Рад примљен: 29.09.2013.

Рад прихваћен: 07.11.2013.

ДА ЛИ СРБИЈА ТРЕБА ПРИСТУПИТИ КОНВЕНЦИЈИ О КАСЕТНОЈ МУНИЦИЈИ?¹

Апстракт: Касетна муниција се састоји из металног контејнера и великог броја појединачних експлозивних касетних бомби смештених у том спремишту која се може избацити из авиона или помоћу артиљеријских граната или ракета. Касетна муниција није прецизна због чега често доводи до страдања цивила. Ради умањења штетних последица тог нехуманог оружја, 2008. године је усвојена Конвенција о касетној муницији. Конвенција забрањује употребу касетне муниције, захтева уништавање постојећих залиха тог оружја и чишћење контаминираних подручја, као и пружање помоћи жртвама касетне муниције. Иако је активно учествовала у преговорима за усвајање Конвенције о касетној муницији, Република Србија није ни ратификовала, нити потписала тај уговор. Приликом доношења одлуке о приступању Србије тој Конвенцији пажљиво се морају извагати војне, финансијске и хуманитрне последице чланства у том уговору.

Кључне речи: касетна муниција, Конвенција о касетној муницији, Република Србија.

raicko@prafak.ni.ac.rs

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018. година.

1. Увод

Децембра ове године навршава се пет година од када је Конвенција о касетној муницији² (у даљем тексту: Конвенција) отворена за потписивање. До сада је 83 државе ратификовало Конвенцију, а њих још 30 потписало тај уговор. Република Србија није ни у једној од те две групе држава. Чињеница да Србија није уговорница Конвенције о касетној муницији представља апсурд, с обзиром да је она била активни учесник преговора за њено закључење. Србија је била у групи од 24 државе које су 2006. године на трећој Конференцији за преглед примене Конвенције о конвенционалном оружју предложила усвајање Декларације о касетној муницији.³ Поред тога, Београд је био један од градова у којем је одржана једна од конференција (3-4. октобар 2007) у оквиру „процеса из Осла“, унутар којег је усвојена Конвенција. Делгација Србије, такође, је била присутна и на конференцији у Даблину (19-30. мај 2008) на којој је усвојен текст Конвенције. Ипак, Република Србија касније губи интересовање за тај уговор, тако да је она данас једина земља из региона која није уговорница Конвенције.

Циљ овог рада је да представи обавезе из Конвенције, као и да покуша да одговори зашто Србија оклева да приступи том уговору. У складу са тим циљем конципирана је и структура рада. На самом почетку дато је појашњење дефиниције касетне муниције садржане у Конвенцији, као и основне карактеристике те муниције. У наредном делу је извршена анализа главних обавеза које Конвенција намеће државама уговорницама, након чега следи приказ правила о међународној помоћи и сарадњи. У последњем делу су изнете одређене чињенице и закључци који су од значаја за оцену да ли Србија треба приступити Конвенцији о касетној муницији.

2. Појам, карактеристике и дефиниција касетне муниције

Касетна муниција (касетне бомбе, кластер муниција) представља комплексно оружје које се састоји из металног спремишта (контејнера) и великог броја појединачних касетних бомби (подмуниције, „бомбица“⁴) смештених у том спремишту.⁵ Та спремишта се најчешће избацују из

2 Convention on Cluster Munitions, United Nations Treaty Series, No. 47713.

3 Final document of the Third Review Conference of the High Contracting Parties, Doc. CCW/CONF.III/11 (Part III), section XIV, p. 41.

4 У српском језику се избегава израз касетне бомбице (енг. *bomblets*), како се не би стекао погрешан утисак да се ради о безазленим направама. Када се у овој књизи тај израз буде користио, оне ће увек стајати под наводницима.

5 У нашем језику термин „касетна бомба“ се користи за означавање бомбе као целине (контејнер + подмуниција), али и за означавање појединачних експлозивних направа

авиона, али се то може чинити и помоћу артиљеријских граната или ракета. Задатак контејнера је да касетну подмуницију донесе до циљане зоне. У неком моменту након што спремиште буде бачено (испаљено или лансирано) оно се отвара⁶ и из њега се расејава велика количина касетне подмуниције. Осим на наведени начин, касетна подмуниција може бити распршена директно из спремишта причвршћеног на летилице, које се, у жељено време, отвара командом из летилице.

У основи, касетна подмуниција може имати распрскавајуће, пробојно, запаљиво или комбиновано дејство. Постоје и друге врсте ове муниције, попут хемијских, биолошких и антиелектро касетних бомби са графитним влакнима које су намењене да прекину довод електричне енергије изазивањем кратких спојева. Код напредних модела касетне муниције њихова подмуниција садржи инфрацрвене или акустичке сензоре који је усмеравају на мотор возила, чиме се значајно побољшава њена прецизност (Wiebe, 2000: 90). Пошто се увидело да приликом пада на земљу значајан број касетне подмуниције не експлодира, конструктори су настојали да тај проблем реше креирањем самоуништавајуће и самонеутралишуће подмуниције. Међутим, ови напредни модели чине само мали део постојећих залиха касетне муниције.

Касетна муниција није прецизна. Приликом пада, кретање подмуниције зависи од многих фактора (висине бацања, ветра, ваздушних струје, функционисања стабилизатора), тако да она често не погађа жељене мете. Једини изузетак су касетне „бомбице” које имају инфрацрвене или акустичке сензоре који их усмеравају ка мотору возила, или су опремљене су GPS-ом или коректорима ветра (нпр. америчка касетна бомба BLU-108).⁷ За разлику од појединачних пројектила који погађају само једну тачку, код употребе касетне муниције врши се дисперзија великог броја појединачних експлозивних направа, чиме се истовремено дејствује на широком подручју (енг. *area weapons*). Због могућности захватања врло широког простора, касетна муниција се назива још и „тепих бомбама”.

Касетну муницију карактеришу врло штетне хуманитарне последице. Она доводи до веома тешких повреда цивила, при чему су њене жртве врло често деца. Лица која преживе контакт са касетном подмуницијом

садржаних у контејнеру, тј. за подмуницију.

6 Постоји више метода за отварање спремишта и ослобађање касетне подмуниције. Спремиште се може отворити после темпираног времена или када се приближи тлу на унапред задату висину (Geneva International Centre for Humanitarian Demining, 2009: 10).

7 Међутим, због своје високе цене таква касетна муниција ретко се користи (Geneva International Centre for Humanitarian Demining, 2009: 16).

задобијају тешке озледе, које се често манифестују губитком ногу или руку, али и ослепљењем. Због таквих повреда, преживеле жртве касетне муниције често постају тешки инвалиди. Та лица, поред озбиљних физичких оштећења, преживљавају и јаке психолошке трауме.⁸

Касетна муниција делује штетно на цивиле на два начина. Прва врста штетних последица се испољава током самог напада, а друга годинама након напада. Приликом самог напада, због непрецизности касетних „бомбица”, велики број њих може пасти у насељена места и својим бројним шрапнелима повредити много цивила, па чак и оне који се налазе у стамбеним објектима.⁹ Због великог процента неексплодираности, значајан део касетне подмуниције се претвара у опасне експлозивне остатке који могу бити активирани после много година након завршетка оружаног сукоба. Процењује се да у стварним борбеним околностима након напада остане неексплодирано од 10-15% (Wiebe, 2000: 118), па чак и до 30% (Docherty, 2007: 63) употребљене подмуниције.

Иако је касетна муниција у употреби већ неколико деценија, постојала су значајна размимоилажења око дефинисања тог оружја. И приликом усвајања Конвенције, постизање консензуса око дефиниције тог оружја однело је доста времена. То је сасвим и разумљиво, пошто су државе биле свесне да ће од те дефиниције умногоме зависити домашај будућих забрана (Woudenberg, Wormgoor, 2008: 396).

Конвенција¹⁰ дефинише касетну муницију као „конвенционалну муницију која разбацује или ослобађа експлозивну подмуницију појединачне тежине мање од 20 килограма, укључујући ту и касетну подмуницију”.¹¹ Чл. 2(3) даље појашњава да експлозивна подмуниција представља „конвенционалну муницију која се ради остварења свог задатка разбацује или ослобађа помоћу касетне муниције, а направљена је да функционише детонирањем експлозивног пуњења пре, током или након удара”.¹²

8 О физичким и психолошким последицама изазваним касетном муницијом више видети: UN Institute for Disarmament Research, 2000: 9-13.

9 На пример, модел BLU-97 ствара око 300 набуљених комадића метала који могу летети до 150 метара од места експлозије и пробити зидове кућа. Ти комадићи метала се крећу брзином која је три пута већа од брзине зрна испаленог из аутоматске пушке. Због њихове бројности и брзине, шрапнеле настале услед експлозије касетне подмуниције називају и „челична киша” (Docherty, 2007: 63; McDonnell, 2002: 69, 71).

10 Чл. 2(2) Конвенције.

11 Током преговора за закључење конвенције нуђене су и неке друге дефиниције. О томе више видети: Раичевић, 2013.

12 Чл. 2(3) Конвенције.

Конвенција из појма касетне муниције експлицитно искључује:

- муницију или подмуницију која је дизајнирана да шири светлост, дим, пиротехничка средства или станиолске листиће за ометање радара; или муницију која је направљена искључиво у сврху противваздушне одбране;
- (б) муницију или подмуницију која изазива електричне или електронске ефекте;
- (в) муницију која, да би се избегло неселективно просторно деловање и опасности од неексплодиране подмуниције, има све следеће карактеристике:
 - сваки комад муниције садржи мање од десет комада експлозивне подмуниције;
 - сваки комад експлозивне подмуниције тежи више од четири килограма;
 - сваки комад експлозивне подмуниције је направљен тако да открије и нападне само један циљ;
 - сваки комад експлозивне подмуниције је опремљен електронским механизмом за самоуништење;
 - сваки комад експлозивне подмуниције је опремљен електронским уређајем за самодеактивирање.¹³

Изузеци наведени под (а) и (б) се заснивају на непостојању убојног дејства наведене муниције и подмуниције. Та средства, углавном, не могу нанети физичке повреде цивилима ни за време напада, нити по његовом окончању. Изузеци из подстава (в) се базирају на техничким својствима касетне муниције која је лишавају просторног дејства (1, 2 и 3), односно онемогућавају да се претвори у експлозивне остатке рата уколико не детонира приликом самог напада (4 и 5).¹⁴ Треба нагласити да би касетна муниција потпала под изузетак из подстава (в), она мора кумулативно задовољити свих пет наведених услова.

3. Основне обавезе држава уговорница Конвенције

За разлику од ранијих уговора МХП који су државама забрањивали једино употребу неког оружја, новији уговори из ове области садрже знатно шири спектар обавеза. Уочено је да сама забрана употребе није довољна да елиминира неку врсту оружја са ратишта. Уколико су државе поседовале неко оружје или су га могле набавити, оне су долазиле у искушење да то

¹³ Чл. 2(2) Конвенције.

¹⁴ У ст. 9 и 10 члана 2 прецизирано је шта се подразумева под „самоуништавајућим”, односно „самодеактивирајућим” механизмом.

оружје и употребе. Конвенција прихвата ту нову праксу, тако да садржи већи број обавеза за државе уговорнице.

3.1. Забрана употребе касетне муниције и остале негативне обавезе

Забрана употребе касетне муниције и остале негативне обавезе држава уговорница стипулисане су у чл. 1(1) Конвенције. Забрана употребе касетне муниције је најважнија забрана јер ће њено поштовање елиминисати будуће страдање цивила од касетне муниције. Чл. 1(1) прописује да државе уговорнице „никада ни под којим околностима” не смеју користити касетну муницију. Употребљена формулација значи државе не смеју користити касетну муницију током међународних оружаних сукоба, немеђународних оружаних сукоба, као ни у доба мира, укључујући ту унутрашње немире и тензије, војне вежбе и др. Државе уговорнице не смеју користити касетну муницију против других уговорница, али ни против држава неугговорница или недржавних ентитета.

С обзиром на дату дефиницију овог оружја, неки сматрају да Конвенција садржи само делимичну забрану касетне муниције, јер не забрањује употребу „прихватљиве” муниције која испуњава минималне стандарде установљене у чл. 2(2) (Di Ruzza, 2008: 416-417). У суштини, ова констатација је тачна, јер дефиниција из чл. 2 Конвенције сужава примену уговора *ratione materiae*.

Поред употребе, Конвенција државама уговорницама забрањује да развијају, производе или на други начин стичу касетну муницију, као и да врше њено складиштење или трансфер другим субјектима. Ове негативне обавезе су унете у Конвенцију како би се додатно онемогућила употреба касетне муниције.

Чл. 1(2) наглашава да се обавезе из става 1 односе и на експлозивне „бомбице” које се ослобођају из контејнера причвршћеног за летилице.¹⁵ У Конвенцији више нигде није експлицитно истакнуто да се њене одредбе односе и на ту врсту касетне подмуниције. С обзиром да је ова одредба унета у чл. 1(2) на самом крају формалних преговора, њено изостављање у другим члановима је највероватније резултат омашке, а не намерног искључења. Због тога би државе уговорнице на будућим састанцима требале разјаснити примену Конвенције у односу на ту врсту касетне подмуниције (Human Rights Watch, 2010: 144).

¹⁵ Према дефиницији из чл. 2 Конвенције, контејнери причвршћени за летилице не потпадају под касетну муницију. Пошто такво оружје има истоветне штетне последице као и „класична” касетна муниција, чл. 1(2) експлицитно потврђује да се забране из чл. 1 односе и на експлозивна средства избачена из фиксираних контејнера.

3.2. Уништавање постојећих залиха касетне муниције

Данас у свету постоје огромне залихе касетне муниције. Процењује се да 79 држава поседује касетну муницију, од чега је њих 32 потписало Конвенцију. Тачне количине ускладиштене касетне муниције нису познате, али се верује да се ради о неколико милијарди касетних „бомбица” (Bohle, 2010: 13).

Како би се смањила могућност употребе, Конвенција поред забране производње, намеће и обавезу уништавања постојећих залиха касетне муниције. Све док постоје залихе касетне муниције, постоји и опасност да она буде употребљена.

Чл. 3 државама уговорницама најпре намеће обавезу одвајања касетне муниције од осталог оружја, све док она не буде уништена. Исти члан обавезује државе да залихе касетне муниције под њиховом јурисдикцијом и контролом униште што је пре могуће, а најкасније у року од осам година по ступању Конвенције на снагу за ту државу. На образложени захтев државе, тај рок може бити продужен. О поднетом захтеву се одлучује на састанку држава уговорница, а рок може бити продужен до 4 године. У изузетним околностима, држави се тај рок може продужити за још један четворогодишњи период. Конвенција не даје ближе критеријуме од којих зависи продужење рока, што одлучивање може претворити у политичко ценкање.

Приликом уништавања постојећих залиха касетне муниције државе се морају придржавати међународних стандарда за заштиту јавног здравља и животне средине.¹⁶ Међутим, Конвенција не прецизира о којим се то стандардима конкретно ради.

Државама се дозвољава да задрже „ограничени број касетне муниције и експлозивне подмуниције” неопходне за обуку ради откривања, чишћења или уклањања касетне муниције. Количина те муниције „не сме прећи минималан број апсолутно неопходан за те сврхе”. Конвенција допушта уговорницама да изврше трансфер касетне муниције у друге државе ради њеног уништавања.¹⁷ Овакав трансфер може бити извршен како у државе уговорнице, тако и у државе неугговорнице.

Свака држава уговорница има обавезу да генералном секретару УН поднесе извештај са подацима о укупном броју касетне муниције и подмуниције коју поседује и њиховој врсти, напретку у процесу уништавања залиха, укупној количини уништене муниције и начину уништавања. Поред тога,

¹⁶ Чл. 3(2) Конвенције.

¹⁷ Чл. 3(7) Конвенције.

уколико се користе правима из чл. 3, ст. 6 и 7, држава мора поднети и информације о количинама муниције задржане ради обуке и трансферима касетне муниције ради њеног уништавања у иностранству.

3.3. Чишћење и уништавање остатака касетне муниције

Забрана будуће употребе касетне муниције није довољна да реши све штетне хуманитарне последице везане за ово оружје. Ранија употреба касетне муниције створила је милионе експлозивних остатака, разасутих у великом броју држава који и даље представљају велику опасност за цивиле. Без решавања тог заосталог легата, Конвенција не би била заокружени систем који је у стању да заустави страдање цивила од касетне муниције. Због тога, Конвенција у чл. 4 садржи строга правила о чишћењу и уништавању експлозивних остатака рата насталих употребом касетне муниције.

Поштујући начело суверености, Конвенција крајњу одговорност за чишћење и уништавање остатака касетне муниције намеће држави на чијој територији се ти остаци налазе, а не држави која је касетну муницију употребила (чл. 4, ст. 1). Дакле, обавеза чишћења односно уклањања свих експлозивних остатака насталих употребом касетне муниције лежи на држави уговорници на чијој територији се ти остаци тренутно налазе. Та држава има обавезу да реши проблем експлозивних остатака затечених на њеној територији у моменту ступања Конвенције на снагу (ст. 1а), као и експлозивних остатака који евентуално настану након ступања Конвенције на снагу за ту државу (ст. 1б).

Међутим, држава уговорница која је пре ратификације Конвенције¹⁸ користила касетну муницију на територији неке садашње државе уговорнице, треба пружити потребну помоћ за чишћење и уништавање заосталих експлозивних остатака (чл. 4, ст. 4). Та помоћ, између осталог, треба укључивати техничка, финансијска и материјална средства, као и подршку у обученом људству. Поред тога, ранији корисник мора пружити податке о количини и врсти употребљене касетне муниције, локацијама на којима је муниција бацана и областима за које је познато да су контаминирани експлозивним остацима.¹⁹ Може се видети да обавеза из чл. 4(4) има ретроактивно дејство.

18 Конвенција не садржи правила о пружању помоћи за чишћење и уништавање експлозивних остатака који би настали евентуалном будућом употребом касетне муниције од стране државе уговорнице. Међутим, није искључено да се у пракси десе и такве ситуације.

19 Чл. 4(4)а и б Конвенције.

Ранији корисник касетне муниције помоћ може пружити на билатералној основи или преко трећег субјекта, као што је нека међународна организација унутар система УН или друга релевантна организација (владина или невладина). Треба рећи да се у чл. 4(4) Конвенције бивши корисници касетне муниције само „снажно охрабрују” да пруже помоћ, али им се не намеће апсолутна обавеза пружања те помоћи. Конвенција у чл. 6(5) предвиђа да и све остале државе уговорнице, „које су у позицији да то учине”, треба да пруже помоћ за уклањање и чишћење заостале касетне муниције која се налази на територији неке друге уговорнице.

Експлозивни остаци од касетне муниције који се затекну на територији државе у моменту када Конвенција за њу ступи на снагу морају бити уништени што је раније могуће, а најкасније у року од 10 година од тог момента.²⁰ Уколико држава процени да не може испоштовати прописани рок, она може затражити његово продужење за још пет година. Приликом одлучивања о продужењу у обзир ће се узети таксативно наведени фактори, међу којима најзначајније место заузима количина заостале муниције.²¹ Продужење не мора бити свих пет година, већ може бити и краће. Изузетно, држава уговорница, по истоветној процедури, може затражити још једно продужење у максималном трајању од 5 година.²²

3.4. Пружање помоћи жртвама

Правила о пружању помоћи жртвама која се налазе у Конвенцији су напреднија у односу на правила те врсте садржана у било ком другом међународном уговору. Конвенција, најпре, значајно проширује појам жртве, затим садржи посебан члан посвећен тој проблематици, и на крају, помоћ жртвама везује за стандарде о људским правима.

Појам жртве је у Конвенцији доста широко одређен. Под жртвама касетне муниције се подразумевају лица „која су убијена или су претрпела физичку или психолошку повреду, економски губитак, друштвену маргинализацију или знатно умањење њихових права услед коришћења касетне муниције”, а поред њих статус жртве имају и „породице и заједнице” тих особа.²³ Тиме

20 Уколико се на територији неке државе уговорнице појаве експлозивни остаци од касетне муниције након што Конвенција ступи на снагу за ту државу (нпр. услед напада касетном муницијом од стране државе неугворнице или уговорнице која крши преузете обавезе), рок за чишћење и уништавање експлозивних остатака биће рачунат од момента завршетка тог оружаног сукоба; чл. 4(1) б Конвенције.

21 Чл. 4, ст. 5, 6 и 7 Конвенције.

22 Чл. 4(8) Конвенције.

23 Чл. 2 Конвенције. Може се видети да су у ову дефиницију директно инкорпорисана социјална и економска права, чиме је начињена веза између МХП и права људских

статус жртве добијају особе директно страдале од касетне муниције, али и њихове породице и заједнице које су претрпеле индиректне штетне последице.

Конвенција садржи посебан члан посвећен пружању помоћи жртвама (чл. 5), што је јединствени случај у уговорима који забрањују или ограничавају употребу неког оружја. За разлику од тога, код Конвенције о антиперсоналним минама²⁴ и Протоколу о експлозивним остацима рата²⁵ правила о пружању помоћи жртвама су сврстана у општи члан који се односи на „помоћ и сарадњу”. Чл. 5 Конвенције о касетној муницији предвиђа да државе уговорнице имају обавезу да жртвама касетне муниције обезбеде медицинску негу, рехабилитацију и психолошку подршку и да осигурају њихову друштвену и економску инклузију. Државе имају строгу обавезу да жртвама пруже наведену помоћ. За разлику од Конвенције о антиперсоналним минама²⁶ и Протокола о експлозивним остацима рата,²⁷ та помоћ држава није условљена фразом „да су у позицији да то учине”.

Државе уговорнице помоћ из чл. 5 треба да пруже у складу са „међународним хуманитарним правом и правом људских права. Помињање права људских права ову заштиту подиже на један виши ниво, захтевајући од држава да жртве касетне муниције буду третиране у складу са стандардима садржаним у Конвенцији о правима особа са инвалидитетом, која је ступила на снагу 2008. године (Docherty, 2009: 951-952).

Обавезе из чл. 5 леже на држави уговорници под чијом јурисдикцијом или контролом се жртве налазе, без обзира ко је употребио касетну муницију која је довела до њиховог страдања. Држава ранији корисник касетне муниције нема обавезу пружања директне помоћи жртвама. Она, као и све остале државе уговорнице, има дужност да, уколико је „у позицији да то учини”, пружи помоћ држави надлежној за извршење обавеза из чл. 5.²⁸ Наравно, помоћ за збрињавање жртава касетне муниције могу на добровољној основи пружити и државе неугворнице, као и међународне владине и невладине организације.

Конвенција у чл. 7(1)к обавезује државе уговорнице да генералном секретару УН, као депозитару тог уговора, поднесу извештај о предузетим мерама за извршење обавеза из чл. 5. То је још једна новина, јер до сада

права (Corsi, 2009: 154).

24 Чл. 6.

25 Чл. 8.

26 Чл. 6(3) Конвенције.

27 Чл. 8(2) Протокола.

28 Чл. 6(7) Конвенције.

таква обавеза није постојала ни у једном међународном уговору који садржи правила о пружању помоћи жртвама појединих оружја.

4. Међународна помоћ и сарадња

Чл. 6 Конвенције садржи детаљна правила о међународној помоћи и сарадњи. Међународна помоћ је нарочито потребна за извршавање обавеза које се тичу уништавања залиха касетне муниције, чишћења и уништавања експлозивних остатака, помагања жртвама, као и за социјални и економски опоравак држава погођених употребом касетне муниције. У чл. 6 је употребљен израз да „свака држава уговорница има право да тражи и добије помоћ”. То значи да свака држава уговорница има неспорно право да затражи страну помоћ за решавање проблема касетне муниције, али то никако не значи постојање обавезе држава или међународних организација да тражену помоћ пруже.

Поред пружања директне помоћи, државе уговорнице могу уплатити средства релевантним фондовима и тако индиректно пружати помоћ. Овакав вид помагања потпуно је факултативан.

Најважнија компонента међународне сарадње јесте размена опреме и научних и технолошких информација важних за имплементацију Конвенције. Поред тога, државе уговорнице могу од УН, регионалних организација и других држава уговорница затражити помоћ за израду националног плана акције за поступање са касетном муницијом.

Правила о међународној помоћи и сарадњи могу допринети повећању броја држава уговорница Конвенције. Неке државе би можда остале изван Конвенције, плашећи се да неће бити у стању да испуне преузете обавезе. Могућност добијања иностране помоћи може охрабрити такве државе и постаћи их да постану уговорнице Конвенције (Human Rights Watch, International Human Rights Clinic of the Harvard Law School, 2010: 28).

5. Србија и Конвенција о касетној муницији

Србија је држава која се са касетном муницијом може довести у вези на више начина. Најпре, СР Југославија, држава претходница Србије, употребљавала је касетну муницију током сукоба на Косову, и то не само на подручју те своје покрајине, већ и на територији суседне Албаније (International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition, 2013: 19).²⁹

²⁹ Том приликом је употребљен само мањи број ракета које су садржале касетну муницију.

Познато је да Србија спада у круг држава које поседују касетну муницију, али се на зна о којим количинама се тачно ради. Процењује се да Србија поседује значајне залихе касетне муниције (International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition, 2011: 305). Те залихе потичу још од ЈНА, с обзиром да је СФРЈ производила и увозила ту врсту оружја. Касетна муниција се у Србији данас не производи (International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition, 2011: 304).

Посебна проблем за нашу државу представља чињеница да је она током ваздушне кампање НАТО-а у пролеће 1999. године била изложена бројним нападима касетном муницијом. Том приликом је на 219 локација у Србији бачено 1080 касетних авио-бомби, са око 350000 појединачних „бомбица“ (Акција и помоћ, 2013). Током бомбардовања, на територији Србије без Косова, погинуло је око 40 особа, док их је 160 рањено. По престанку бомбардовања, на територији уже Србије заостале касетне бомбе су убиле или повредиле још 20 лица (Акција и помоћ, 2013). У Србији је 16 општина погођено проблемом заостале касетне муниције. Површина подручја контаминираних касетном муницијом захвата око 9 км² (International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition, 2013: 48). С обзиром да је цена разминирања од 0,5 до 1,2 евра по квадратном метру (Norwegian People's Aid, 2007: 52), чишћење контаминираних подручја захтеваће значајна финансијска средства.

На крају, у Србији живи и већи број жртава касетне муниције. Ако се пође од критеријума примењеног у Конвенцији, онда у нашој земљи живи сигурно више од хиљаду жртава касетне муниције.

Приликом процене да ли Србија треба постати страна уговорница Конвенције о касетној муницији у обзир се мора узети већи број фактора. Том приликом првенствено се мора водити рачуна о војним интересима наше државе, захтевима финансијске природе и хуманитарним разлозима. Једино након пажљивог вагања свих тих фактора може се донети исправна одлука.

Код оцене војног значаја касетне муниције за нашу земљу, врло је важно мишљење Министарства одбране Републике Србије. То министарство је 2009. године изнело став да Србија не треба да постане страна уговорница Конвенције, јер касетна муниција чини значајан део нашег војног арсенала, који би тешко био супституисан неким другим средствима (Дневни лист „Данас“, 26. 08. 2009). То мишљење је прослеђено Министарству спољних послова и Савету за националну безбедност који треба да донесу коначну одлуку о приступању Конвенцији. Ова два органа се до сада нису званично изјашњавала по том питању.

С обзиром да Конвенција намеће државама уговорницима одређене обавезе које захтевају значајне финансијске издатке, мора се водити рачуна и о том аспекту. Приступањем Конвенцији Србија би преузела обавезу да уништи своје залихе касетне муниције. Такође, чином приступања наша држава би преузела и обавезу да очисти подручја контаминирана касетном муницијом и нађене експлозивне остатке уништи на одговарајући начин. На крају, Србија би морала пружити помоћ жртвама касетне муниције у складу са МХП и правом људских права. Неспорно је да би извршавање тих обавеза захтевало значајна финансијска средства. Ипак, треба рећи, да трошење средстава за те намене Србију очекује и без приступања Конвенцији. Не може се трајно бежати од проблема чишћења контаминираних подручја, како из хуманитарних, тако и из економских разлога. Помоћ жртвама касетне муниције се у неком обиму и сада пружа. Вероватно би након приступања Конвенцији она била обимнија, али хуманитарни разлози свакако тај трошак оправдавају. Једини трошак који без приступања Конвенцији можда није ускоро нужан јесте уништавање постојећих залиха касетне муниције. Додуше, треба рећи да је због дугог стајања један део тих залиха можда неупотребљив, а временом те количине ће се повећавати, тако да би оне свакако морале бити уништене и независно од приступања Конвенцији. Када су у питању финансијски издаци које приступање Конвенцији повлачи за собом, мора се истаћи да би значајан део тих средстава могао бити покривен донацијама од стране других држава и међународних организација, тако да би Србија приступањем Конвенцији можда и „профитирала“.

И бројни хуманитарни разлози говоре у прилог приступања Конвенцији. Приступањем том уговору Србија не би имала право да користи касетну муницију чиме би се спречиле све оне штене последице које то оружје може нанети цивилима на територији противничке стране. Такође, Србија касетну муницију више не би смела користити ни на нашој територији, чиме би била искључена могућност да страда домаће цивилно становништво, како током самог напада, тако и по његовом окончању. Приступање Конвенцији би наметнуло и обавезу чишћења постојећих контаминираних подручја на територији Србије, што би елиминисало могућност нових повреда људи на тим подручјима. На крају, приступање Конвенцији значајно би унапредило здравствено и социјално збрињавање жртва касетне муниције које живе на територији наше државе.

6. Закључак

Конвенција о касетној муницији намеће државама уговорницама бројне обавезе, међу којима су најзначајније забрана употребе касетне муниције, уништавање постојећих залиха тог оружја, чишћење контаминираних подручја и пружање помоћи жртвама касетне муниције. Државе које не поседују ту муницију и нису биле жртве њене употребе могу ратификовати односно приступити Конвенцији без устезања. Међутим, Србија која поседује залихе касетне муниције које нису занемарљиве, има више квадратних километара територије контаминираних остацима те муниције и у њој живи значајан број жртава касетне муниције, мора пажљиво извагати војне, финансијске и хуманитарне последице приступања том уговору.

Неспорно је да сви хуманитарни разлози говоре у прилог приступања Србије Конвенцији. Тим чином Србија више не би могла користити оружје чија се селективност често доводи у питање. Поред тога, присување Конвенцији би наметнуло обавезу бољег збрињавања наших грађана који су били жртве касетне муниције.

Чини се да ни финансијске обавезе које доноси чланство у Конвенцији не би трабало да буду препрека за приступање Србије том уговору. Неспорно је да би приступање Конвенцији захтевало одређене финансијске издатке за уништавање постојећих залиха касетне муниције, чишћење области у којима се налазе експлозивни остаци и пружање помоћи жртвама. Међутим, Србију би неке од тих обавеза чекале и без њеног приступања Конвенцији. С обзиром да наша држава на залихама има касетну муницију произведену пре више деценија, њена употребљивост и поузданост је проблематична. Из сигурносних разлога та муниција пре или касније мора бити уништена. Исто тако, чишћење подручја контаминираних касетном муницијом не може бити одлагано у недоглед, већ је то задатак који се из безбедносних, па и економских разлога, мора што пре окончати. Што се тиче финансијских издатака за пружање помоћи жртвама касетне муниције, озбиљна држава никада не сме штедети на тим давањима. Приступањем Конвенцији Србија чак може бити на добитку, јер за обављање наведених активности може добити и страну помоћ.

Одлучујући фактор код доношења одлуке о приступању Србије Конвенцији биће процена војних импликација до којих ће довести одрицање од касетне муниције. Том приликом цениће се војна корист коју нашим оружаним снагама доноси то оружје, као и могућност његове супституције другим средствима. Поред тога, у обзир се мора узети и чињеница да ће масовна ратификација Конвенције о касетној муницији и подизање свести о

негативним последицама тог оружја створити јаку негативну реакцију на било коју употребу касетне муниције и јачати перцепцију о њеној неприхватљивости (Maresca, 2009: 355). Другим речима, останак изван Конвенције никако не значи да ће у случају евентуалног рата Србија лако моћи да посегне за касетном муницијом.

Што се тиче надлежности за доношење одлуке о приступању Конвенцији, треба рећи да ту главну реч има Министарство одбране. Министарство спољних послова за сада пружа само техничку подршку Министарству одбране. Уколико Министарство одбране да зелено светло за приступање Конвенцији, не треба очекивати да Министарство спољних послова, па ни Савет за националну безбедност зауставе такву одлуку. Наравно, коначну реч ће дати Народна скупштина, али тек од ње не треба очекивати противљење приступању овој Конвенцији.

Литература

Акција и помоћ. (2013). *Водич кроз процес забране касетне муниције*. <http://www.akcijaipomoc.org/sr/vodic-za-zabranu-kasetne-municije.html>, 03. 09. 2013.

Bohle, V. (2010). Implementation aspects of stockpile destruction. *Disarmament Forum*. No. 1. 13-24.

Convention on Cluster Munitions, United Nations Treaty Series, No. 47713.

Corsi, J. (2009). Towards Peace through Legal Innovation: The Process and the Promise of the 2008 Cluster Munitions Convention. *Harvard Human Rights Journal*, 1(22). 145-157.

Di Ruzza, T. (2008). The Convention on Cluster Munitions: Towards a Balance between Humanitarian and Military Considerations?. *Military Law and the Law of War Review*. 3-4(47). 405-448.

Дневни лист „Данас“, 26. 08. 2009, http://www.danas.rs/vesti/drustvo/generalstab_zakocio_potpisivanje.55.html?news_id=170343, 30. 08. 2013.

Docherty, B. (2009). Breaking New Ground: The Convention on Cluster Munitions and the Evolution of International Humanitarian Law. *Human Rights Quarterly*. Vol. 31. 934-963.

Docherty, B. (2007). The Time Is Now: A Historical Argument for a Cluster Munitions Convention. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 20. 53-87.

Final document of the Third Review Conference of the High Contracting Parties To the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conven-

tional Weapons Which May Be Deemed To Be Excessively Injurious or To Have Indiscriminate Effects. *Doc. CCW/CONF.III/11*.

Geneva International Centre for Humanitarian Demining. (2009). *A Guide to Cluster Munition*, Geneva.

Human Rights Watch, International Human Rights Clinic of the Harvard Law School. (2010). *Fulfilling the Ban - Guidelines for Effective National Legislation to Implement the Convention on Cluster Munitions*. New York.

Human Rights Watch. (2010). *Meeting the Challenge Protecting Civilians through the Convention on Cluster Munitions*. New York.

International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition. (2013). *Cluster Munition Monitor 2013*.

International Campaign to Ban Landmines, Cluster Munition Coalition. (2011). *Cluster Munition Monitor 2011*.

Maresca, L. (2009). Introductory Note to the Convention on Cluster Munitions, *International Legal Materials*, 2(48). 354-369.

McDonnell, T.M. (2002). Cluster Bombs Over Kosovo: A Violation of International Law?. *Arizona Law Review*. 1(44). 31-129.

Norwegian People's Aid. (2007). *Yellow Killers – Impact of cluster munitions in Serbia and Montenegro*.

Раичевић, Н. (2013). *Забрањена оружја у међународном праву*, Ниш: Студентски културни центар.

UN Institute for Disarmament Research. (2008). *The Humanitarian Impact of Cluster Munitions*. Geneva.

Wiebe, V. (2000). Footprints of Death: Cluster Bombs as Indiscriminate Weapons under International Humanitarian Law. *Michigan Journal of International Law*. Vol. 22. 85-167.

Woudenberg, N., Wormgoor, W. (2008). The Cluster Munitions Convention: Around the World in One Year. *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 11. 391-404.

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

Should Serbia Accede to the Convention on Cluster Munitions?

Summary

Cluster munitions (cluster bombs) are complex weapons consisting of a metal container and a number of individual explosive submunitions (bomblets). The containers are mainly dropped from an aircraft or fired by means of shells or rockets, but cluster munitions can also be dispersed or released from dispensers affixed to an aircraft. Given the fact that cluster munitions are largely imprecise and have wide area effects, cluster munitions cause serious harm to civilians, not only during the attack but also years later.

The Convention on Cluster Munitions was adopted in 2008 with an aim to reduce the damage and detrimental consequences of these inhumane weapons. The Convention includes a definition of cluster munitions and imposes many obligations on the State Parties. The most important obligations pertain to the prohibition of using cluster munitions, destruction of stockpiles, clearance of contaminated areas and destruction of explosive remnants of cluster munitions, as well as the obligation to provide adequate assistance to cluster munitions victims. Additionally, the Convention imposes obligation on State Parties to cooperate and assist one another in the process of meeting these obligations.

Even though Serbian representatives actively participated in the negotiations preceding the adoption of the Convention on Cluster Munitions, the Republic of Serbia has neither signed nor ratified this Convention. Serbia may be linked to cluster munitions in a number of ways. First of all, Serbia is one of the states that still have stocks of cluster munitions, which were actually used in late 1990s. Moreover, during the NATO bombing in Serbia in 1999, a large quantity of cluster bombs was dropped in multiple locations, the result of which was a substantial number of human victims and contamination of urban and rural areas. In the process of deciding whether Serbia should accede to the Convention on Cluster Munitions, these facts must be taken into account. In particular, we should consider the military, financial and humanitarian consequences that Serbia may encounter once given the status of a State Party to this treaty.

Key words: *cluster munitions, Convention on Cluster Munitions, Republic of Serbia*

Др Љубица Ђорђевић,
Доцент Факултета за европске правно-
политичке студије, Нови Сад¹

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.341

Рад примљен: 06.10.2013.
Рад прихваћен: 14.10.2013.

КОНТРОЛА УСТАВНОСТИ ПРАВНИХ АКАТА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: На територији држава чланица Европске уније (ЕУ) осим унутрашњег права важи и право ЕУ. Унутрашњи правни поредак заснива се на супремацији устава, док се правни поредак ЕУ заснива на оснивачким Уговорима (Уговору о ЕУ и Уговору о функционисању ЕУ). С обзиром на специфичан положај устава у међусобном односу правног поретка државе чланице и поретка ЕУ, поставља се питање да ли приликом контроле уставности уставни суд може преиспитивати правне акте који се доносе на нивоу ЕУ? У првом делу рада истиче се комплексност односа између уставног права држава чланица и права ЕУ и указује да захтев за поштовањем уставног идентитета држава чланица у одређеним околностима може отворити простор за уставносудску контролу правних аката ЕУ. Други део рада бави се случајевима у којима уставни суд евентуално може испитивати уставност правних аката ЕУ. Контрола уставности усмерена је на заштиту поделе надлежности између државе чланице и ЕУ (у ком случају се испитује да ли је акт ЕУ *ultra vires*), на заштиту темељних уставних принципа на којима почива уставни идентитет, и на заштиту основних права. Поред тога, указује се и на неке дилеме у погледу уставносудске контроле закона путем којих се у домаћи правни поредак имплементирају директиве ЕУ. У трећем делу рада испитује се улога Суда правде ЕУ у поступку контроле уставности пред уставним судом, и то кроз поступак о претходном питању.

Кључне речи: уставност, уставни суд, контрола уставности, Европска унија, *ultra vires* акт, уставни идентитет.

1 ljubica.djordjevic@fepps.edu.rs

1. Увод

На територији држава чланица Европске уније (ЕУ) осим унутрашњег права важи и право ЕУ. Унутрашњи правни поредак заснива се на супрематији устава, док се правни поредак ЕУ заснива на оснивачким Уговорима (Уговору о ЕУ и Уговору о функционисању ЕУ²). Ови акти, устав и оснивачки Уговори, истовремено представљају споне између националног права и права ЕУ. У начелу, уставност домаћег правног поретка контролише уставни суд (било као функција или посебна институција), док о правоваљаности правног поретка ЕУ одлучује Суд правде ЕУ (даље: Суд правде). С обзиром на специфичан положај устава у међусобном односу правног поретка државе чланице и поретка ЕУ, поставља се питање: да ли приликом контроле уставности домаћег права уставни суд може преиспитивати правне акте који се доносе на нивоу ЕУ? Анализа овог проблема се у раду врши кроз три сегмента. У првом делу рада истиче се комплексност односа између уставног права држава чланица и права ЕУ и указује се да захтев за поштовањем уставног идентитета држава чланица у одређеним околностима може отворити простор за уставносудску контролу правних аката ЕУ. Други део рада бави се случајевима у којима уставни суд евентуално може испитивати уставност правних аката ЕУ. Контрола уставности усмерена је на заштиту поделе надлежности између државе чланице и ЕУ (у ком случају се испитује да ли је акт ЕУ *ultra vires*), на заштиту темељних уставних принципа на којима почива уставни идентитет, и на заштиту основних права. Поред тога, указује се и на неке дилеме у погледу уставносудске контроле закона путем којих се у домаћи правни поредак имплементирају директиве ЕУ. У трећем делу рада испитује се улога Суда правде у поступку контроле уставности пред уставним судом, и то кроз поступак о претходном питању.

2. Уставност у контексту европских (ЕУ) интеграција

Чланством у ЕУ, државе преносе на њу овлашћења да у одређеним областима доноси обавезујуће одлуке које имају примат над националним законодавством и које се могу евентуално непосредно применити. На нивоу ЕУ се ствара посебан правни поредак и успостављају се специфичне интерактивне везе између тог поретка и поредака држава чланица. У том контексту отвара се питање положаја устава држава чланица у сложеном односу националног правног поретка и правног поретка ЕУ. Једно од централних уставноправних спорења између ЕУ и држава чланица односи се на питање да ли право ЕУ има примат над националним уставима (Albi,

2 OJ EU C 115, 9. мај 2008.

2005: 170). Штавише, одређивање односа измеђи права ЕУ и уставног права држава чланица је једно од најкомпликованијих питања европског правног простора (Bogdandy, Schill, 2011: 1).

Однос националног права и права ЕУ може се сагледавати кроз принцип хијерархије, и то са позиције државног централизма или са позиције европског централизма. Међутим, пошто овакви приступи не пружају одговоре на све особености односа ова два правна поретка, у теорији се све више прибегава концептима „уставног плурализма“ (*constitutional pluralism*) или уставности на више нивоа (*multilevel constitutionalism*).

Према концепту државног централизма, устав је темељни правни акт који уређује однос између два правна поретка (домаћег и права ЕУ). Право ЕУ постаје обавезујуће за државу чланицу када она ратификује међународне уговоре на којима ЕУ почива, при чему се ратификација врши на основу уставноправних правила у домаћем праву. Устав је акт којим се право ЕУ пропушта у домаћи правни поредак и који успоставља правни оквир и границе за процес интеграције. Полазна тачка и циљ права ЕУ су државе чланице (Kirchhof, 2009: 1017), које су „господари уговора“ (*Herren der Verträge*). Примена права ЕУ и његов положај на територији државе чланице уређују се уставом, а правни поредак државе чланице представља јединство европског (ЕУ) и домаћег права у коме се устав налази на врху хијерархијске лествице. Евентуални конфликти између правне норме ЕУ и домаће правне норме решавају се према правилима домаћег права (Duyve, 2013: 147). Према државном централизму, држава чланица је врховни судија у односу између домаћег правног поретка и поретка ЕУ, чак и онда када је у потпуности преузела право ЕУ и када му даје примат (Duyve, 2013:148). Овакав концепт инкорпорације права ЕУ у национални правни поредак макар теоријски доводи до партикуларизације права ЕУ у 28 „националних“ делова (Varens, 2009: 430). Подређеност права ЕУ уставима држава чланица доводи у питање јединство права ЕУ на читавом простору ЕУ и своди право ЕУ на обично међународно право ускраћујући му карактер посебног правног поретка (Varens, 2009: 434).

На другом полу хијерархијског поимања односа између домаћег права и права ЕУ налази се европски монизам који у овом односу апсолутни примат даје праву ЕУ. Поредак који је створен на нивоу ЕУ нема чист међународноправни карактер, већ је аутономан, *sui generis* правни поредак. Из уговорног настанка комунитарног поретка не треба процењивати саму његову суштину, већ је одлучујућа структура која произилази из контекста уговора о оснивању, а која показује битне разлике у односу на друге међународноправне уговоре. Стога се овом поретку даје и уговорни

и уставноправни карактер (Streinz, 2001: 44, 45). Суд правде је још давне 1964. године у случају *Costa/E.N.E.L.* утврдио да је за разлику од обичних међународних уговора, Уговор о Европској економској заједници створио посебан правни поредак, који је при његовом ступању на снагу постао саставни део националних правних поредака држава чланица који њихови судови морају примењивати. Према ставу Суда, државе чланице су кроз оснивање Заједнице на неодређено време, која има сопствене органе, способност стварања права и деловања, и нарочито поседује суверена права која произилазе из ограничења или преноса одређених суверених надлежности држава чланица на Заједницу, ограничиле своју сувереност и створиле једну правну творевину која је обавезујућа и за њихове држављане и за њих саме.³ Право ЕУ представља затворени наднационални правни предак са аутономном „законодавном“ влашћу ЕУ, који поредак непосредно делује на грађане и који има примат над правом држава чланица, укључујући устав (Nicolaysen, 2004: 117). Међусобни однос права ЕУ и националног права заснива се на принципу првенства права ЕУ, који принцип подразумева да свака норма права ЕУ, како примарног тако и секундарног права ЕУ, има првенство над сваком нормом националног права, чак и онда када се ради о уставној норми. Ово правило заснива се на пракси Суда правде која је утемељена на одлуци у случају *Internationale Handelsgesellschaft*, у којој је суд истакао да и уставне одредбе, укључујући и оне темељне, морају да уступку пред начелом првенства права ЕУ (у време доношења одлуке, права Заједнице) (Scheffler, 2007: 52). Према одлуци Суда, на важење мере Заједнице (данас ЕУ) или њено дејство у држави чланици не могу да утичу оптужбе да је она у супротности са темељним правима формулисаним у уставу те државе чланице или његовим структурним принципима⁴. Примат права ЕУ не заснива се само на аутономији правног поретка ЕУ, већ и на практичној потреби да се право ЕУ униформно примењује у државама чланицама како би се обезбедило функционисање правног поретка ЕУ (Voßkuhle, 2010: 190). Међутим, првенство примене права ЕУ (нем. *Anwendungsvorrang*, енг. *Primacy*) не имплицира неминовно хијерархијски однос између националног и права ЕУ (Mayer, 2009: 597), који би постојао да је успостављен принцип првенства важења права ЕУ (нем. *Geltungsvorrang*, енг. *Supremacy*). Национална норма која је у супротности са правилом ЕУ није ништава, већ само непримењива у конкретном случају. Првенство примене права ЕУ представља колизионо правило у случају да се супротне норме националног права и права ЕУ односе на исти случај (Baumgartner, 2010: 310).

3 Предмет 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, ECR, 1964, 585.

4 Предмет 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECR 1970, 1125 (1134, para. 3)

Постављање уставног права држава чланица и права ЕУ у хијерархијски однос угрожава аутономију ова два правна поретка и симплификује комплексност структуре ЕУ и њеног односа са државама чланицама. Пирамидална структура правних аката на чијем челу се налази устав државе чланице, а испод кога су прави акти ЕУ, своди ЕУ на међународну организацију, а право ЕУ на „класично“ међународно право, што не одговара природи ЕУ. Са друге стране, хијерархијска подређеност устава праву ЕУ поништава његово својство као темељног државотворног акта и своди државе чланице на федералне јединице, при чему досадашњи ток европских интеграција показује да државе чланице нису спремне да се одрекну своје државности. Због тога однос између правног поретка ЕУ и уставног поретка држава чланица није вертикалан већ хоризонталан и није хијерархијски већ хетерархијски (Albi, 2005:176). Право ЕУ и уставно право држава чланица формирају два нивоа једног материјално-правно, функционално и институционално повезаног јединственог система који није хијерархијски структуриран (Mayer, 2009: 595). Реч је о два аутономна правна поретка који имају унутрашњу хијерархијску структуру, али чији се међусобни однос заснива на интеракцији и сарадњи (упор. Albi, 2005: 176, Papadopoulou, 2010: 14, Barents, 2009:439, von Bogdandy, 2009: 48, Bell, 2005: 735).

Уставност држава чланица ЕУ мора се посматрати у контексту отворене државности (*offene Staatlichkeit*) и чињенице да устав кроз посебне норме (тзв. интегративна клаузула)⁵ отвара канал за продирање права ЕУ у домаћи правни поредак. Са друге стране, и поредак ЕУ преко чл. 4. ст. 2. Уговора о ЕУ⁶ успоставља везу према уставном поретку држава чланица јер посебно наглашава да ЕУ поштује национални идентитет држава чланица, који је нераздвојно повезан са њиховим темељним политичким и уставним структурама, и да поштује темељне државне функције. Ова одредба одражава плуралистички приступ односу између права ЕУ и уставног права држава чланица и кроз захтев за поштовањем уставног идентитета држава чланица отвара могућност за уставне судове држава чланица да, под одређеним ограниченим условима, поставе уставне границе за примат права ЕУ (Von Bogdandy, Schill, 2011: 3).

5 Детаљније о интегративној клаузули види у: Ђорђевић, Љ. (2010). Ustavni okvir za pristupanje Evropskoj uniji. *Pravni život*. 59 (12). 439-453.

6 OJ EU C 115, 9. мај 2008.

3. Уставни судови држава чланица ЕУ као чувари устава

У сфери правног поретка држава чланица уставни суд (било као функција највишег суда, или као посебан државни орган) је чувар уставности и коначни арбитар у уставним споровима. С обзиром на специфичност права ЕУ поставља се питање да ли евентуалне контрадикторности између устава и правних аката ЕУ могу бити предмет уставног спора и да ли уставни суд може одлучивати о неуставности акта који је донет на нивоу ЕУ. Одговор на ово питање није јединствен за све државе чланице ЕУ. Пре свега, државе чланице имају различита правила о хијерархијском односу устава и права ЕУ. По том питању је могуће утврдити три групе држава, оне које признају апсолутни примат права ЕУ (Холандија), оне које у начелу признају примат права ЕУ али за примат постављају границе и резерве (Италија, Немачка, Данска, Белгија, Шпанија, Шведска, Ирска, Велика Британија) као и државе које прокламују супрематију устава (Француска, „нове“ чланице) (упор. Grabenwarter, 2009: 123 и даље). Следствено томе, ако је устав на врху хијерархијске лествице то у начелу отвара простор и за контролу уставности правних аката ЕУ. И ту одговор није једноставан и јединствен већ зависи од положаја уставног суда у свакој држави чланици и надлежности које су му додељене. У државама са „јаким“ уставним судом извесније је да се овај упусти у контролу уставности правних аката ЕУ.

Принцип лојалне сарадње и обавеза држава чланица да предузимају све одговарајуће мере како би испуниле обавезе које произилазе из Уговора о ЕУ или аката органа ЕУ⁷, као и принцип да се национално право тумачи сагласно праву ЕУ, утичу на чињеницу да оцена уставности аката ЕУ није честа појава и да је ограничена. Два су кључна разлога због којих право ЕУ може бити предмет контроле уставности: ако акт ЕУ излази изван оквира пренетих надлежности (*ultra vires*) или крши темељне уставне принципе на којима се заснива „уставни идентитет“ државе. Поред тога, разлог за интервенцију уставног суда може бити и заштита основних права.

За разлику од државе, ЕУ нема надлежност о надлежности (*Kompetenz-Kompetenz*) и, у складу са принципом додељених надлежности, може делати само у оквирима надлежности које су јој Уговорима пренеле државе чланице зарад остварења циљева који су њима утврђени⁸. Државе чланице задржавају за себе све надлежности које нису пренеле на ЕУ⁹. Надлежности које државе чланице пренесу на ЕУ могу бити искључиве или подељене¹⁰.

7 Види чл. 4. ст. 3. Лисабонског Уговора о ЕУ.

8 Чл. 5. ст. 2. Лисабонског Уговора о ЕУ.

9 Чл. 4. ст. 1. у складу са чл. 5. ст. 2. Лисабонског Уговора о ЕУ.

10 Види чл 3. – чл. 6. Уговора о функционисању ЕУ, ОЈ ЕУ С 115, од 9. маја 2008.

Уколико државе на ЕУ у одређеној области пренесу неку искључиву надлежност, у том случају само ЕУ може да врши законодавну делатност и доноси правно обавезујуће акте. У оваквим ситуацијама државе чланице могу то исто чинити само уколико су за то овлашћене од ЕУ или у сврху примене аката које је усвојила ЕУ.¹¹ Надлежности могу бити пренете и као подељене, при чему и државе чланице и ЕУ у дотичној области могу вршити законодавну делатност и доносити правно обавезујуће акте¹². У овим надлежностима важи принцип супсидијарности, према коме ЕУ делује само онда када државе чланице, било на централном, регионалном или локалном нивоу, не могу довољно остварити циљеве предвиђене мере, већ услед обима или дејства мере они могу бити боље остварени на нивоу ЕУ¹³. Било да врши искључиву или подељену надлежност, ЕУ се мора придржавати принципа пропорционалности, тако да мере које предузима и у погледу форме и у погледу садржине не смеју да излазе изван оквира онога што је неопходно да се остваре циљеви Уговора¹⁴.

Правни основ за пренос надлежности са државе чланице на ЕУ налази се у уставу, који садржи норме које одређују оквир и обим преноса надлежности. Конкретна подела надлежности између ЕУ и држава чланица као и њихови међусобни односи регулисани су уговорима на којима почива ЕУ. Уговори, као и сви акти ЕУ који произилазе из њих, морају се кретати у оквирима уставно детерминисаног преноса надлежности са државе на ЕУ. Контрола преноса надлежности врши се најпре у односу на уговоре о ЕУ. Уставни суд може оцењивати уставност уговора, што се најчешће дешава у вези са ратификацијом уговора. Мерило оцене уставности је уставна норма која омогућава пренос надлежности на ЕУ, чиме уставни суд у крајњој консеквенци има надлежност и одговорност за уставност примарног права ЕУ у националном правном поретку (упор. Kirchof, 2009: 1037). У погледу секундарног права ЕУ, секундарни акт ЕУ који је *ultra vires* супротан је темељним уговорима ЕУ и као такав може се побијати пред Судом правде. Међутим, *ultra vires* секундарни акт супротан је и уставној норми која је правни основ за пренос надлежности, па стога може бити и предмет уставног спора (упор. Lhotta/Ketelhut, 2006: 468, fn. 32).

Питање уставносудске контроле *ultra vires* аката ЕУ појавило се са ратификацијом Уговора из Мастрихта, при чему је одлука немачког Савезног уставног суда, праћена одлуком данског Врховног суда, постала

11 Чл. 2. ст. 1. Уговора о функционисању ЕУ.

12 Чл. 2. ст. 2. Уговора о функционисању ЕУ.

13 Чл. 5. ст. 3. Лисабонског Уговора о ЕУ.

14 Чл. 5. ст. 4. Лисабонског Уговора о ЕУ.

централна за европски уставноправни дискурс. Оба суда су установила да су државе, кроз уставом регулисану процедуру, прихватиле да делегирају неке надлежности као би их вршиле заједно са другим државама чланицама. Делегирање надлежности мора да остане стриктно у границама Уговора (Albi, 2005: 184). Оба суда су потврдила апсолутну супрематију националног устава и, у комбинацији са захтевом за сувереношћу, задржала за себе право да контролишу да ли органи ЕУ делају у границама овлашћења које су им пренеле државе чланице (Albi, 2005: 185, види и Grabenwarter, 2009, 125-126, Lhotta/Ketelhut, 2006: 474 и даље). Немачки Савезни уставни суд је у Лисабонској одлуци истакао да једино он има право да у поступку контроле *ultra vires* акта ЕУ одлучи да је такав акт непримењив. Лисабонска одлука је значајна јер је у њој суд ограничио контролу *ultra vires* аката на случајеве у којима је прекорачење надлежности очигледно и у којима се правна заштита не може обезбедити на нивоу ЕУ¹⁵. За контролу уставности *ultra vires* аката ЕУ је важна и одлука немачког Савезног уставног суда у случају *Honeywell*¹⁶ у којој су дефинисани процесни и материјални услови за овакву контролу. Према одлуци суда, да би немачки суд могао да одлучује да је неки акт ЕУ *ultra vires* неопходно је да претходно пред Судом правде покрене поступак о претходном питању. Немачки судови могу контролисати акте ЕУ тек пошто је Суд правде донео одлуку (Möllers, 2011: 165). Материјални услови за допуштеноост контроле *ultra vires* аката, и евентуалну одлуку о непримењивости таквог акта, односе се на захтев да повреда надлежности мора бити очигледна и да има значајне последице на систем расподеле надлежности између ЕУ и држава чланица (Möllers, 2011: 165, Wendel, 2011: 129).

Иако родоначелник идеје о уставносудској контроли *ultra vires* аката, немачки Савезни уставни суд до сада никад није донео одлуку да неки акт ЕУ излази изван оквира додељених надлежности и да је као такав непримењив у немачком правном поретку. И пракса других судова (пре свега данског и пољског) указује да судови за себе задржавају могућност овакве контроле, али је фактички не врше. Изузетак представља чешки Уставни суд који је донео „револуционарну“ одлуку у којој је одлуку Суда правде прогласио актом *ultra vires* и као такву непримењивом (необавезујућом)¹⁷.

15 BVerfG, 2BvE 2/08, одлука од 30.6.2009. пара. 240. Види Wendel, 2011: 129.

16 BVerfG, 2 BvR 2661/06, одлука од 6. јула 2010.

17 Детаљније у Petrova, L. (2013). The Judgment of the Czech Constitutional Court in the “Slovak Pensions” Case and its Possible Consequences (In Light of the Fortiter in Re Suaviter in Modo Principle). *The Lawyer Quarterly*. 3(2). 86-101, као и у Komárek, J. (2012). Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares

Други разлог да се неки акт ЕУ прогласи неуставним је да он крши темељне уставне принципе који чине „уставни идентитет“ државе. Уставни идентитет је растегљив појам и од саме државе зависи које све вредности он обухвата. У ствари, најчешће је уставни суд тај који одређује шта све потпада под уставни идентитет, при чему му неодређеност појма оставља простор да „тактизира“ и задржи флексибилност у одговору на специфичне ситуације конфликта између устава и права ЕУ (упор. *Bogdandy, Schill, 2011: 24*). Немачки Савезни уставни суд везује национални идентитет за „клаузулу вечности“ (*Ewigkeitsklausel*) у чл. 79. ст. 3. Основног закона (*Grundgesetz*) која забрањује његову промену у погледу принципа демократије, правне државе, социјалне државе, републиканског облика владавине, федералне структуре власти и поштовања људског достојанства и основних права. И уставни судови осталих држава чланица ЕУ схватају национални идентитет на сличан начин. У принципу, захтев за очувањем уставног идентитета држава чланица подразумева да ЕУ вршећи своје надлежности не сме да угрожава државност држава чланица, нити да крши основне принципе правне државе, основне демократске принципе, језгро основних права, а у федералним државама и принцип федералне организације државе (*Bogdandy, Schill, 2011: 20 и 23-24*). Ове вредности уживају посебну заштиту, изузете су од примата права ЕУ, и могу бити мерило за оцену уставности аката ЕУ.

Заштита основних права је такође оквир у коме се до одређене мере може испитивати уставност аката ЕУ. Релевантност заштите основних права за уставност аката ЕУ одсликава „*Solange*“ доктрина која се заснива на две одлуке немачког Савезног уставног суда. У одлуци познатој као *Solange I*¹⁸ из 1974. године суд је резервисао за себе право да оцењује право ЕУ (тада право Заједнице) у односу на одредбе Основног закона докле год (*Solange*) Заједница нема каталог основних права који је компатибилан са оним из Основног закона (*Voßkuhle, 2010: 191*). Суд је на тај начин себи доделио улогу коначног арбитра у питањима основних права, отварајући могућност да пружа супсидијарну заштиту у односу на комунитарно секундарно право са аспекта немачког каталога основних права (*Lhotta/Ketelhut, 2006: 470 и 471*)¹⁹. С обзиром на развој заштите основних права на нивоу Заједнице,

a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires*; Judgment of 31 January 2012, Pl. US 5/12, *Slovak Pensions XVII. European Constitutional Law Review*. 8. 323-337.

18 BVerfG, 2 BvL 52/71.

19 Сличну одлуку донео је италијански Уставни суд 1973. године у случају *Frontini* према којој основна права представљају границе за пренос суверенитета на Заједницу. Одлучујући у случају *Fragd* 1989. године овај суд је потврдио да може оцењивати одређене правне норме Заједнице у односу на основна права која гарантује италијански

пре свега кроз праксу Суда правде, немачки Савезни уставни суд мења свој став и 1986. године успоставља стандард заштите познат као *Solange II*²⁰. Суд се у принципу није одрекао надлежности да оцењује акте ЕУ (тада Заједнице) с аспекта сагласности са основним правима, али он неће вршити ову надлежност докле год заштита основних права на нивоу ЕУ одговара стандардима успостављеним Основним законом (упор. Voßkuhle, 2010: 192, Sadurski, 2006: 2). Суд потврђује овај став у одлуци познатој као „*Bananenmarkt-Entscheidung*“²¹ у којој се истиче да уставне жалбе или захтеви судова за конкретку контролу уставности, којима се побија секундарно право ЕУ због кршења основних права Основног закона, у основи нису допуштени, осим уколико не покажу да је развој права у ЕУ укључујући праксу Суда правде после доношења одлуке *Solange II* деградирао испод захтеваног стандарда основних права. У контексту тренутног нивоа заштите основних права на нивоу ЕУ, контрола уставности секундарног права са аспекта основних права делује само као теоријска и хипотетичка могућност.

Питање контроле уставности правних аката ЕУ отвара се и у односу на контролу закона или других аката домаћег права који се доносе са циљем да се имплементирају директиве ЕУ. С тим у вези отвара се питање обима уставносудске контроле оваквих аката домаћег права. Са аспекта форме, реч је о домаћим прописима и у том смислу они би требало да буду подвргнути „редовној“ контроли уставности у пуном обиму. Међутим, са аспекта садржине, ови акти нису акти домаћег права у правом смислу јер садрже норме које су преузете из акта (директиве) ЕУ. С обзиром да је уставносудска контрола аката ЕУ ограничена, поставља се питање да ли овакви акти домаћег права могу бити предмет контроле и да ли се на њих примењују правила „редовне“ контроле уставности или је њихова контрола ограничена у складу са ограничењима постављеним за контролу уставности правних аката ЕУ. У неким државама чланицама овакви закони уопште не могу бити предмет контроле уставности. У неким државама чланицама допуштена је пуна контрола уставности оваквих закона у погледу оних норми које су резултат слободне процене домаћег законодавства, док контрола норми које су директно преузете из директиве није могућа.

Устав. Ипак, италијански Уставни суд до сада није вршио овакву контролу. Види Sadurski, 2006: 2, fn. 4.

20 BVerfG, 2 BvR 197/83.

21 BVerfG, 2 BvL 1/97.

4. Упућивање претходног питања Суду правде ЕУ

Аутономија правног поретка ЕУ огледа се у постојању посебног суда на нивоу ЕУ (Суд правде) који штити право ЕУ. Попут уставног суда државе чланице који је финални арбитар у погледу очувања уставности националног правног поретка, Суд правде има последњу реч у односу на очување правног поретка ЕУ. Како би се обезбедило јединство правног поретка ЕУ и очувао принцип правне сигурности, Суд правде је једини надлежан да поништи правни акт ЕУ. У одлуци *Foto-Frost*²² Суд правде је заузео став да судови држава чланица могу да испитују важност аката ЕУ и да доносе одлуку да је акт ЕУ у пуном обиму правоваљан. Домаћи судови, међутим, нису надлежни да поништавају акте ЕУ. Уколико суд државе чланице решавајући у конкретном спору сматра да је неки акт ЕУ противправан он може (или чак мора) покренути поступак о претходном питању пред Судом правде. Кроз поступак о претходном питању Суду правде је обезбеђена улога врховног тумача права ЕУ, јер је он једини и у крајњој линији искључиво овлашћен да утврди шта јесте право ЕУ (Radi-vojević, Knežević-Predić, 2008: 174). Сваки суд државе чланице има право да се обрати Суду правде и покрене поступак о претходном питању, а вршење овог права зависиће од процене суда да ли је одлука о претходном питању неопходна за доношење пресуде (чл. 267. ст. 2. Уговора о функционисању ЕУ). Међутим, такво дискреционо право ускраћено је домаћим судовима чије се одлуке не могу побијати правним лековима у домаћем праву, јер су они у обавези да Суду правде упуте претходно питање (чл. 267. ст. 3. Уговора о функционисању ЕУ). Према пракси Суда правде, домаћи суд последње инстанце није у обавези да се обрати Суду правде ако је Суд већ раније одлучивао о истом питању (*acte éclairé*) или је правилно тумачење права ЕУ тако очигледно да не постоји разумна сумња у погледу одговора на постављено питање (*acte clair*)²³.

Пракса уставних судова држава чланица у погледу упућивања претходног питања Суду правде је различита. Тако напр. уставни судови Немачке, Шпаније и Португалије никада до сада нису упутули претходно питање Суду правде. С друге стране, уставни (одн. врховни судови) Белгије, Холандије, Данске, Ирске, Луксембурга, Грчке, Аустрије, Финске, као и Дом лордова Велике Британије имају праксу обраћања Суду правде. Уставни суд Италије је 2008. први пут упутуио претходно питање. Досадашња пракса уставних судова држава чланица које су 2004. и 2007. приступиле ЕУ показује да ови судови нису склони упућивању претходног питања и онда када имају прилику за то. Уставни суд Мађарске је прогласио неуставним

22 Предмет 314/85, ECR 1987, 4199.

23 Предмет 283/81, CLFIT, ECR 1982, 3415.

закон путем кога је имплементирана уредба ЕУ о вишку пољопривредне продукције без обраћања Суду правде. Аргументација суда је била да је предмет одлуке уставност мађарског закона, а не важење или тумачење права ЕУ. Врховни суд Естоније (који врши уставносудску функцију) прогласио је закон којим се имплементира иста уредба за непримењив, и то због кршења права ЕУ, и то без да Суду правде упути претходно питање. Уставни суд Пољске је одлучујући о неуставности Европског налога за хапшење такође пропустио да се обрати Суду правде. Уставни суд Чешке је у једној одлуци из 2006. године потврдио начелну спремност да Суду правде упути претходно питање.²⁴

У поступку о претходном питању Суд правде тумачи право ЕУ или одлучује о његовој ваљаности и не може тумачити национално право нити оцењивати његову усаглашеност са правом ЕУ (упор. Radivojević, Кнежевић-Пређић, 2008: 178). Суд правде је финални арбитар у сфери правног поретка ЕУ, док уставни суд има коначну реч у очувању уставности правног поретка државе чланице. У том смислу одлука Суда правде по претходном питању може имати различита дејства на уставносудску контролу домаћег суда. Најпре, тумачење права ЕУ које је Суд правде изнео у одлуци по претходном питању обавезује уставни суд који је то питање упутио. У решавању уставног спора, уставни суд је дужан да узме у обзир тумачење Суда правде. При том треба имати на уму да поштовање тумачења Суда не мора неизоставно водити до утврђивања уставности акта ЕУ. Што се тиче одлуке Суда правде о ваљаности правног акта, она може имати двојак дејство на одлучивање уставног суда. Уколико Суд правде утврди ништавост секундарног правног акта ЕУ он на тај начин утиче на уставни спор пред домаћим уставном судом јер га фактички елиминише. Ситуација је компликованија уколико Суд правде утврди да је секундарни правни акт ЕУ ваљан, јер одлуку о уставности таког акта коначно доноси национални уставни суд. Он може узимајући у обзир одлуку Суда правде и тумачећи домаћи устав сагласно праву ЕУ утврдити сагласност овог аката ЕУ са уставом. Међутим, може се десити и да је акт ЕУ, иако је у оквирима правног поретка ЕУ правоваљан, супротан уставу. Ако уставни суд утврди да је правни акт ЕУ у супротности са уставом, блокираће његову даљу примену у националном правном поретку. Оваква одлука уставног суда има правно дејство у правном поретку државе чланице, али не утиче на обавезу државе да поштује право ЕУ и обезбеђује му примену. У том смислу, одлука уставног суда може узроковати кршење уговорних обавеза државе чланице у односу на ЕУ. Како би се то избегло, уставни суд може

24 Детаљније о пракси уставних одн. врховних судова да упућују претходно питање Суду правде види у: Mayer, F.C., 2009: 564 и даље.

привремено одложити дејство своје одлуке и препустити законодавцу да у одређеном року отклони противуставну ситуацију, што може водити и до промене устава.

5. Закључак

Чланством у ЕУ правни поредак државе се отвара и постаје пропустљив за право које се ствара на нивоу ЕУ. Правна веза између правног поретка државе чланице и правног поретка ЕУ заснива се на уставу држава чланица и уговорима на којима почива ЕУ. Због специфичне природе ЕУ ова два правна поретка нису у хијерахијском односу већ чине две аутономне сфере једне целине. С обзиром на отворену државност која прати интеграцију у ЕУ поставља се питање положаја устава у специфичном односу између унутрашњег правног поретка и поретка ЕУ. С тим у вези отвара се питање уставности у контексту европских интеграција, односно да ли и правни акти донети на нивоу ЕУ подлежу контроли уставности коју врше национални судови. У начелу, право ЕУ и унутрашње право државе чланице су два аутономна правна поретка, у којима о важењу и тумачења прва ЕУ одлучује Суд правде, а контролу над очувањем уставности спроводи уставни суд државе чланице. Исто тако у начелу, Суд правде не може одлучивати о националном праву државе чланице, нити пак уставни суд може поништавати акте ЕУ. Међутим, полазећи од супрематичности устава и захтева да се поштује уставни идентитет државе чланице, уставни судови држава чланица могу, додуше у изузетним случајевима и уз ограничења, оцењивати уставност правних аката ЕУ. Контроли уставности могу бити подвргнути уговори на којима почива ЕУ (најчешће у поступку ратификације), али и секундарни правни акти ЕУ. Контрола уставности у тим случајевима усмерена је на заштиту поделе надлежности између државе чланице и ЕУ (у ком случају се испитује да ли је акт ЕУ *ultra vires*), на заштиту темељних уставних принципа на којима почива уставни идентитет, и, макар хипотетички, на заштиту основних права. Поред тога, уставносудској контроли подлежу и закони путем којих се у домаћи правни поредак имплементирају директиве ЕУ. Ако уставни суд утврди неуставност правног акта ЕУ он постаје непримењив у унутрашњем праву. Одлука уставног суда не утиче на обавезу државе да поштује право ЕУ и обезбеђује му примену, па се противправна ситуација мора решити у унутрашњем правном поретку и то тако да истовремено очува уставност и обезбеди примена права ЕУ.

Контрола уставности правних аката ЕУ представља „граничну зону“ у међусобном односу уставног права државе чланице и права ЕУ и у односу

уставних судова држава чланица и Суда правде. Узимајући у обзир да се односи између држава чланица и ЕУ заснивају на принципу лојалне сарадње, уставни судови се ретко конфронтирају са правом ЕУ и Судом правде. Може се рећи да уставни судови желе да задрже улогу врховног арбитра и последњег чувара уставности и у односу на правне акте ЕУ, али да уставносудска контрола правних аката ЕУ остаје последње уочиште у очувању уставности и унутрашњег правног поретка.

Литература

- Albi, A. (2005). *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barents, R. (2009). The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism. *European Constitutional Law Review*. 5. 421-446.
- Baumgartner, G. (2010). Verfassungsrechtliche Normenkontrolle und EU-Recht. *Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR)*. 65. 295-324.
- Bell, J. (2005): French Constitutional Council and European Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 54. 735-744.
- Dyevre, A. (2013). European Integration and National Courts: Defending Sovereignty under Institutional Constraints?. *European Constitutional Law Review*. 9. 139-168.
- Ђорђевић, Лј. (2010). Ustavni okvir za pristupanje Evropskoj uniji. *Pravni život*. 59 (12). 439-453.
- Grabenwarter, C. (2009). Staatliches Unionsverfassungsrecht. U: A. Von Bogdandy, J. Bast (Prir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (str. 121-175). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.
- Kirchhof, P. (2009). Der europäische Staatenverbund. U: A. Von Bogdandy, J. Bast (Prir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (str. 1009-1043). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.
- Komárek, J. (2012). Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU *Ultra Vires*; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, *Slovak Pensions XVII*. *European Constitutional Law Review*. 8. 323-337.
- Lhotta, R., Katelhut, J. (2006). Bundesverfassungsgericht und Europäische Integration. U: R.C. van Ooyen, M.H.W. Möllers (Prir.) *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Mayer, F.C. (2009). Verfassungsgerichtsbarkeit. U: A. Von Bogdandy, J. Bast (Prir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (str. 559-607). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.

Möllers, C. (2011). German Federal Constitutional Court: Constitutional *Ultra Vires* Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*. *European Constitutional Law Review*. 7. 161-167.

Nicolaysen, G. (2004). Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft. U: W.Widenfeld (Prir.), *Die Europäische Union. Politisches System und Politikbereiche* (str. 109-124). Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.

Papadopoulou, L. (2010). Vom Prinzip des „Vorrangs“ zur pluralistischen Auffassung der Rechtsquellen. *IEV-Online* No. 3. <http://deposit.fernuni-hagen.de/2853/1/papadopoulou-ievonline2010nr3.pdf> (приступљено 29. септембра 2013.)

Petrova, L. (2013). The Judgment of the Czech Constitutional Court in the “Slovak Pensions” Case and its Possible Consequences (In Light of the Fortiter in Re Sua-viter in Modo Principle). *The Lawyer Quarterly*. 3(2). 86-101. <http://www.ilaw.cas.cz/tlq/index.php/tlq/article/view/70> (приступљено 29. септембра 2013.)

Radivojević, Z., Knežević-Predić, V. (2008). *Institucije Evropske unije*. Niš: Sven. Sadurski, W. (2006). “Solange, chapter 3”: *Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*. EUI Working Paper LAW No. 2006/40. <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6420/LAW-2006-40.pdf?sequence=1> (приступљено 29. септембра 2013)

Scheffler, J. (2007). Das französische Verfassungsverständnis angesichts der Anforderungen des EG/EU-Rechts. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*. 67. 43-88.

Streinz, R.(2001). *Europarecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

Von Bogdandy, A. (2009). Grundprinzipien. U: A. Von Bogdandy, J. Bast (Prir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (str. 13-71). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.

Von Bogdandy, A, Schill, S. (2011). Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*. 48. 1–38.

Voßkuhle, A. (2010). Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund. *European Constitutional Law Review*. 6. 175-198.

Wendel, M. (2011). Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives. *European Constitutional Law Review*. 7. 96-137.

Ljubica Đorđević, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of European Legal and Political Studies, Novi Sad

Constitutional Review of EU Law

Summary

Due to the specific position of the constitution in the relationship between the national legal order and the EU legal order, the main question in this article is whether constitutional courts of the EU member states can perform the constitutional review of EU legal acts. In general, the EU law and the national law of a member state are two autonomous legal orders. The Court of Justice of EU decides on the validity of the EU law whereas the national constitutional court decides on the constitutionality of the national legal order. In general, neither can the Court of Justice decide about the national law nor can the constitutional court invalidate the EU legal acts. Yet, given the supremacy of the constitution and the obligation of the EU to respect the constitutional identity of its member states, constitutional courts of member states can, under some restrictions and in exceptional circumstances, perform the constitutional review of EU legal acts. In such cases, the constitutional review of EU acts is aimed at protecting the division of competences between the EU and the member state (ultra vires review), protecting the fundamental constitutional principles that are essential for the constitutional identity of the state, or protecting the fundamental rights. If the constitutional court declares an EU legal act to be unconstitutional, it cannot be implemented in the national legal order. The constitutional court's decision does not affect the obligation of the member state to observe the EU law and to ensure its implementation. The legal anomaly that has emerged from the unconstitutionality of the EU legal act has to be resolved in the national legal order in the way that preserves the constitutionality but also ensures implementation of the EU law. In final consequence, the decision of the constitutional court can give rise to a constitutional amendment.

Key words: *constitutionalism, constitutional court, constitutional review, European Union, ultra vires act, constitutional identity*

Радзивилюк Валерия Викторовна,
Доц. к.ю.н. юридический факультет,
Киевский национальный университет
имени Тараса Шевченко (Украина)

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.736(477)

Рад примљен: 01.10.2013.

Рад прихваћен: 28.10.2013.

ХАРАКТЕРНЫЕ ПРИЗНАКИ МИРОВОГО СОГЛАШЕНИЯ КАК СУДЕБНОЙ ПРОЦЕДУРЫ БАНКРОТСТВА ПО ЗАКОНУ УКРАИНЫ О БАНКРОТСТВЕ

Аннотация: В статье осуществлено теоретическое исследование проблем, связанных с новейшей правовой регламентацией положениями Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве. В ходе предлагаемого исследования выявляются существенные недостатки и пробелы в правовом регулировании указанных отношений, а также высказываются пожелания, по совершенствованию нормативного оформления мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве.

Ключевые слова: Мировое соглашение, Банкротство, Несостоятельность, Производство по делу о банкротстве.

1. Введение

Реформирование экономики и переход Украины в русло мирового экономического развития обуславливает углублённое изучение не только процессов, составляющих основу рыночных преобразований, но и инструментов, с помощью которых происходит осуществление названных преобразований. Законодательство о банкротстве рассматривается как один из важнейших инструментов институциональных преобразований. Наличие эффективного законодательства о банкротстве способствует созданию условий стабильного экономического роста и устойчивости национальной экономической системы.

Исходя из современных тенденций, особое внимание, как в Украине, так и в зарубежных странах уделяется правовому регулированию отношений

предупреждения банкротства, которое является неотъемлемой частью общего процесса упорядочения рыночных отношений.

В системе судебных и досудебных процедур предупреждения банкротства немаловажная роль отводится такой судебной процедуре банкротства как мировая сделка.

В независимой Украине возможность применения названной судебной процедуры появилась только в 2000 году, по той причине, что первой редакции Закона Украины «О банкротстве»¹ мировое соглашение не было известно.

Поэтому исследование положений законодательства Украины о банкротстве, посвященных мировому соглашению с точки зрения эффективности его правового оформления является в настоящее время актуальным.

2. Общие положения

Правовая регламентация мирового соглашения аккумулирована в Разделе V третьей редакции² Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом»³ (далее по тексту Закон Украины о банкротстве).

Мировое соглашение как судебная процедура банкротства характеризуется целым рядом, присущих только ей законодательно закрепленных особенностей, к которым, в частности, относятся следующие:

Данной судебной процедуре банкротства присущи специфические цели:

во-первых, это материально-правовые цели, а именно: погашение требований кредиторов полностью, частично или прощение (списание) долгов. Урегулирование долгов неплатежеспособного должника (банкрота) иными путями; предупреждение ликвидации имущества должника (банкрота); сохранение его как субъекта хозяйствования и продолжение его деятельности (ч.1 ст.77 Закона Украины о банкротстве);

во-вторых, это процессуальная цель – прекращение производства по делу о банкротстве (ч.6 ст.81, ч.1 ст.83 Закона Украины о банкротстве)

1 Про банкрутство: Закон України від 14.05.1992 р., №2343-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 31. – Ст. 440.

2 Про внесення змін до Закону України „Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом“: Закон України від 22. 12. 2011 р., № 4212-VI // Офіційний вісник України. – 2012. - № 5. – Ст. 164.

3 Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р., № 2343-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 31. – Ст. 440.

и прекращение действия соответствующих процедур банкротства, в пределах которых было заключено и утверждено мировое соглашение (ч.8 ст.77 Закона Украины о банкротстве).

Мировое соглашение, как судебная процедура банкротства может быть введена на любой стадии производства по делу о банкротстве (ч.2 ст.77 Закона Украины о банкротстве) и соответственно может быть заключено как в процедуре распоряжения имуществом должника, в процедуре санации, так и в ликвидационной процедуре.

Особенные ограничения, которые касаются заключения мирового соглашения в пределах судебных процедур банкротства, в сущности, предусмотрены в законодательном порядке только относительно процедуры распоряжения имуществом должника. Заключаются они в том, что в названной процедуре обращение к мировому соглашению возможно только после выявления всех кредиторов должника и утверждения хозяйственным судом реестра их требований (ч.2 ст.77 Закона Украины о банкротстве). Такие ограничения могут существовать и при осуществлении судебной процедуры санации. Например, при применении такой меры восстановления платежеспособности, как продажа целостного имущественного комплекса должника, в случаях, когда вырученная от продажи названного имущества сумма является недостаточной для удовлетворения требований кредиторов в полном объеме. Именно в данном случае, отдельными предписаниями Закона Украины о банкротстве, предусмотрена возможность заключения мирового соглашения (абз.1 ч.8 ст.33). Даже при наличии нормы, установленной абз.2 ч.8 ст.33 Закона Украины о банкротстве, относительно того, что управляющий санацией не имеет права осуществлять расчёты с кредиторами до утверждения хозяйственным судом мирового соглашения, открытым остаётся вопрос: зачем кредиторам заключать подобное мировое соглашение? В результате реализации в судебной процедуре санации такой меры как продажа целостного имущественного комплекса, должник лишается какого-либо имущества и естественно уже не имеет возможности продолжать предпринимательскую деятельность, а следовательно, и получать доходы. В этом случае, условиями мирового соглашения может быть предусмотрено лишь частичное прощение долгов. Поэтому в указанной ситуации, при наличии «мертворождённых» норм ч.8 ст.33 Закона Украины о банкротстве, более целесообразным представляется непосредственный переход к ликвидационной процедуре и признание должника банкротом.

Не является возможным заключение мирового соглашения в пределах ликвидационной процедуры после завершения расчётов с кредиторами.

Законодательством чётко очерченный круг лиц, которые могут выступать в качестве сторон мирового соглашения.

Мировое соглашение, как судебная процедура банкротства может быть применена как к неплатежеспособному должнику, так и к лицу, которое признано хозяйственным судом банкротом (ст.77 Закона Украины о банкротстве).

Таким образом, сторонами мирового соглашения выступают: должник (банкрот) и коллегиальный орган кредиторов (в ст. 77 Закона Украины о банкротстве предписывается, что в данном случае таким коллегиальным органом выступает комитет кредиторов).

3. Порядок заключения мирового соглашения

Нелишним будет привести весьма уместный вывод М. А. Рожковой относительно того, что «одной из самых «заметных» особенностей мирового соглашения в деле о банкротстве признаётся порядок принятия решения о её заключении» (М. А. Рожкова, 2005: 414).

Решение о заключении мирового соглашения со стороны должника (банкрота) принимается руководителем должника (в процедуре распоряжения имуществом должника) или управляющим санацией (в процедуре санации должника) или ликвидатором – в ликвидационной процедуре. Причем собственник имущества должника либо орган уполномоченный управлять имуществом должника наделяется Законом Украины о банкротстве правом принимать участие в обсуждении условий мирового соглашения в судебных процедурах санации и ликвидации (ч. 4, 6 ст.77).

Если стороной мирового соглашения выступает должник (банкрот) – государственное предприятие или предприятия, в уставном капитале которых доля государственной собственности превышает 50 процентов, то арбитражный управляющий обязан предварительно согласовывать мировое соглашение с органом, уполномоченным управлять государственным имуществом. Названный орган, в свою очередь, в десятидневный срок со дня получения проекта мирового соглашения обязан его рассмотреть и предоставить свой вывод о согласовании проекта мирового соглашения или отказе в таком согласовании.

Со стороны кредиторов решение о заключении мирового соглашения должно быть принято коллегиальным органом кредиторов, который представляет интересы всех кредиторов при проведении процедур банкротства.

В данном случае, и в дальнейшем мы не дифференцируем коллегиальные органы кредиторов, ввиду того, что в Законе Украины о банкротстве существует проблема, связанная с неопределённостью и недостаточным размежеванием компетенции собрания и комитета кредиторов.

Следует отметить, что ещё до принятия третьей редакции Закона Украины о банкротстве автором данной статьи, было, предложено обратиться к опыту Российской Федерации и США. Ввиду того, что положения законодательства о банкротстве названных стран содержат полную, чёткую и системную регламентацию вопросов, касающихся порядка создания, состава коллегиальных органов кредиторов, организации и порядка проведения их заседаний, порядка принятия ими решений, размежевания их компетенции и т.д. (Радзивілюк Валерія Вікторівна, 2001; 156). И, естественно, необходимо как можно скорее, законодательно оформить отнесение принятия решения о заключении мирового соглашения к исключительной компетенции собрания кредиторов.

Особенности законодательного определенного порядка заключения мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве также заключаются в том, что должна иметь место совокупность условий, при наличии которых решение о заключении мирового соглашения считается принятым:

во-первых, за решение о заключении мирового соглашения должны высказаться большинство членов коллегиального органа кредиторов.

Особенностью мирового соглашения, как судебной процедуры банкротства, является то, что её условия становятся обязательными для всех конкурсных кредиторов. То есть, имеет место, игнорирование воли меньшинства кредиторов со стороны их большинства путём включения первых в число участников мирового соглашения против их воли.

Гарантией обеспечения прав кредиторов, которые не принимали участия в голосовании о заключении мирового соглашения или проголосовали против его заключения, является то, что для таких кредиторов условия мирового соглашения не могут быть установлены хуже нежели для кредиторов той же очереди, которые высказали согласие на заключение мирового соглашения (ч.4 ст.77 Закона Украины о банкротстве).

во-вторых, в наличии должно иметься письменное согласие на заключение мирового соглашения всех кредиторов, требования которых обеспечены залогом имущества должника, (ч.3 ст.77, ч.1 ст.80 Закона Украины о банкротстве);

Такое условие представляет собою дополнительную меру защиты интересов залоговых кредиторов.

Третьей редакцией Закона Украины о банкротстве введена отдельная статья, положения которой, посвящены исключительно регламентации порядка одобрения мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве залоговыми кредиторами. Названный порядок заключается в следующем: на протяжении семи дней со дня принятия коллегиальным органом кредиторов решения о заключении мирового соглашения, последнее подаётся на одобрение кредиторам, требования которых обеспечены залогом имущества должника.

Мировое соглашение считается одобренным залоговыми кредиторами, если все названные кредиторы высказались за её заключение.

В случае, если один или несколько залоговых кредиторов возражают против заключения мирового соглашения, другие кредиторам, требования которых обеспечены залогом имущества должника могут принять одно из следующих решений:

о выделе соответствующего залогового имущества из имущества должника, его продаже на аукционе в порядке, установленном Разделом IV Закона Украины о банкротстве, и удовлетворении требований такого кредитора (кредиторов) за счет полученных от продажи средств;

о выкупе долга в соответствии с данными реестра требований кредиторов.

В том случае, когда против одобрения мирового соглашения возражают все кредиторы, требования которых обеспечены залогом имущества должника, иные – необеспеченные (конкурсные) кредиторы также наделяются правом на принятие одного из приведённых выше решений.

Новеллы статьи 80 Закона Украины о банкротстве, по нашему мнению, не обеспечены достаточно регламентированным механизмом их реализации, не предусмотрены конкретные сроки осуществления названных решений и тому подобное.

Очевидно, если решения, предусмотренные ч.2, ч.3 ст.80 Закона Украины о банкротстве приняты и произошло их фактическое осуществление, то решение коллегиального органа кредиторов относительно заключения мирового соглашения уже не будет зависеть от мнения, по этому поводу кредиторов залоговых. Считаем, что законодатель, в данном случае, не должен быть безразличным. Желательно, чтобы это формализовалось соответствующим законодательным предписанием, которое должно

прийти на смену не совсем корректной норме ч.4 ст.80 названного Закона, утратившей своё действие.

Если же среди кредиторов должника (банкрота) есть органы государственной налоговой службы, то они обязаны, согласится при заключении мирового соглашения на его условия, которые предусматривают рассрочку, отсрочку или прощение (списание) догов или их части. То есть согласиться с удовлетворением части своих требований, наличие которых обусловлено неуплатой налогов, сборов (обязательных платежей), на условиях такого мирового соглашения, с целью обеспечения восстановления платежеспособности должника (банкрота).

Не смотря на то, что мировое соглашение должен подписать руководитель соответствующего органа государственной налоговой службы по месту нахождения должника, такой кредитор не является её стороной.

Закон Украины о банкротстве, в случаях предусмотренных абз.1 ч.2 ст.78 выделяет среди других кредиторов, названных в абз.8 ст.1 только органы государственной налоговой службы. Таким образом, напрашивается вывод, что «другие государственные органы, которые имеют, подтвержденные в установленном порядке документами требования относительно денежных обязательств к должнику» и выступают в качестве кредиторов в правоотношениях банкротства не подчиняются указанным в абз.1 ч.2 ст.78 названного Закона правилам. В данном случае, например, возникает вопрос: а если кредитором выступает таможенный орган, распространяются ли на него предписания абз.1 ч.2 ст.78 Закона Украины о банкротстве? Согласно с положениями п.1.2. ст.1, п.3.1. ст.3, подпункта 14.1.137. п.14.1. ст.14, п.224.2. ст.224 и других Налогового Кодекса Украины⁴ на названные органы должно, распространяться действие приведенной нормы абз.1 ч.2 ст.78 Закона Украины о банкротстве. Такие вопросы должны быть урегулированы Законом Украины о банкротстве.

Если мировое соглашение содержит условие о выполнении обязательств должника третьими лицами, то такое мировое соглашение, в соответствии с предписаниями ч. 9 ст.77 Закона Украины о банкротстве должно быть подписано руководителем третьего лица (если им является юридическое лицо) или субъектом предпринимательской деятельности – физическим лицом. В отличие от понимания данного положения судами, которое существовало во времена действия второй редакции Закона Украины о банкротстве, в соответствии с которым, третьи лица не принимали участия в заключении мирового соглашения и не подписывали его,

⁴ Податковий Кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р., № 2755-VI // Офіційний вісник України. – 2010. - № 92 (частина 1). - Ст. 3248.

хотя условия мирового соглашения были обязательными для них, что находило своё отражение в договоре про перевод долга, который выступал неотъемлемой частью мирового соглашения (Б.М. Поляков; 167).

Таким образом, третьи лица после подписания мирового соглашения становятся его стороной, а после утверждения данного соглашения хозяйственным судом, становятся стороной соответствующих договорных обязательств, в силу того, что они приняли на себя обязанности, которые в отношении них предусмотрены мировым соглашением. В данном ракурсе, в законодательно установленной возможности подписания мирового соглашения третьими лицами можно увидеть улучшение правового регулирования данного сегмента отношений банкротства.

4. Мировое соглашение в значении договора

В рамках производства по делу о банкротстве мировое соглашение выступает, как уже отмечалось и в качестве договора, заключённого между должником и его кредиторами, особенности которого проявляются, в том числе, и в своеобразии условий его заключения, и в своеобразии содержания такого договора.

Мировое соглашение, как договор в производстве по делу о банкротстве, должно заключаться в простой письменной форме. Общие требования к письменной форме договора можно найти в ч.1 ст.205, ст.207, ст.208 Хозяйственного кодекса Украины.⁵

Следует, полностью согласиться, с выводом В.С. Белых относительно того, что мировое соглашение, в производстве по делу о банкротстве не имеет ничего общего с соглашением между сторонами, которое может быть заключено, в частности, в исковом производстве (Белых В.С, 1996: 31). При заключении мирового соглашения, в производстве по делу о банкротстве отсутствует спор между сторонами и встречное волеизъявление сторон мирового соглашения; ограничивается принцип свободы договора, имеет место игнорирование воли меньшинства кредиторов со стороны их большинства и т. д. п.

Аналогичный вывод был обоснованный и высказанный еще несколько столетий назад Г.Ф. Шершеневичем, который отмечал по этому поводу, что мировое соглашение в конкурсном процессе отличается от гражданско - правовой сделки тем, что в мировом соглашении, которое заключается в конкурсном процессе отсутствует спорность, требования кредиторов

⁵ Господарський кодекс України: Закон України від 16.01. 2003 р., № 436 -IV // Офіційний Вісник України. – 2003. - № 11. – Ст. 462.

определены и признаны; нет взаимных уступок как в гражданско-правовой сделке, потому, что в мировом соглашении в конкурсном процессе уступка осуществляется только в пользу должника (.Шершеневич Г.Ф. 2000: С.439-440.)

Законодательно установлен круг кредиторов, на которых распространяется мировое соглашение – оно может быть заключено только в отношении требований, которые обеспечены залогом имущества должника, требований второй и последующих очередей, определённых ст.45 Закона Украины о банкротстве (ч.1 ст.78 Закона Украины о банкротстве). Данное законодательное положение определяет условия заключения мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве.

Законом Украины о банкротстве выделены те условия, которые составляют содержание договора, опосредствующего мировое соглашение в производстве по делу о банкротстве. Причём, законодательно закреплены как условия, которые мировое соглашение должно содержать, так и условия, которые названное соглашение может содержать (ч.4 ст.79). Условия мирового соглашения обязательно должны быть согласованы его сторонами, поскольку в ином случае будут отсутствовать основания для признания его заключённым. Радзивілюк В.В, Беяневич О.А., Віннік О.М, 2013: 490 – 491).

Существенными условиями мирового соглашения – договора, Закон Украины о банкротстве называет следующие:

- о размерах, порядке и сроках исполнения обязательств должника;
- об отсрочке или рассрочке или прощении (списании) долгов или их части.

Условия мирового соглашения об отсрочке или рассрочке или прощении (списании) долгов или их части могут быть все вместе предусмотрены конкретным мировым соглашением, или в мировом соглашении могут быть предусмотрены несколько видов названных условий в различных комбинациях, однако наличие хотя бы одного из таких условий является обязательным.

К дополнительным условиям, которые может содержать мировое соглашение, относятся:

- исполнение обязательств должника третьими лицами;
- обмен требований кредиторов на активы должника или его корпоративные права;

- удовлетворение требований кредиторов иными способами, не противоречащими закону.

Ознакомление с условиями мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве, даёт все основания присоединиться к выводу М.А. Рожковой, относительно того, что такие условия относятся к соответствующей группе преобразовательных условий, наличие которых в надлежащем образом заключённом и утверждённом мировом соглашении в дальнейшем обязательно приведёт к фактическому изменению обязанностей сторон в ранее существовавшем виде или прекращению прежних обязательств, путём их замены на новые или прекращению прежних обязательств полностью или частично (Рожкова М.А, 2005: 419).

Следовательно, надлежащим образом заключённое мировое соглашение в производстве по делу о банкротстве оказывают влияние на правоотношения, связывающие стороны данного соглашения и на определённых условиях изменяет и прекращает права и обязанности сторон, которые существовали до заключения мирового соглашения, регламентируя уже трансформированные отношения.

В связи с вышеизложенным, актуальным является умозаключение М.А. Рожковой, согласно которому мировое соглашение в значении договора, имеет самостоятельную правовую цель – защиту прав. Данная цель проявляется, в частности, в её направленности на: изменение, прекращение, установление новых прав и обязанностей (Рожкова М.А, 2005: 51).

5. Процедура рассмотрения мирового соглашения

Наличие законодательно определённой процедуры рассмотрения мирового соглашения хозяйственным судом.

Указанная процедура начинается с подачи в хозяйственный суд заявления об утверждении мирового соглашения. В отличие от второй редакции Закона Украины о банкротстве⁶, которой предусматривалось, что такое заявление уполномоченный подавать только арбитражный управляющий (ч.1 ст.38), ныне действующая редакция Закона расширила круг лиц, наделённых правом подавать в хозяйственный суд названное заявление – к таким лицам отнесены стороны мирового соглашения (ч.1 с.81).

⁶ Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство»: Закон України від 30.06.1999 р., №784-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 42-43. – Ст.378.

Законодательно установленный срок подачи заявления об утверждении мирового соглашения в хозяйственный суд составляет пять дней и исчисляется со дня заключения мирового соглашения его сторонами. Однако, Закон Украины о банкротстве не содержит правил, которых следует придерживаться, если названный срок пропущен. А это является важным, в связи с тем, что пропуск названного срока, даже по уважительным причинам, может служить для хозяйственного суда (естественно, не в качестве безусловного основания) побуждением для обращения к положениям ч.3 ст.81 Закона Украины о банкротстве. Что в свою очередь, может иметь своим последствием принятие судом решения об отказе в утверждении мирового соглашения в связи с нарушением порядка его заключения.

К заявлению об утверждении мирового соглашения должны быть приложены следующие документы:

- текст мирового соглашения;
- протокол заседания коллегиального органа кредиторов, на котором было принято решение о заключении мирового соглашения.

Законом Украины о банкротстве не предусмотрено конкретных требований к форме названного протокола. Возможно, в данном случае следует воспользоваться предписаниями Хозяйственно процессуального кодекса Украины, а именно статьи 81-1.⁷

По мнению О.А Латинина и Г. Вудуда, протокол заседания коллегиального органа кредиторов, на котором было принято решение о заключении мирового соглашения, должен содержать следующие сведения: число, месяц, год и место проведения заседания; наименование суда, номер дела, наименование должника; присутствующих на заседании и ссылку на их полномочия; устные заявления присутствующих на заседании; сведения о каждом кредиторе; сумму голосов и количество голосов, которое составляет большинство при голосовании; предложения, которые поступили относительно каждого вопроса повестки дня и результаты их голосования и т.д. (Латинін О.А., Вудуд Г.І, 2005: 93)

Считаем, такая детализация и тщательность при составлении названного протокола не является лишней. Так как протокол заседания коллегиальных органов кредиторов, составленный в соответствии с требованиями законодательства является одним из документов, который должен быть приложен к заявлению об утверждении мирового соглашения и который

⁷ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6.11.1991 р., №1798-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №6. – Ст. 56.

должен свидетельствовать, в том числе, о выполнении законодательно определённых требований, которые предъявляются при заключении мирового соглашения.

Кроме названных документов к заявлению об утверждении мирового соглашения должны быть приложены:

список кредиторов, их почтовые адреса, номер (код), который идентифицирует каждого из них как плательщика налогов и суммы задолженности;

обязательства должника относительно погашения задолженности по заработной плате перед работающими и уволенными работниками, денежные компенсации за все неиспользованные дни ежегодного отпуска и дополнительного отпуска работникам, которые имеют детей, иные выплаты, надлежащие работникам в связи с оплачиваемым отсутствием на работе (оплата времени простоя, случившегося не по вине работника, гарантии на время исполнения государственных или общественных обязанностей, гарантии и компенсации при служебных командировках, гарантии для работников, которые направляются для повышения квалификации, гарантии для доноров, гарантии для работников, которые направляются на обследование в медицинское учреждение, социальные выплаты в связи с временной утратой трудоспособности за счет средств предприятия и т.п.), а также выходного пособия, принадлежащего работникам в связи с прекращением трудовых отношений;

обязательств должника по возмещению всех затрат, возмещение которых предусмотрено в первую очередь, кроме требований кредиторов, обеспеченных залогом;

письменные возражения кредиторов, которые не принимали участия в голосовании о заключении мирового соглашения или проголосовали против заключения мирового соглашения, при их наличии;

предварительное согласование мирового соглашения с органом, уполномоченным управлять государственным имуществом, относительно государственных предприятий или предприятий в уставном капитале которых доля государственной собственности превышает 50 процентов.

Все вышеназванные документы, которые должны быть поданы в хозяйственный суд, выступают для последнего в качестве доказательств, которые могут подтвердить условия соблюдения порядка заключения мирового соглашения, установленного Законом Украины о банкротстве. Отсутствие какого либо из документов, которые должны быть приложены к заявлению об утверждении мирового соглашения, может служить основанием для отказа в его утверждении хозяйственным судом.

При получении хозяйственным судом заявления об утверждении мирового соглашения и иных требуемых документов, суд назначает дату рассмотрения названных документов и сообщает об этом стороны мирового соглашения. При этом законодательно установлено, что неявка, надлежащим образом уведомлённых сторон мирового соглашения, не препятствует рассмотрению дела хозяйственным судом.

Во время проведения судебного заседания в обязанности суда входит заслушать каждого присутствующего на заседании кредитора, у которого возникли возражения относительно заключения мирового соглашения, даже если на заседании коллегиального органа кредиторов он голосовал за заключение мирового соглашения (ч.2 ст.81 Закона Украины о банкротстве).

6. Утверждение мирового соглашения хозяйственным судом

Правовые последствия утверждения хозяйственным судом мирового соглашения.

Утверждение хозяйственным судом мирового соглашения влечёт за собой наступление целого ряда юридически значимых последствий.

К основному, из названных последствий относится прекращение производства по делу о банкротстве и прекращение действия судебных процедур распоряжения имуществом должника, санации и ликвидации. (ч. 8. ст.77, ч.6 ст.81 Закона Украины о банкротстве).

Таким образом, исполнение должником условий мирового соглашения происходит вне рамок производства по делу о банкротстве и соответственно вне контроля хозяйственного суда, то есть исполнение мирового соглашения осуществляется «должником добровольно без исполнительных документов суда» (Поляков Б.М, 2003: 163, 170).

Именно наличие данного правового последствия положено учёными – противниками понимания мирового соглашения как судебной процедуры банкротства в основу их аргументации.

Исходя из существующих мировых тенденций развития законодательства о банкротстве, несостоятельности, конкурсного законодательства, которые заключаются не только в создании новых экономико-правовых форм, опосредствующих процедуры банкротства (несостоятельности), конкурса, но и направленных на дальнейшую оптимизацию уже существующих процедур, считаем целесообразным, с целью усиления контроля за исполнением мирового соглашения, улучшением эффективности его

правовой регламентации и применения его на практике, предусмотреть в законодательном порядке нормы которыми были бы регламентированы правила предусматривающие, что к дню проведения судебного заседания, на котором должно быть рассмотрено заявление об утверждении мирового соглашения, коллегиальные органы кредиторов должны выбрать лицо, которое будет контролировать исполнение условий мирового соглашения, кроме того суду одновременно может быть предоставлено право назначения в порядке предусмотренном Законом Украины о банкротстве лица (возможно арбитражного управляющего), которое тоже будет осуществлять соответствующий контроль. В ходе которого, с определенной периодичностью хозяйственному суду должны предоставляться соответствующие отчёты относительно реализации условий мирового соглашения. Не лишним, будет ввести в Закон Украины о банкротстве прямую норму, которая бы предусматривала среди документов, которые должны быть предоставлены хозяйственному суду распорядителем имущества должника, управляющим санацией или ликвидатором до дня проведения судебного заседания на котором должно быть рассмотрено заявление об утверждении мирового соглашения соответствующий отчёт, который тоже должен быть рассмотрен в пределах именно этого судебного заседания.

Еще одним, тесно связанным с первым названным последствием является то что наличие такого участника производства по делу о банкротстве, как арбитражный управляющий, в этой процедуре не предусмотрено, так как с дня утверждения мирового соглашения прекращаются его полномочия.

Управляющий санацией или ликвидатор обязаны на протяжении пяти дней со дня утверждения хозяйственным судом мирового соглашения сообщить об этом орган или должностное лицо органа, к компетенции которого относится назначение руководителя (органов управления) должника, в случае необходимости обеспечить проведение собрания или заседания соответствующего органа и продолжить исполнять обязанности руководителя (органов управления) должника до назначения в установленном порядке руководителя (органов управления) должника (ч.7 ст.81 Закон Украины о банкротстве).

К существенным последствием утверждения хозяйственным судом мирового соглашения относится то, что со дня утверждения мирового соглашения должник приступает к погашению требований кредиторов согласно условиям данного мирового соглашения и в соответствии с очерёдностью, установленной Законом Украины о банкротстве (ст.45, ч.3 ст.78, ч.5 ст.81).

В случае утверждения мирового соглашения в судебном порядке и, в силу названного обстоятельства, актуальной становится норма Закона Украины о банкротстве, в соответствии с которой вводится запрет на односторонний отказ от утверждённого мирового соглашения её участниками (ч.3 ст.79).

Расторжение мирового соглашения или признание его недействительным происходит в пределах производства по делу о банкротстве.

7. Заключение

Данная статья посвящена исследованию имманентных признаков мирового соглашения в производстве по делу о банкротстве и анализу некоторых недостатков правового регулирования мирового соглашения по новейшей редакции Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом». Легальные признаки мирового соглашения, которые выявлены, в свою очередь, могут служить основой доказательственной базы, позволяющей отнести мировое соглашение к судебным процедурам банкротства. Если законодательством Украины мировое соглашение в производстве по делу о банкротстве признаётся самостоятельной судебной процедурой наряду с такими судебными процедурами как распоряжение имуществом должника, санация и ликвидация, то в национальной теории и в теории зарубежной отсутствует единство взглядов относительно мирового соглашения именно как судебной процедуры банкротства.

Основным аргументом учёных противников отнесения мирового соглашения к судебным процедурам банкротства является тот, что исполнение условий мирового соглашения происходит вне рамок производства по делу о банкротстве.

С целью совершенствования предписаний Закона Украины о банкротстве в целом и процедуры мирового соглашения, в частности, а также с целью, внести правовую определённость в понимание мирового соглашения, как судебной процедуры банкротства, было высказано предложение о необходимости законодательного закрепления положений, которые будут предусматривать обязанность суда и иных определённых участников производства по делу о банкротстве осуществлять контроль за исполнением мирового соглашения.

Литературы

Про банкрутство: Закон Украіни від 14.05.1992 р., №2343-ХІІ // Відомості Верховної Ради Украіни. – 1992. - № 31. – Ст. 440.

Про внесення змін до Закону Украіни «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»: Закон

Украіни від 22. 12. 2011 р., № 4212-VI // Офіційний вісник Украіни. – 2012. - № 5. – Ст. 164.

Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон Украіни від 14.05.1992 р., № 2343-ХІІ // Відомості Верховної Ради Украіни. - 1992. - № 31. – Ст. 440.

Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте / Марина Александровна Рожкова. – М.: Статут, 2005. – 572 с.

Радзивілюк В.В. Санація як судова процедура банкрутства: порівняльно-правове дослідження: дис. ... кандидата юр. наук: 12. 00. 04 / Радзивілюк Валерія Вікторівна. – К., 2001. – 241 с.

Податковий Кодекс Украіни: Закон Украіни від 02.12.2010 р., № 2755-VI // Офіційний вісник Украіни. – 2010. - № 92 (частина 1). - Ст. 3248.

Поляков Б.М. Закон Украины «Про восстановление платежеспособности должника или признание его банкротом»: Научно – практический комментарий / Б.М. Поляков; под общ. ред. Д. Н. Притыки. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 272 с.

Господарський кодекс Украіни: Закон Украіни від 16.01. 2003 р., № 436 -IV // Офіційний Вісник Украіни. – 2003. - № 11. – Ст. 462.

Белых В.С. Правовые основы банкротства юридических лиц: [учебн. пособ. для студ. высш. учеб. завед.] / Владимир Сергеевич Белых. – Екатеринбург. – Издательство Уральской юридической академии, 1996. – 87 с.

Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс / Габриэль Феликсович Шершеневич. -М.: «Статут», 2000. - 477с. - (Классика российской цивилистики).

Радзивілюк В.В. Актуальні питання банкрутства (неспроможності) у праві Украіни / В.В. Радзивілюк // Актуальні проблеми господарського права: навч. посіб [для студ. вищ. навч. закл.] / Беяневич О.А., Віннік.

О. М., Джури́нський В.О. та інш.; за ред. В.С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 478 – 493.

Про внесення змін до Закону України «Про банкрутство»: Закон України від 30.06.1999 р., №784-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 42- 43. – Ст.378.

Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6.11.1991 р., №1798-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

Латинін О.А., Вудуд Г.І. Основні процесуальні документи мирової угоди як судової процедури у справах про банкрутство / О.А. Латинін, Г.І. Вудуд // Санація та банкрутство. - 2005. - № 2. - С. 91 - 98.

*Радзивильук Валерія Вікторівна,
Доцент Правног факультета, Націонални универзитет
„Тарас Шевченко“, Київ (Україна)*

***Карактеристична обележја спорпоразума о поравнању у
судском поступку стечаја према Закону Украјине о стечају***

Апстракт

У чланку је спроведено теоријско истраживање проблема у вези најновијег правног регулисања споразума о поравнању у поступку стечаја према Закону Украјине о санації дужника и стечају. Истраживања су показала да постоје битни недостаци и празнине у правном регулисању наведених односа. Истовремено, указује се на мере усмерене на побољшање нормативног уређења института споразума о поравнању у поступку стечаја.

Кључне речи: споразум о поравнању, стечај, неликвидност, поступак стечаја.

*Radzyvilyuk Valeria, L.L.D.
Associate Professor, Faculty of Law "Taras Shevchenko",
National University of Kiev, Ukraine*

***Characteristics of Amicable Agreement in Bankruptcy
Proceedings under the Ukrainian Bankruptcy Law***

Summary

In this article, the author provides a theoretical study of the amicable agreement in bankruptcy proceedings. This issue is regulated in the latest Ukrainian Bankruptcy Act "On Restoring Debtor's Solvency and Declaring a Debtor Bankrupt". In this paper, the author sheds some more light on the significant drawbacks and gaps in the legal regulations of this issue and proposes some solutions aimed at improving the regulatory framework of the amicable agreement bankruptcy proceedings.

Key words: *amicable agreement, bankruptcy, insolvency, bankruptcy proceeding*

Др Дејан Вучетић,¹
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Предраг Димитријевић,²
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.341

Рад примљен: 06.10.2013.
Рад прихваћен: 25.10.2013.

СПЕЦИФИЧНОСТИ ПОСТУПКА ИЗДАВАЊА ГРАЂЕВИНСКЕ ДОЗВОЛЕ³

Апстракт: *О позитивној корелацији између грађевинске делатности и економског развоја не треба посебно елаборирати – та веза је доказана: грађевинска делатност је носилац развоја јер упошљава низ других привредних грана. У практичној примени правила поступка издавања грађевинских дозвола већ деценијама постоји мноштво проблема, који проистичу из његовог предугог трајања, дискутабилног квалитета просторних планова, сукоба између управноправне и грађевинске струке итд., а све то утиче на конкурентност Србије и отежано привлачење домаћих и страних инвестиција. Грешке у примени процесних одредби Закона о планирању и изградњи крећу се од оних техничке природе до озбиљнијих незаконитости – као што је кршење принципа саслушања странке. Рад је резултат истраживања аутора извршеног са циљем идентификовања управно-процесних посебности поступка издавања грађевинских дозвола у односу на норме општег управног поступка, како би се утврдило како његове специфичности утичу на ефикасност и ефективност у овој управној области. Након извршене анализе аутори су дошли до закључака у ком правцу би требало да се крећу најновије измене Закона о планирању и изградњи, односно других, секторских закона у овој области.*

Кључне речи: *посебни управни поступак, министарство надлежно за послове грађевинарства, локална самоуправа, јавна предузећа.*

1 dvucetic@prafak.ni.ac.rs

2 peca0909@yahoo.com

3 Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, финансираном од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

1. Увод

Поступак издавања грађевинских дозвола је посебан управни поступак. Уопште узев, управни поступак је систем процесних правила по којима поступају управни и други органи и организације када у управним стварима одлучују о правима, обавезама и правним интересима странака. Или, другачије речено, у питању је поступак доношења управних аката (решења и закључака) у управним стварима (Димитријевић, 2008: 5). Општа правила управног процесног поступања се примењују у свим управним областима и свим управним стварима. Међутим, неке управне области су толико специфичне да су норме општег управног поступка недовољне и због тога долази до модификације опште управне процедуре посебно прописаним правилима. У таквим ситуацијама кажемо да постоје посебни управни поступци који, такође, регулишу надлежност управних органа, форме радњи и управних аката, али увек само одређених врста органа и у одређеним, специфичним управним материјама.

„Општи управни поступак у односу на посебне управне поступке има допунски (супсидијарни) карактер што значи да се у управним областима за које је законом прописан посебан поступак у појединим питањима, поступа по одредбама тог посебног закона, а у свим другим питањима поступа се по одредбама Закона о општем управном поступку. Одредбе Закона о општем управном поступку примењују се онда кад не постоје прописи о посебним врстама поступка или у оним питањима која нису регулисана одредбама прописа о посебним управним поступцима (Поповић, Петровић, Прица, 2011: 175).“

Компаративно посматрано ово није случај у свим правним системима, већ само у онима у којима постоји „кровни“ тј. општи управни поступак од кога се касније одвајају посебне управне процедуре које се примењују у посебним материјама. Такво уређење управног поступања назива се још и аустријско-немачки систем. „Поред осталих, данас кодификације опште управне процедуре имају и Немачка, Швајцарска, Шпанија, Мађарска, Шведска, Норвешка, Бугарска, Израел, итд (Томић, 2002: 335).“

Исто тако, постоје државе које немају посебно нормиран општи управни поступак већ се свака посебна управна материја и процедура засебно регулише. У таквим системима, наводи Ратко Марковић:

„... сматра се да је за установљавање процедуре за доношење управних аката довољна судска пракса, јер се и тако постиже циљ формалног управног поступка - обезбедити заштиту странке одређеним процесним правима. Такав пример пружа француско право, у којем су, уместо у посебном закону, процесна правила за доношење управних

аката установљена у одлукама Државног савета и управних судова (Марковић, 2002: 299).“

Законом о планирању и изградњи⁴ уређују се првенствено услови и начин уређења простора, уређивање и коришћење грађевинског земљишта и изградња објеката, вршење надзора над применом одредаба Закона. Циљ доношења најновијег Закона о планирању и изградњи и његових каснијих измена био је олакшати инвеститорима изградњу, укључујући и поступак за издавање грађевинске дозволе за изградњу објеката који је по оценама великог броја стручних институција предугачак и превише компликован. Међу различитим одредбама материјалне, организационе и техничке природе, у овом Закону налази се велики број одредби процесног карактера. Процедуралне одредбе нису груписане у засебна поглавља, већ се, на жалост, налазе у различитим деловима Закона, чиме циљ усвајања новог Закона није у потпуности остварен. Такође, ефекти примене Закона су слаби или их уопште није било.

„Ново уведени институти (на пример конверзије) нису дали очекиване резултате, поједностављене процедуре нису функционисале, рокови се нису поштовали, нису се схватале поједине одредбе закона, нити суштина закона у целини. Већина одредаба захтевала је додатна тумачења или упутства, а тамо где су одредбе биле прилично јасне, администрација је правила тешкоће за њихову примену (Петровић, 2011: 5).“

Но, упркос томе Закон о планирању и изградњи „у концепцијском смислу је добро постављен, јер је на једном месту обрадио три међусобно повезане области: планирања и уређења простора, режима грађевинског земљишта и изградњу објекта“ (Пљакић, 2007: 779).

Према нашој анализи Закон о планирању и градњи садржи норме које регулишу следеће посебне управне поступке:

- поступак издавања локацијске дозволе,
- поступак издавања грађевинске дозволе,
- поступак издавања употребне дозволе,
- поступак легализације,
- поступак усвајања планских докумената,
- инспекцијске поступке и др.

4 *Сл. гласник РС*, 72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС и 24/2011.

Од наведених поступака ми ћемо се, у овом раду, концентрисати на норме које регулишу поступак издавања грађевинске дозволе. Претходно треба напоменути, да без обзира на то што Закон о планирању и изградњи садржи већи број посебних процесних норми, којима одступа од општег управног поступка, оне не смеју да противурече основним принципима у управном поступку. Такође, у поступку издавања грађевинске дозволе примењују се и одредбе Закона о општем управном поступку и то у оним питањима која нису регулисана одредбама Закона о планирању и изградњи.

2. Органи надлежни за издавање грађевинске дозволе

Према одредбама чланова 133. и 134. Закона о планирању и изградњи грађевинску дозволу за изградњу објеката издају три различита субјекта: министарство надлежно за послове грађевинарства, односно надлежни органи аутономне покрајине тј. јединице локалне самоуправе.

Министарство (и аутономна покрајина, када су у питању објекти на територији аутономне покрајине) издаје грађевинску дозволу за изградњу: 1) високих брана и акумулација; 2) нуклеарних објеката; 3) објеката за производњу, прераду, транспорт и складиштење нафте и гаса, и других врста горива; 4) објеката базне и прерађивачке хемијске индустрије, црне и обојене металургије, објеката за прераду коже и крзна, објеката за прераду каучука, објеката за производњу целулозе и папира и објеката за прераду неметаличних минералних сировина, осим објеката за примарну прераду украсног и другог камена; 5) стадиона за 10.000 и више гледалаца, објеката конструктивног распона 50 и више метара, објеката висине 50 и више метара, силоса капацитета преко 10.000 м³, објеката казнено-поправних установа, објеката за службене потребе дипломатско-конзуларних представништава страних држава, односно канцеларија међународних организација у Републици Србији, уколико је то прописано билатералним споразумом, као и стамбених комплекса вишепородичног становања када је инвеститор Република Србија; 6) одговарајућих врста хидроелектрана са припадајућом браном; 7) међурегионалних и регионалних објеката водоснабдевања и канализације, те одговарајућих постројења за припрему воде за пиће, те за пречишћавање отпадних вода; 8) одговарајућих регулационих радова за заштиту од великих вода градских подручја и руралних површина; 9) објеката у границама одговарајућих непокретних културних добара од изузетног значаја и културних добара уписаних у Листу светске културне и природне баштине, као и објеката у границама националног парка и објеката у границама заштите заштићеног природног добра од изузетног значаја; 10) одговарајућих постројења за третман неопасног отпада; 11)

постројења за третман опасног отпада, као и централна складишта и/или депоније за одлагање опасног отпада; 12) аеродрома; 13) путничких пристаништа, лука, пристана и марина; 14) државних путева првог и другог реда, путних објеката и саобраћајних прикључака на ове путеве и граничних прелаза; 15) јавне железничке инфраструктуре са прикључцима и метроа; 16) телекомуникационих објеката, односно мрежа, система или средстава који су међународног и магистралног значаја и они који се граде на територији две или више општина; 17) хидрограђевинских објеката на пловним путевима; 18) пловних канала и бродских преводница који нису у саставу хидроенергетског система; 19) регионалних депонија, односно депонија за одлагање неопасног отпада за подручје настањено са преко 200.000 становника; 20) објеката за производњу енергије из обновљивих извора енергије, као и електрана са комбинованом производњом снаге 10 и више MW.

Као што запажамо, надлежности Министарства обухватају најважније инфраструктурне објекте, еколошки најважније и посебно осетљиве објекте, објекте изузетног инвестиционог значаја. Против решења министарства није могуће изјавити жалбу, већ је одмах могуће покренути управни спор!

Покрајина горенаведене послове врши као поверене.

Јединице локалне самоуправе обављају, такође као **поверене**, поступке издавања грађевинских дозвола за изградњу оних објеката који нису одређени у члану 133. Закона. Према одредби члана 146. Закона о планирању и изградњи постављање и уклањање мањих монтажних објеката привременог карактера на површинама јавне намене (киосци, летње и зимске баште, тезге и други покретни мобилијар), споменика и спомен обележја на површинама јавне намене, балон хала спортске намене, надстрешница за склањање људи у јавном превозу и пловећих постројења на водном земљишту, такође обезбеђује и уређује јединица локалне самоуправе.

Делегација, односно поверавање, надлежности издавања грађевинске дозволе значи да републички органи задржавају право контроле и право преузимања тих послова у складу са одредбама чланова 55. и 56. Закона о државној управи.⁵

Уколико странка захтев за издавање грађевинске дозволе поднесе ненадлежном органу, он је, у смислу члана 56. став 3. и 4. ЗУП-а (зависно од начина предаје захтева), дужан да се огласи ненадлежним и предмет уступи надлежном органу.

5 *Сл. гласник РС*, 79/2005, 101/2007 и 95/2010.

3. Странке и други учесници у поступку издавања грађевинске дозволе

Према одредби члана 39. Закона о општем управном поступку⁶ странка је лице по чијем је захтеву покренут поступак или против кога се води поступак или које, ради заштите својих права или правних интереса, има право да учествује у поступку (Димитријевић, 2013: 333).

Учесници који су у процесном положају странке или на неки други начин учествују у поступку изградње објекта су:

- инвеститор – правно или физичко лице које гради објекат, односно „за чије се потребе гради објекат и на чије име гласи грађевинска дозвола“ сходно одредби члана 2 став 1. тачка 21. Закона о планирању и изградњи (инвеститор може одлучити да га у процесу добијања дозволе представља друго лице - пуномоћник, и да у границама овлашћења, уместо њега обавља радње у поступку које имају исто правно дејство као да су предузете од стране самог инвеститора);
- пројектант – одговорни пројектант може бити лице са стеченим високим образовањем одговарајуће струке, односно смера, на академским студијама другог степена (дипломске академске студије - мастер, специјалистичке академске студије) односно на основним студијама у трајању од најмање пет година и лиценцом за пројектовање (члан 128 став 1 Закона о планирању и изградњи);
- извођач радова – привредно друштво, односно друго правно лице или предузетник, које обавља изградњу објеката, односно извођење радова, а које је уписано у одговарајући регистар за грађење објеката, односно за извођење радова (члан 150 ст 1);
- надзорни орган (лице које врши стручни надзор) – правно или физичко лице чија делатност је пружање услуга у вршењу контроле градње;
- ревизиона комисија – генерални пројекат и идејни пројекат, претходна студија оправданости и студија оправданости за објекте из члана 133. Закона о планирању и изградњи подлежу ревизији (стручној контроли) комисије коју образује министар надлежан за послове грађевинарства;
- одговорни пројектант може бити лице са стеченим високим образовањем одговарајуће струке, односно смера, на академским студијама другог степена (дипломске академске студије - мастер, специјалистичке академске студије) односно на основним студијама у трајању од најмање пет година и лиценцом за пројектовање;

6 *Сл. лист СРЈ*, 33/97 и 31/2001 и *Сл. гласник РС*, 30/2010.

- одговорни планер – одговорни планер може бити лице са стеченим високим образовањем на академским студијама другог степена (дипломске академске студије - мастер, специјалистичке академске студије) односно лице са високом стручном спремом и најмање пет година радног искуства, које има стручне резултате на изради докумената просторног планирања и одговарајућу лиценцу (члан 37);
- урбаниста – одговорни урбаниста може бити лице са стеченим високим образовањем одговарајуће струке, на академским студијама другог степена (дипломске академске студије - мастер, специјалистичке академске студије) односно лице са високом школском спремом одговарајуће струке и најмање пет година одговарајућег радног искуства, које има стручне резултате на изради докумената урбанистичког планирања и одговарајућу лиценцу издату у складу са овим законом (члан 38).

Одлука (грађевинска дозвола) се увек издаје инвеститору а не пројектанту или неком другом евентуалном учеснику у поступку. Погрешно је схватање да је странка пројектант, чак и када заступа инвеститора на основу уговора о пуномоћју.

У поступку издавања грађевинске дозволе право на учешће у поступку, поред инвеститора имају и друга лица, а најчешће су то власници или носиоци права службености на суседним непокретностима. Управни органи врло често занемарују учешће ових лица у поступку, нарочито приликом извођења доказа (Пљакић, 2007: 781). Неучествовање таквих лица у окончаном поступку може као последицу имати коришћење одговарајућег ванредног правног средства, тј. понављања поступка.

За изградњу или извођење радова на грађевинском земљишту или објекту који је у власништву више лица, уз захтев за издавање грађевинске дозволе, прилаже се и оверена сагласност тих лица, а ако се радови изводе на припајању или претварању заједничких просторија у стан, односно пословни простор у стамбеним зградама, односно надзиђивању стамбене зграде, прилаже се и уговор закључен у складу са посебним законом.

Према правним правилима земљишнокњижног права укњижба је безусловно стицање и брисање права уписаних у земљишној књизи и дозвољава се само онда када је право чије се укњижење тражи потпуно доказано без икакве сумње о правном основу на који се односи. Право својине, према Закону о основама својинскоправних односа⁷ стиче се по самом закону, на основу правног посла и наслеђивањем (одредба члана 20). Право својине на непокретности стиче се уписом у јавну књигу или на

⁷ Сл. лист СФРЈ, 6/80 и 36/90, Сл. лист СРЈ, 29/96 и Сл. гласник РС, 115/2005 - др. закон.

други одговарајући начин одређен законом па се у том смислу и прилаже доказ о праву својине у поступку издавања грађевинске дозволе (одредба члана 33 Закона о основама својинско правних односа). Одредбом члана 15. став 4. истог закона предвиђено је да је за предузимање послова који прелазе оквира редовног управљања ствари (отуђење целе ствари, промена намене, издавање целе ствари у закуп, заснивање хипотеке на целој ствари, заснивање стварних службености, веће поправке и слично) потребна сагласност свих сувласника.

Међутим, када се изводе радови на припајању или претварању заједничких просторија у стан, односно пословни простор у стамбеним зградама, односно изградњи косог крова - санацији кровне конструкције, уз захтев за издавање грађевинске дозволе прилаже се и уговор закључен у складу са посебним законом, односно Законом о одржавању стамбених зграда.⁸ Уговор између инвеститора и стамбене зграде, који се закључује у писменој форми и оверава у суду служи као доказ о праву извођења радова. Одлука о извођењу тих радова доноси се сагласношћу власника станова и других посебних делова зграде којима припада више од половине укупне површине станова и других посебних делова зграде.

Право на учешће у поступку лица које има правни интерес, односно жели да интервенише у циљу заштите својих правних интереса или права (у складу са Законом о општем управном поступку), мора да докаже. Све трошкове настале у вези са доказивањем и евентуалним прибављањем стручног мишљења, сноси лице које је поднело захтев да интервенише.

Треба напоменути да ови други учесници у овом посебном управном поступку имају иста процедурална права као странка, посебно имајући у виду начело саслушања странке (позив, учешће у свим процесним радњама, право да прегледају документе, обавештења о одлуци, право на жалбу, коришћења ванредних правних средстава).

4. Покретање поступка за издавање грађевинске дозволе

За покретање било ког управног поступка потребно је да иницијатива потекне или од органа управе или од странке (физичког или правног лица). Пошто процес издавања грађевинске дозволе може бити покренут искључиво на захтев странке, њој мора бити дата одговарајућа улога. Захтев за грађевинску дозволу због тога може, с обзиром на кључну улогу коју има у изградњи објекта, поднети само инвеститор, или у његово

⁸ *Сл. гласник РС*, 44/95, 46/98, 1/2001 - одлука УСРС, 101/2005 - др. закон, 27/2011 - одлука УС и 88/2011.

име пуномоћник. Закон о планирању и изградњи изричито не регулише заступање преко пуномоћника па се у том случају примењују општа правила Закона о општем управном поступку односно Закона о парничном поступку, као супсидијарног закона.

Уз захтев за издавање прилаже се:

- 1) локацијска дозвола;
- 2) главни пројекат са извештајем о извршеној техничкој контроли;
- 3) доказ о праву својине, односно праву закупа на грађевинском земљишту;
- 4) доказ о уређивању односа у погледу плаћања накнаде за уређивање грађевинског земљишта;
- 5) доказ о уплати административне таксе.

Најважнији доказ о праву својине несумњиво је лист Катастра непокретности Републичког геодетског завода, којим се показује да инвеститор има право власништва или било које друго стварно право или обавезу на основу којег се може вршити изградња, односно други грађевински радови. За изградњу линијских инфраструктурних објеката, као доказ о праву својине служи коначно решење о експропријацији и доказ да је крајњи корисник експропријације обезбедио новчана средства у висини тржишне вредности непокретности, односно уговор о установљавању права службености са власником послужног добра. За изградњу или извођење радова на грађевинском земљишту или објекту који је у власништву више лица, уз захтев, прилаже се и оверена сагласност тих лица. Ако се радови изводе на припајању или претварању заједничких просторија у стан, односно пословни простор у стамбеним зградама, односно надзиђивању стамбене зграде, прилаже се и уговор закључен у складу са посебним законом. За изградњу енергетских објеката, уз захтев прилаже се и енергетска дозвола у складу са посебним законом. Закон о енергетици предвиђа обавезу прибављања енергетске дозволе као услова за изградњу: дакле, неопходно је прибављање дозвола од два различита Министарства!

5. Садржина грађевинске дозволе

Грађевинска дозвола је управни акт посебног назива којим надлежни орган, након што утврди да је планирана изградња у складу са актом о коришћењу земљишта да објекти планирани за изградњу испуњавају основне услове и да изградња неће утицати на права трећих лица и јавни интерес, одобрава изградњу и прописује посебне услове који се морају

узети у обзир. Поред састојака предвиђених правилима Закона о општем управном поступку (Вучетић, 2008: 175-196), примењују се одредбе члана 136. Закона о планирању и изградњи, која су конкретизована посебним Правилником о садржини и начину издавања грађевинске дозволе⁹.

Грађевинска дозвола садржи, нарочито, податке о:

- 1) инвеститору;
- 2) објекту чије се грађење дозвољава са подацима о габариту, спратности, укупној површини и предрачунској вредности објекта;
- 3) катастарској парцели на којој се гради објекат;
- 4) постојећем објекту који се руши или реконструише ради грађења;
- 5) року важења грађевинске дозволе и року завршетка грађења;
- 6) документацији на основу које се издаје.

Грађевинска дозвола се издаје решењем, у року од осам дана од подношења уредног захтева, а главни пројекат је саставни део решења. На решење се може изјавити жалба у року од осам дана од дана достављања. Ако је решење издало министарство надлежно за послове грађевинарства, односно надлежни орган аутономне покрајине, може се тужбом покренути управни спор (не жалба него одмах тужба Управном суду). Грађевинска дозвола издаје се за цео објекат, али може и за део објекта, ако тај део представља техничку и функционалну целину и на основу ње се изводе и припремни радови.

6. Привремена грађевинска дозвола

Према одредби члана 147 Закона о планирању и изградњи привремена грађевинска дозвола се издаје за изградњу: асфалтне базе, сепарације агрегата, фабрике бетона; самостојећих, анкерисаних метеоролошких анамометарских стубова, као и стубова за друге намене са пратећом мерном опремом привремене саобраћајнице и прикључци, као и за извођење истражних радова на локацији, у циљу утврђивања посебних услова за израду главног пројекта и за измештање постојећих инсталација.

На поступак издавања привремене грађевинске дозволе и њену садржину примењују се одредбе којима је регулисана садржина главног пројекта (члан 121.), захтев за издавање грађевинске дозволе (члан 135.) и садржина грађевинске дозволе (члан 136.). Уз захтев за издавање привремене грађевинске дозволе не прилаже се локацијска дозвола.

⁹ *Сл. гласник РС*, 93/2011.

Зависно од врсте објекта, односно радова, привремена грађевинска дозвола се доноси за тачно одређени период у коме се објекат може користити, односно изводити радови, а који не може бити дужи од три године од дана доношења привремене грађевинске дозволе. У случају да инвеститор сам не уклони привремени објекат у одређеном року, орган који је донео привремену грађевинску дозволу, по службеној дужности доставља захтев грађевинској инспекцији за уклањање. Жалба на решење грађевинског инспектора не задржава извршење решења.

7. Достављање решења о грађевинској дозволи

Решење се доставља странци у управном поступку у два примерка (подносиоцу захтева), а један примерак решења о грађевинској дозволи доставља се инспекцији која врши надзор над изградњом објеката. Ако је решење издало министарство/покрајина доставља се и јединици локалне самоуправе. Овде је чест проблем то што различити органи управе немају информације шта раде други органи.

8. Коначност, правноснажност и извршност грађевинске дозволе

Одлука која се више не може оспоравати жалбом постаје коначна, а уколико се не може оспоравати ни тужбом у управном спору постаје правоснажна. Значај коначности одлуке је у тесној вези са извршењем решења, јер извршност одлуке обично прати њену коначност, изузев ако другачије није предвиђено посебним законом. Стицањем својства коначности решења странка у питању може покренути поступак његовог спровођења односно остваривања права које је стекла.

Без обзира на чињеницу да је формални услов за почетак изградње правноснажна грађевинска дозвола, инвеститор може, на основу одредбе члана 138а Закона о планирању и изградњи започети изградњу на основу коначне грађевинске дозволе, али на **сопствени ризик**, што значи да инвеститор преузима ризик да дозвола у каснијим поступцима може бити укинута или поништена. Ако је странка покренула управни спор, а инвеститор из тог разлога не започне са грађењем објекта до правноснажности решења, инвеститор има право на накнаду штете и на изгубљену добит у складу са законом, ако се утврди да је тужба неоснована.

Као што смо напоменули на решење које је донело Министарство, односно покрајина није дозвољена жалба, док је против решења јединице локалне самоуправе могуће изјавити жалбу Министарству, односно надлежном органу покрајине за решења локалне самоуправе на њеној територији,

односно Граду Београду за решења градских општина до 800м². Овде се оправдано поставља питање зашто и другим градовима није додељена ова надлежност?

Један од елемената решења о грађевинској дозволи је рок важења грађевинске дозволе, односно рок у коме је инвеститор у обавези да отпочне са грађењем, односно извођењем радова. Након истека рока од две године од дана правноснажности решења, грађевинска дозвола престаје да важи уколико није отпочето са изградњом објекта. Решење којим се утврђује престанак важења грађевинске дозволе доноси орган надлежан за издавање грађевинске дозволе.

Претходни текст Закона није прописивао шта се дешава ако инвеститор у предвиђеном року започне са извођењем радова, али их не завршава. Из тог разлога многе грађевинске парцеле нису приведене планираној намени. У тој ситуацији пореског прихода није било, кочиле су се инвестиције, а несолвентни инвеститори нису сносили никакве санкције. Они су недовршене, односно започете објекте продавали и по више пута, најчешће савесним трећим лицима, чиме је правна сигурност била потпуно угрожена. Одредбом новог става 5. члана 140. Закона о планирању и изградњи нереализоване инвестиције имале би порески третман изграђеног објекта у складу са грађевинском дозволом, чиме ће се повећати правна сигурност, а несолвентни инвеститори би се дестимулисали да отпочну инвестицију без обезбеђених средстава за њено спровођење.

Грађевинска дозвола престаје да важи ако се у року од пет година од дана правоснажности решења којим је издата грађевинска дозвола, не изда употребна дозвола. Ово правило се не примењује на грађевинске дозволе за изградњу породичних стамбених зграда, које гради инвеститор ради решавања својих стамбених потреба и за објекте из члана 133. Закона, за које грађевинску дозволу издаје министарство надлежно за послове грађевинарства. Међутим, инвеститор има могућност да тражи одобрење да правоснажна дозвола остане на снази још две године након истека рока од пет година од дана правоснажности решења којим је издата грађевинска дозвола уколико испуни одређене услове, који се односе се на степен завршености објекта. Након истека рока важења грађевинске дозволе, нова грађевинска дозвола за исту локацију може се издати само на име другог инвеститора, који не спада у круг повезаних лица према посебним законима. Изузетно грађевинска дозвола се може издати на име лица која су током изградње од инвеститора купила објекат, односно посебне делове објекта.

9. Ванредна правна средства

Против издатих грађевинских дозвола могу да се користе ванредни правни лекови у складу са Законом о општем управном поступку, а у пракси се најчешће може јавити понављање поступка када странци није дато право да учествује у поступку.

Грађевинска дозвола је финална фаза у поступку изградње одређеног објекта и њеном издавању претходи вођење других управних поступака и издавање „претходних“ управних аката. Њихово уклањање из правног поретка може довести до понављања поступка.

Такође, издавање грађевинске дозволе често прати комбинација различитих управних аката и услуга у односу на исту странку, као што је, на пример, дозвола за рад у случају угоститељског објекта. У таквом случају, уклањање грађевинске дозволе из правног поретка (по жалби или тужби) значило би уклањање и пратећих дозвола.

10. Посебни случајеви грађења, односно извођења радова без прибављене грађевинске дозволе

Према одредби члана 143. Закона о планирању и изградњи, грађењу објекта, односно извођењу појединих радова може се приступити и без претходно прибављене грађевинске дозволе, ако се објекат гради непосредно пред наступање или за време елементарних непогода, као и ради отклањања штетних последица тих непогода непосредно после њиховог наступања, у случају хаварије на енергетским објектима или телекомуникационим системима, као и у случају рата или непосредне ратне опасности. Објекти о којима је реч, могу остати као стални, ако инвеститор прибави грађевинску дозволу, односно одговарајуће решење из члана 145. закона, у року од једне године од дана престанка опасности које су проузроковале његово грађење, односно извођење радова.

11. Изградња објеката и извођење радова за које се не издаје грађевинска дозвола

Према одредби члана 144. Закона о планирању и изградњи посебна врста објеката, односно радова за које није потребно прибављати акт надлежног органа за градњу, односно акт за извођење радова јесу: радови на текућем одражавању објекта или стана; постављање жичане или дрвене ограде; грађење објеката противградне одбране; грађење једноставних објеката који се граде на истој катастарској парцели на којој је саграђен главни

објекат, а који се изводе на начин да не ометају редовно коришћење суседних објеката; сточне јаме одређених карактеристика; гробнице и споменици на гробљу; пешачке стазе, плоче за обавештавање површине до 6 м² и друга опрема у заштићеним природним добрима; носачи антена, базне станице и средства одговарајућа електронских комуникација; контејнери за смештај електронско комуникационе и електроенергетске опреме и уређаја, микроророви за оптичке и друге каблове, типски ормани за унутрашњу и спољашњу монтажу за смештај опреме електронске комуникације и сл.; стубићи катодне заштите за челичне цевоводе и станице катодне заштите, ознаке километраже, ознаке скретања и заштитне луле на укрштањима са путевима и пругама на линијским инфраструктурним објектима типа гасовода, нафтовода и продуктовода.

Према одредбама члана 145 грађење помоћних и економских објеката дефинисаних у одредби члана 2. тач. 24) и 24а) Закона,¹⁰ извођење радова на инвестиционом одржавању објекта и уклањању препрека за особе са инвалидитетом, изградња секундарних, односно дистрибутивних мрежа комуналне инфраструктуре и уређење саобраћајница у оквиру постојеће регулације улица, реконструкција, адаптација, санација, промена намене објекта без извођења грађевинских радова, промена намене уз извођење грађевинских радова, извођење радова на раздвајању или спајању пословног или стамбеног простора, уградња унутрашњих инсталација у постојећи објекат, постављање антенских стубова и секундарних, односно дистрибутивних делова електронске комуникационе мреже, појединачни електродистрибутивни и електропреносни стубови, одговарајући део нисконапонске електродистрибутивне мреже, типске трансформаторске станице и делови електродистрибутивне мреже од трансформаторске станице до места прикључка на објекту купца, разводна постројења, мање црпне станице и мањи ски-лифтови, прикључци на изграђену водоводну, канализациону, гасну мрежу; компресорске јединице за гас, уређаји за испоруку гаса, соларни колектори и соларне ћелије, типски топоводни

10 Помоћни објекат јесте објекат који је у функцији главног објекта, а гради се на истој парцели на којој је саграђен главни стамбени, пословни или објекат јавне намене (гараже, оставе, септичке јаме, бунари, цистерне за воду и сл.). Економски објекти јесу објекти за гајење животиња (стаје за гајење коња, штале за гајење говеда, објекти за гајење живине, коза, оваца и свиња, као и објекти за гајење голубова, кунића, украсне живине и птица); пратећи објекти за гајење домаћих животиња (испусти за стоку, бетонске писте за одлагање чврстог стајњака, објекти за складиштење осоке); објекти за складиштење сточне хране (сеници, магацини за складиштење концентроване сточне хране, бетонирани сили јаме и сили тренчеви), објекти за складиштење пољопривредних производа (амбари, кошеви) и други слични објекти на пољопривредном газдинству (објекти за машине и возила, пушнице, сушионице и сл.).

прикључци, грађење зиданих ограда, врше се на основу решења којим се одобрава извођење тих радова, односно промена намене објекта, које издаје орган надлежан за издавање грађевинске дозволе.

Уз захтев за издавање ове врсте решења подноси се: 1) доказ о праву својине; 2) идејни пројекат, односно главни пројекат, односно технички опис и попис радова за извођење радова на инвестиционом одржавању (тзв. техничка документација); 3) информација о локацији за изградњу; 4) доказ о плаћању накнаде за уређивање грађевинског земљишта за изградњу гаража, остава и других сличних објеката. На наведену техничку документацију за изградњу водова и прикључака до изграђене мреже комуналне инфраструктуре, прибавља се сагласност јавног комуналног предузећа, односно привредног друштва коме је поверено обављање комуналне делатности.

12. Закључци и могућа побољшања правног оквира издавања грађевинских дозвола

У претходном делу рада показали смо да Закон о планирању и изградњи представља заокружену, и релативно добро конципирану целину, те да је потребно само прилагодити поступак издавања дозволе објектима чија изградња се тражи, тако што ће се за објекте једноставнијег типа дозволе издавати брзо и по једностављеној процедури. Број грађевинских радова који се изводе на основу обавештења надлежног органа, без прибављања грађевинске дозволе требало би повећати. Такође, неопходно је поједностављивање регулативе у области урбанистичког планирања, која је тренутно предимензионирана условима јавних предузећа, који не би требало да буду део плана. Суштина целог концепта реформе треба да буде смањење утицаја јавних предузећа, јер како је показало истраживање израђено у оквиру УСАИД-овог Пројекта за боље услове пословања од 400 дана, колико у просеку траје поступак добијања грађевинске дозволе у Србији, 80 процената отпада на поступке пред јавним предузећима.

Како се наводи у радној верзији Предлога концепта реформе поступка издавања грађевинских дозвола израђеног у оквиру УСАИД-овог Пројекта за боље услове пословања, најзанемариванији проблем у поступку је исказан у следећој констатацији:

„Велика овлашћења низа слабо контролисаних јавних предузећа и других јавних тела која су незаинтересована за већу ефикасност у вези са грађевинским дозволама, или чак намећу непотребне процедуре како би ојачали свој положај, односно оправдали неразумно високе накнаде (УСАИД, 2013:2)“.

Оптимизацију поступка издавања грађевинских дозвола потребно је стога извршити кроз прилагођавање тзв. секторских закона, односно подзаконских аката који заправо изазивају највише проблема. У том смислу било би потребно изменити поједине одредбе следећих закона: Закон о водама,¹¹ Закон о шумама,¹² Закон о јавној својини,¹³ Закон о јавним путевима,¹⁴ Закон о железници,¹⁵ Закон о енергетици,¹⁶ Закон о ванредним ситуацијама,¹⁷ итд.

Друга опасност која се стално изнова јавља приликом промена у овој области јесте питање тзв. „позитивног ћутања управе“, тј. да ће се, ако надлежни орган не донесе решење (изда грађевинску дозволу) у року од 30 дана сматрати да је издато позитивно решење. Искуства држава која су применом ове правне мере покушале да убрзају процес решавања управно-грађевинских ствари, а најсвежији пример је суседна Република Македонија, показују да се увођењем „позитивног ћутања управе“ у овој области отвара „Пандорина кутија“ која би још више повећала корупцију и створила низ нових, тешко премостивих правних проблема.

Уместо „позитивног ћутања управе“ законодавац би требало да омогући стварање реалних претпоставки за увођење једношалтерског система за издавање грађевинских дозвола који би допринео ефикасности поступка и отежао коруптивне радње.

Све ове измене требало би обавити у контексту ширег процеса побољшавања регулаторног оквира управљања грађевинским земљиштем, а пре свега земљиштем у јавној својини. Да подсетимо, Законом о локалној самоуправи¹⁸ као једна од нових надлежности јединица локалне самоуправе у Републици Србији предвиђено је управљање имовином (Димитријевић, Вучетић, 2011: 250). Требало би подстаћи преношење права јавне својине на неуређеном јавном грађевинском земљишту локалним самоуправама. Сврха ове мере била би да се локалне самоуправе са одговарајућим институционалним и кадровским капацитетима више ангажују, јер су оне најбоље позициониране за ефикасно стављање неискоришћених ресурса грађевинског земљишта у продуктивну функцију. Градови и

11 *Сл. гласник РС*, 30/2010 и 93/2012.

12 *Сл. гласник РС*, 30/2010 и 93/2012.

13 *Сл. гласник РС*, 72/2011.

14 *Сл. гласник РС*, 101/2005, 123/2007, 101/2011 и 93/2012.

15 *Сл. гласник РС*, 45/2013.

16 *Сл. гласник РС*, 57/2011, 80/2011 - испр., 93/2012 и 124/2012.

17 *Сл. гласник РС*, 111/2009, 92/2011 и 93/2012.

18 *Сл. гласник РС*, 129/2007.

општине, имајући у виду њихове надлежности у погледу просторног и урбанистичког планирања и уређивања грађевинског земљишта, имају кључну позицију и највећи интерес да обезбеде оптимално коришћење тог, за сада слабо или никако искоришћеног потенцијала.

Литература

Вучетић, Д. (2008). Типични случајеви манљивости форме управних аката у српској управно-процесној пракси. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Ниш: Правни факултет. 51, 175-196.

Димитријевић, П. (2008). *Управно право: општи део – књига друга*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Димитријевић П., Вучетић Д. (2011). *Систем локалне самоуправе*, Београд: ЈП Службени гласник.

Димитријевић, П. (2013). *Управно право: општи део*, Ниш: Свен.

Закон о ванредним ситуацијама. *Службени гласник РС*, бр. 111/2009, 92/2011 и 93/2012.

Закон о водама. *Службени гласник РС*, бр. 30/2010 и 93/2012.

Закон о државној управи. *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010.

Закон о енергетици. *Службени гласник РС*, бр. 57/2011, 80/2011 - испр., 93/2012 и 124/2012.

Закон о железници. *Службени гласник РС*, бр. 45/2013.

Закон о јавним путевима. *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 123/2007, 101/2011 и 93/2012.

Закон о јавној својини. *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

Закон о одржавању стамбених зграда. *Службени гласник РС*, бр. 44/95, 46/98, 1/2001 - одлука УСРС, 101/2005 - др. закон, 27/2011 - одлука УС и 88/2011.

Закон о општем управном поступку. *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.

Закону о основама својинско правних односа. *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 - др. закон.

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*, бр. 72/2011 и 49/2013 - одлука УС.

Закон о планирању и изградњи. *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС и 24/2011.

Закон о шумама. *Службени гласник РС*, бр. 30/2010 и 93/2012.

Марковић Р. (2002). *Управно право: општи део – друго поправљено и проширено издање*, Београд: Слово.

Петровић Н. (2011). *Коментар закона о планирању и изградњи: са подзаконским актима, примерима уговора и захтевима и прилогом (треће измењено и допуњено издање)*, Београд: Пословни биро.

Пљакић Љ. (2007). Управно-судска пракса изградње објеката према новом закону, *Право и привреда*, 5-8. 779-788.

Поповић С., Петровић М., Прица М. (2011). *Управно право: општи део*. Ниш: СВЕН.

Правилник о садржини и начину издавања грађевинске дозволе. *Службени гласник РС*, бр. 93/2011.

Томић З. (2002). *Управно право: систем (четврто, дотерано издање)*. Београд: Јавно предузеће Службени лист СРЈ.

USAID SRBIJA, M&P ASSOCIATES (2013). *Предлог концепта реформе поступка издавања грађевинских дозвола – радна верзија*. Београд: УСАИД пројекат за боље услове пословања (<http://www.naled-serbia.org/documents/vesti/2013-07-17/2013%2006,%20Koncept%20GD,%20v2.1.pdf>)

Dejan Vučetić, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Predrag Dimitrijević, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Special Features of Building Permits Issuing Procedure

Summary

The paper presents research results obtained by applying the standard corpus of legal methods, such as dogmatic, normative, teleological and axiological method. The goal is, first, to identify the characteristics of the procedure for issuing construction permits as a special type of administrative proceedings, and, second, to show whether they are the cause of reduced efficiency and effectiveness of this procedure.

The authors have grouped the provisions of the Planning and Construction Act into smaller parts specific for the structure of the General Administrative Procedure Act. These units are: issuing authorities; parties in the process of issuing building permits; filing and contents of building permits; temporary construction permits and service of permits; finality, absoluteness and enforceability of building permits; and legal remedies. Some problems were dealt with separately: special cases of construction, or construction works without obtained building permit, and construction of buildings and works that do not require building permits.

The paper proves that the Planning and Construction Act is a relatively well-formed and coherent system but that it is necessary to adjust the procedure of issuing building permits to the importance of objects that they going to be built. The authors conclude by stating that the problems in this special administrative area arise from the so-called accessory procedures, and that it is necessary to simplify the legal regime of urban planning and reduce the role of public enterprises in the process of obtaining building permits. To achieve this goal, it is necessary to change a number of specific sectoral Acts (which are listed in the conclusion of the paper), to introduce "one-stop shop" system for issuing building permits and to provide the capable local governments with more responsibility in this area.

Key words: *special administrative procedures, ministry in charge of construction, local government, public enterprises*

Др Александар Ђорђевић,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 340.15:728](47)"04/14"

Рад примљен: 30.09.2013.

Рад прихваћен: 10.10.2013.

ДРЕВНОРУСКИ ГРАДОВИ КАО ДРУШТВЕНИ ОКВИР РАЗВИЈЕНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА¹

Апстракт: У раду аутор истиче значај постепеног настанка и еволуције древноруских градова у средњем веку као важан предуслов за развијеност приватног права. У средњовековним европским друштвима то није уобичајена појава. Руски феудализам био је посебан, будући да је у многим градовима постојао разгранат робно-новчани промет. Занатство и трговина били су на веома високом степену развитка још у IX и X веку. Важан трговачки пут од Северног мора до Константинополиса повезивао је све важније древноруске градове. Унутрашњи развој ових градова такође је допринео постепеном стварању економских основа које су условиле развијеност стварног и облигационог права средњовековне Русије. Међу многобројним древноруским градовима као најзначајније треба издвојити Новгород и Псков, као и престонице Кијев и Москву.

Кључне речи: древноруски градови, приватно право, феудализам, занатство, трговина, средњи век.

Средњи век и феудализам обележени су неразвијеношћу робно-новчаног промета и непостојањем тржишта уопште, што је за последицу имало непостојање развијених градских центара. За разлику од Римског царства и Византије, економија нових ранофеудалних европских држава била је неколико векова заснована на натуралној затвореној привреди, са претежно сеоском производњом. Развој градова у Европи отпочео је тек у XI-XII веку. У том погледу, Русија није нимало заостајала за Западом. Напротив,

djole@prafak.ni.ac.rs

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

може се рећи да је у извесном смислу била и напреднија. Постоје подаци да су први стари руски градови увелико постојали још у IX-X веку.²

У читавој Европи се XI век сматра веком поновног обнављања, развоја и настанка нових градова. Уз италијанске, француске и немачке градове, постоје и градске средине у словенском свету, а посебно у Пољској, Чешкој и Русији. М. Н. Тихомиров оспорава тврдње појединих пољских и чешких истраживача о начину постанка градова на територији Западних Словена. Он се противи хипотезама да је развој словенских градова на територији Пољске и Чешке био условљен искључиво немачком колонизацијом. Насупрот тим теоријама, он износи тезу о самосталном развоју градова Западних и Источних Словена. Овај аутор истиче да ти градови ничу у срединама где претходно није било ни римских, ни византијских, ни германских насеобина и да они настају спонтано, као центри занатства и трговине. (Тихомиров, 1956: 5). Потврда његових размишљања јесте и чињеница да су древноруски градови од оснивања носили чисто словенске називе. Тешко је у таквим околностима и размишљати о пресудном значају страних утицаја на сам постанак тих словенских градова. Њих су основали Источни Словени. О древноруским градовима сведоче словенски, византијски и нормански извори. Веома је важно што је све то потврђено археолошким истраживањима спроведеним 50-тих година прошлог века.

Међу истраживачима ипак постоје извесна неслагања о узроцима постанка и свеобухватног развоја древноруских градова. Све полемике могу да се сведу на два супротстављена гледишта, делом опредељена и идеолошки. Представник буржоаске, такозване "дореволюционарне" историјске мисли, В. О. Кључевски, спољну трговину и важан трговачки пут од Северног мора до Константинополиса³ сматра одлучујућим чиниоцем постанка и развоја древноруских градова. (Ключевский, 1937: 123). Представник совјетске историографије, Б. Д. Греков, с друге стране, сматра да је земљорадња

2 Руски летописи дају несумњиво сведочанство о постојању 25 градова у том периоду. Међу њима се најзначајнијим сматрају Кијев, Новгород, Псков, Ростов, Полоцк, Смоленск, Чернигов, Изборск, Суздаљ и други градови. (Тихомиров, 1956: 13-14).

3 Трговачки пут који се у најстаријим историјским изворима називао "од Варјага до Грка". Ова формулација први пут је употребљена у *Повест временных лет*, тј. Повест минулих лета, Повест о древним временима или Први руски летопис, који је познатији као Несторов летопис, настао највероватније 1113-1115. године. (Оболенски, Оти: 64). "Варјази" представљају древноруски назив за Нормане, житеље Скандинавије који су имали одређену улогу у стварању прве руске државе. "Грци" су Ромеји, тј. становници Источног Римског Царства, односно Византије. Трговачки пут водио је од Балтичког мора, преко реке Неве и Ладолшког језера, реке Волхов, језера Иљмен, реке Ловате. После Ловате следио је сувоземни пут све до горњег тока Дњепра који се уливао у Црно море и водио до Константинополиса. (Лихачев, 1996: 144-145, 386-388).

била најважнији чинилац постепеног развоја градова и градског живота у средњовековној руској држави. (Греков, 1944: 250). У литератури постоји још једно, неутрално гледиште С. В. Јушкова који тврди да су древноруске градове оснивали кнежеви и бојари. (Јушков, 1939: 20-24).

М. Н. Тихомиров прихвата научне ставове Б. Д. Грекова и даље их разрађује тврдњом да градови настају у првом реду тамо где се развија сеоска привреда и у срединама у којима долази до одвајања трговине од занатства. По њиховом заједничком мишљењу, носиоци градског развоја су занатство и занатлије, а не трговци и трговина. У развијеним занатлијским срединама настаје градска околина која постепено тежи свом центру. По речима М. Н. Тихомирова, не треба потпуно искључити утицај трговине и важних трговачких путева, али им никако не треба дати главни значај у постанку и развоју старих руских градова. Као доказ он износи чињеницу да је највећа концентрација градова у раздобљу XI-XIII века присутна у областима Кијева, Перејаслава и Чернигова, односно у крајевима где је земљорадња била традиционално најразвијенија. Како даље тврди овај научник, занатска производња се постепено издвајала из земљорадње. Занатска производња била је кључан предуслов за изградњу градских "посада", занатлијских предграђа, а самим тим и за развој градова у древноруској држави. (Тихомиров, 1956: 58-63).

И поред научно утемељених ставова ових научника из совјетског периода, не треба ипак у потпуности одбацити становишта В. О. Кључевског о значају трговине, као ни размишљања С. В. Јушкова о кнежевско-бојарском утицају на настанак градова. Спољна трговина руских градова, а посебно трговачки пут од Балтичког до Црног мора у великој мери је утицао на развој, а раније и на само оснивање појединих средњовековних руских градова. Захваљујући трговини, а посебно размени добара са тада најразвијенијом и најбогатијом државом Византијом, дошло је до јачања економске основе северозападних руских градова (првенствено Новгорода и Пскова). Тај економски раст условио је у значајној мери и свеопшти развој руског северозапада. Реч је о градским срединама из којих иначе има највише извора приватног права. То посредно указује на ниво њиховог економског развоја, који је основа и за развијено приватно право, у првом реду за облигационо и стварно право.

И размишљања С. В. Јушкова не треба у потпуности искључити као основ за настанак и развој појединих древноруских градова. То се посебно односи на период освајачких ратних похода великих кијевских кнежева. Градови тада не настају широм Кијевске Русије као трговачки и занатлијски центри, већ као војна утврђења. Будући да се ранофеудална руска држава

у великој мери ослањала на освајачке ратове својих кнежева војсковођа, на појединим стратешки важним местима оснивају се војне насеобине које постепено прерастају у праве градове. Они настају као војне тврђаве, тј. као феудални дворци. С. В. Јушков тврди да је једина разлика од западноевропских замака била у томе што је древноруска војна тврђава била по правилу била дрвена и на обали реке. Таквих утврђења било је на десетине у готово свим европским средњовековним државама, а посебно у Русији XII века. (Јушков, 1939: 136). Можда тако и може да се објасни импозантан број градова у древној Русији од XI-XIII века.⁴ Међутим, и у тако насталим градовима су се током времена стварали предуслови за развијене друштвене и економске односе.

Још једна околност посредно је утицала на развој древноруских градова. Развој феудалних односа довео је до сталног напуштања бојарских поседа од стране зависних сељака, кметова. Они су са сеоских имања бежали управо у градове. За потребе сељаштва израђивали су пољопривредни алат и тако се постепено утапали у већ постојећи слој занатлија у древноруским градовима. (Тихомиров, 1956: 63-64).

У литератури постоје и мишљења о сличности древноруских градова и старогрчких полиса, као и древноруских градова и старог Рима. Међу првима је још у XIX веку такву хипотезу изнео А. Никитски. У једном од првих истраживања о историји древноруског града, овај аутор је истакао многе заједничке карактеристике античких градова-држава и средњовековних северозападних руских градова. Постоје велике сличности у политичком уређењу Атине у доба Клистена и државном уређењу Пскова из XIII века. (Никитский, 1873: 162). На основу те сличности, али и због других разлога, А. Никитски тврди да Кијевска Русија подсећа на античку Хеладу. Он закључује да су стари средњовековни руски градови попут грчких полиса државе, да имају посебно право и потпуну независност.⁵

4 По подацима преузетих из летописа, византијских и норманских списа, утврђен је укупан број градова. М. Н. Тихомиров је у посматраном периоду до XIII века набројао скоро 300 градова у Русији. Од тога, највећи број градова настао је XII веку (134), у временима ратних освајачких похода, али и међукнежевских сукоба. (Тихомиров, 1956: 36-39, 43).

5 У прилог те тезе треба истаћи још једну сличност грчких полиса и средњовековних руских градова. Познато је да су стари грчки полиси по читавом Медитерану оснивали своје колоније, тзв. *клерухије* путем којих су ширили хеленске обичаје, државно устројство, право, културу, језик и религију широм тадашње Европе. Руски градови имали су *пригороде*, реч потпуно непреводиву на савремени језик. Пригород је мањи град, град који је припадао старијем граду оснивачу. Древноруске пригороде могуће је, у извесној мери, поредити са старим античким колонијама. Преко пригорода су "градови-мајке" Кијевске Русије ширили свој утицај међу многобројним Источним

Ове занимљиве закључке А. Никитског разрађивали су даље научници буржоаског, тзв. "дореволюционарног" периода. Готово сви истраживачи наставили су његовим путем. Њихова заједничка основна идеја заснива се на теорији да су сви већи градови древноруских простора представљали посебне правне системе и центре окупљања руских земаља. (Владимирский-Буданов, 2005: 38-40), (Пресняков, 1938: 167).

Од новијих истраживања о древноруским градовима треба истаћи рад двојице научника, И. Ј. Фројанова и А. Ј. Дворниченка. (Фроянов, Дворниченко, 1988). У њиховој заједничкој студији анализирана су размишљања многих истраживача развоја древноруских градова. Они са жаљењем констатују да је у совјетском периоду историјска мисао значајно одступила од идеје древноруског града-државе изложеном у поменутом делу А. Никитског. Износећи ставове многих претходника, они делом прихватају тврдње старије, буржоаске генерације истраживача о древноруским градовима као градовима-државама. И. Ј. Фројанов и А. Ј. Дворниченко посебно истичу да се средњовековна руска државност и древноруско право морају посматрати кроз развој области чије су престонице били већи и значајнији градови. Свака област била је практично држава за себе и имала је сопствено и посебно право. Поменути истраживачи износе претпоставке да је древноруски град имао готово све битне државно-правне одлике још у веома раном периоду, у времену од IX-XI века. (Фроянов et al., 1988: 8-21).

Од свих руских средњовековних градова који су имали своју улогу у периоду XI-XV века, треба издвојити три града: Кијев, Новгород и Москву. Кијев као први центар древноруске државности по којем је и држава касније добила назив Кијевска Русија; Новгород као престоницу руског северозапада, најразвијенијег и најбогатијег дела средњовековне руске државе и јединог дела Русије који никада није пао под монголску власт; Москву као центар каснијег поновног окупљања руских земаља и ново стварање јединствене руске државе. Хронолошки посматрано, Кијев је примат имао све до средине XIII века, Новгород (и његов значајан пригород Псков) најзначајнији су градови у међупериоду од XII-XIV века, а Москва своју улогу добија тек у другој половини XV века. Посматрано кроз развој права, за кијевски период се везује Руска правда, за новгородско-псковску епоху Псковска судна грамота, а за почетак московског доба Судебник Ивана III Васиљевича.

Словенима. Новгород и Кијев су у имали најзапаженију улогу у њиховом оснивању. Дешавало се да током времена мањи град добије већи значај, па чак и да избори независност. Кијев је, због оснивања многих пригорода, у средњем веку носио назив "мајка свих руских градова".

Што се тиче свих изложених теорија о древноруским градовима, не треба одбацити ни једно размишљање. Можда би најпотпуније и најтачније било становиште да је унутрашњи развој градова заснован на развоју занатске производње и њеном одвајању од земљорадње био пресудан фактор у постанку и даљем напретку градских центара широм Русије, а да је спољна трговина и трговачки пут од севера до југа био такође важан чинилац у израстању древноруске државе и права. Таква средњовековна руска државно-правна симбиоза заслуга је и руских и норманских трговаца-војника, који су у значајној мери допринели да Кијевска Русија буде држава која заправо представља савез градова са њиховим околинама или областима, тј. земљама. Трговци и трговачки пут “од Варјага до Грка” сигурно су били незаобилазни чиниоци у постепеном изграђивању једнообразности најпре обичаја, а затим и обичајног и писаног права Русије од XI-XV века. Целокупно приватно право, а посебно стварно и облигационо право, било је на много вишем нивоу развитка него што је то било уобичајено за средњовековно друштво и државу уопште. То се десило захваљујући широко распрострањеној писмености међу свим слојевима друштва, развијеном робно-новчаном промету, веома заступљеном занатству и добро организованој и разгранатој унутрашњој и спољној трговини. То не би било могуће без постојања напредних и у сваком погледу стално растућих древноруских средњовековних градова. Начелно гледано, то није карактеристика средњовековног раздобља и феудалног поредка. Због тога, као и услед развијене економије и привреде древноруског друштва, са пуно основа се размишља о развијености руског средњовековног приватног права у целини и, самим тим, заступљености уговора облигационог права у древноруском правном систему.

Закључак

Древноруски градови били су основ развоја средњовековне Русије. Приватна својина, распрострањеност средњег и ситног земљишног поседа, робно-новчани промет, развијено занатство, добро организована разграната мрежа трговачких путева и свеобухватна повезаност градова предуслови су за висок степен развијености древноруског приватног права. Градско право северозападне Русије, битно другачије у односу на феудално право, одражавало је интересе слободних људи који су се бавили различитим професијама. Нови градски односи који су се постепено стварали, захтевали су и нову регулативу. То се пре свега огледа у приватноправним одредбама Псковске судне грамоте, јединог у целини сачуваног правног зборника једног древноруског града. У тим правним нормама опажају се нове тенденције руског средњовековног грађанског

права. Међу њима је највише одредаба посвећено уговорном облигационом праву. Оне су сигуран показатељ веома развијеног правног промета не само града Пскова, већ и других многобројних градова широм древноруских простора.

Литература

Владимирский-Буданов М.Ф. (2005), *Обзор истории русского права*, Москва: Издательский дом Территория будущего.

Греков Б. Д. (1944), *Киевская Русь*, Москва-Ленинград: Государственное издательство политической литературы.

Юшков С. В. (1939), *Очерки по истории феудализма в Киевской Руси*, Москва-Ленинград: Государственное издательство юридической литературы.

Ключевский, (1937), *Курс русской истории, том 1*, Москва: Государственное издательство политической литературы

Лихачев Д. С. (1996), *Повест временных лет*, Санкт Петербург: "Наука".

Никитский А. (1873), *Очеркъ внутренней истории Пскова*, С. Петербургъ: Типографія Замысловского, Большая Мъщанская.

Оти Р., Оболенски Д. (2003), *Историја Русије*, Београд: Клио.

Пресняков А. Е. (1938), *Лекции по русской истории*, Москва: Государственное издательство политической литературы.

Тихомиров, М. Н. (1956), *Древнерусские города*, Москва: Государственное издательство политической литературы.

Фроянов И. Я., Дворниченко А. Ю. (1988), *Города-государства Древней Руси*, Ленинград: Издательство Ленинградского университета 1988.

Aleksandar Đorđević, LL.D.
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

***Ancient Russian Towns as a Social Framework
for the Development of Private Law***

Summary

In this paper, the author points out to the importance of the gradual establishment and evolution of the ancient Russian medieval towns as an important precondition for the development of private law. In the medieval European societies, that was not a common phenomenon. The Russian feudalism was specific as the exchange of goods for money existed in many towns. The craftsmanship and trade were highly developed as early as the 9th and 10th century. All major ancient Russian towns were linked by the important trade route leading from the Northern Sea to Constantinople. The internal development of these towns also contributed to the gradual establishment of economic grounds that preconditioned the development of Property Law and Law of Obligations in medieval Russia. Apart from the capital cities of Kiev and Moscow, the most important ancient Russian towns were Novgorod and Pskov.

Key words: *ancient Russian towns, private law, feudalism, craftsmanship, trade, Middle Ages.*

Мр Јована Пушац¹,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Бањалуци,
Република Српска, БиХ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.440

Рад примљен: 29.09.2013.

Рад прихваћен: 07.10.2013.

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОВРЕДЕ БИТНЕ ФОРМЕ УГОВОРА

Апстракт: Аутор у овом раду, на основу филигранске анализе релевантних прописа, доктринарне баштине и актуелне судске праксе, закључује да се класични принципи облигационог права у материји ништавости, када се она јавља као последица повреде *ad solemnitatem* форме, имају прилагодити специјалном режиму те анулирајуће грађанскоправне санкције. Специфичности се огледају у низу правила, у принципу, својствених само формалним уговорима од којих нека безусловно воде реституцији као редовној последици ништавости, а друга, пак, спречавају престанак ништавог уговора (конвалидација и конверзија). Будући да се форма манифестује као средство правне технике којом се увек заштићују одређени интереси (приватни или јавни), то се критеријумом циља форме одмерава санкција због њене повреде. Ипак, чини се да повреда чак и оне форме која несумњиво штити јавни интерес не задире у начела поретка, попут забрањених уговора, па отуда овде нема места примени најтеже санкције (тзв. грађанскоправне конфискације).

Кључне речи: конститутивна форма, ништавост, реституција, *Neto auditur*, конвалидација, конверзија.

1. Увод

Постоје два основна начина повреде форме. Прва се испољава у томе што уговорне стране своју изјаву нису дале у предвиђеном облику (нпр. кад је закон предвидео обавезну писану форму, а стране су се сагласиле само усмено). То је повреда форме у ширем смислу. Друга врста повреде форме постоји када су уговорне стране своје изјаве дале у потребној форми,

¹ j.pusac@pravobl.com

али *садржај форме не одговара њиховој стварној вољи*. У том случају се ради или о фиктивном или о симулованом уговору (Салма, 2009: 321), тј. о заобилажењу закона средством форме што чини засебан проблем (Салма, 1981: 10). Заједничко за обе врсте повреде јесте истоветна грађанскоправна санкција – ништавост уговора. Ми ћемо на овоме месту разматрати последице повреде форме у ширем смислу.

2. Општа санкција повреде битне форме

Према Закону о облигационим односима, уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произлази што друго.² Исто важи и за уговор који није закључен у уговореној форми уколико су странке пуноважност уговора условиле посебном формом.³ Према томе, уговоре који оскудевају битном (законском или уговореном) формом, тзв. форма *ad solemnitatem*, погађа апсолутна ништавост као категорија поништајне или анулирајуће грађанскоправне санкције (Николић, 1995:128), уколико интервенцијом сврхе форме, уговор не остане пуноважан. То значи да, сврха (циљ) прописа којим се одређује форма представља одлучујући критеријум у решавању питања недостатка потребне форме. Да би суд утврдио неважност уговора услед недостатка форме, потребно је да претходно испита циљ због којег је форма прописана, па у зависности од тога да одлучи да ли ће уговор остати на снази или ће бити проглашен ништавим (Перовић, 1986: 363).

Поједини правни писци сматрају да овде није реч о ништавим, већ о непостојећим уговорима⁴ који за последицу имају санкцију враћања по пра-

2 Чл. 70 ст. 1 Закона о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени гласник Републике Српске*, 17/93, 3/96, 39/03, 74/04. Напомињемо да је у Републици Српској извршена тзв. чиста рецепција облигационог права која се састојала у готово потпуном преузимању Закона о облигационим односима СФРЈ, те Закона о облигационим односима СРЈ у законодавни систем Републике Српске. Услед тога, разлике између текста Закона о облигационим односима Републике Србије, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, 31/93, *Службени лист СЦГ*, 1/03 и *Службени гласник РС*, 98/06 и Закона о облигационим односима Републике Српске су незнатне (одредбе се по нумерацији у потпуности подударaju) и не тангирају предмет рада.

3 Ово друго правило треба разумети тако да уговорници, који су споразумно себи поставили захтев форме, могу исто тако споразумом од њега одустати било изричито, било конклюдентном радњом.

4 Категорија непостојећих уговора дело је француске правне теорије у брачном праву у вези са ништавошћу брака одакле је проширена на правне послове у општем смислу, више в. (Бабић, 2009: 112), (Ђуровић, 1996: 435). Међутим, и сами француски правници сагласни су да се ради о чисто теоријском питању (Mazeaud, 1978: 280), као

вилама стеченог без основа (Карамарковић, 2004: 11). Нама се чини да је тешко бранити изнето становиште будући да су непостојећи уговори само теоријска конструкција без практичног домаћаја. Наиме, Закон о облигационим односима, унутар института „неважност уговора“ познаје једино ништаве и рушљиве уговоре, прецизније – нормира последице једино ове две категорије правно неваљаних уговора. „Они (непостојећи уговори – прим. аутора) обухваћени су категоријом ништавих уговора. Такво просуђивање је исправно не само због практичних, него и због логичко-семантичких разлога. Може се, наиме, говорити о *непостојању уговора*, али не и о *непостојећем уговору*, јер је то појам који је противречан самом себи. Тзв. »непостојећи уговор« није уговор; он је само извануспешан неуспех или недовршен покушај да се уговор закључи. Будући да уговора нема, није могућа ни његова класификација“ (Радишић, 2004: 171).

Заступајући становиште о двојној подели неважности уговора, онако како то чини и сам законодавац, закључујемо да је општа санкција повреде битне форме - ништавост уговора.⁵ Право на истицање ништавости није орочено,⁶ а може се вршити подношењем тужбе надлежном суду или стављањем перемпторног приговора у току парничног поступка. Ову грађанскоправну санкцију, која у нашем правном систему произилази из повреде принудних прописа, установе јавног поретка или добрих обичаја,⁷ можемо посматрати како са субјективног, тако и са објективног становишта која ћемо у наставку рада ближе разјаснити. Поред тога, потребно је да испитамо и евентуалну могућност конвалидације, као и конверзије уговора погођеног ништавошћу услед повреде битне форме, будући да је недостатак тог битног елемента уговора могуће санирати под законом одређеним условима.

3. Субјективне последице ништавости

Субјективне последице ништавости тичу се питања који су субјекти права у позицији да се с успехом позивају на ништавост уговора. Према Закону,

и да ни сама теорија непостојања (*theorie de l'inexistence*) није једнодушно прихваћена у француском праву (Cabrillac: 2010, 82).

⁵ „Сама ништавост има један репресивни и један превентивни циљ: репресивни, да сузбије већ закључене послове, а то ће се постићи одстрањивањем последица и превентивни, да предупреди закључивање противзаконитих трансакција“ (Круљ, 1965: 151). Занимљиво је да у енглеском праву повреда форме такође може бити узрок ништавости, али ипак најчешће доводи до његове неутуживости. В. (Cartwright, 2007: 145).

⁶ Чл. 110 ЗОУ.

⁷ Чл. 103 ст. 1 ЗОУ.

на ништавост се може позивати *свако заинтересовано лице*.⁸ Ова одредба показује да, иако се ради о заштити јавних интереса, код ништавих уговора право на позивање није неограничено како се у први мах чини. Истина, круг овлашћених субјеката Закон поставља веома широко обухватајући њиме и субјекте изван уговора, тј. органе друштвене заједнице који имају и право и дужност да штите јавни интерес (суд, јавни тужилац). Међутим, остала лица која се позивају на ништавост треба у таквој парници да докажу свој правни интерес. Закон није ближе одредио круг заинтересованих лица овлашћених на поништај уговора, али се може закључити да су то она лица која за утврђењем ништавости предметног уговора везује неки посредни правни или ванправни (морални) интерес (Салма, 2009: 404-405). Извесно је да тај интерес, сем уговорних страна (као и страна из предуговора),⁹ надлежних јавних органа и носилаца права прече куповине, неће морати да доказују ни универзални сукцесори уговорника, али ће они моћи да захтевају реституцију само у границама свог наследног дела.¹⁰

Јавни органи који су овлашћени на позивање на ништавост, односно на надзор уговора са становишта интереса поретка, подразумевају судске органе и органе (јавног) тужилаштва.¹¹ Поставља се питање шта заправо Закон очекује од суда када каже да „*на ништавост суд пази по службеној дужности*“. Да ли се тада ингеренције суда своде на његов парнични задатак у смислу да је, на основу ове одредбе, суд активно легитимисан да, макар и у одсуству таквог тужбеног захтева, покрене парницу за утврђење ништавости уговора, тј. да унутар већ покренуте парнице за раскид или испуњење ништавог уговора, сам одлучи о ништавости? Или би тиме грубо била повређени основни принципи парничне процедуре, и то, принцип да нема тужбе без парнице (*nemo iudex sine actore*),¹² *ме принцип да је суд у*

8 Чл. 109 ЗОО.

9 “Као страна из предуговора, који ствара обавезе између уговарача, тужилац може имати правни интерес да тражи да се утврди његова ништавост.” Решење Вишег суда у Ваљеву, Гж. 237/10 од 18.2.2010. (Збирка актуелне судске праксе, Грађанско процесно право, 2013: 129).

10 В. пресуду Касационог суда у Сарајеву, Билтен сп КсС-1/2002, (Тајић, Медић, 2005: 135).

11 Чл. 109 ЗОО. У Републици Српској је 2002. године у потпуности измењена организација тужилаштва, тј. укинут је институт јавног тужиоца иако су његове надлежности у погледу заштите јавног интереса у суштини остале исте, в. чл. 50-53. Закона о тужилаштвима Републике Српске, *Службени гласник РС*, 33/02, 85/03, 115/03, 37/06, 68/07. Из тог разлога епитет „јавни“ користимо и у даљем тексту (будући да га ЗОО још увек таквог познаје), али у загради.

12 Чл. 53 ст. 1 Закона о парничном поступку - ЗПП, *Службени гласник Републике Српске*, 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13. У супротном би такав положај суда значио

*парничном поступку везан границама тужбеног захтева (ne eat iudex ultra et extra petitum partium).*¹³

Становишта теорије и праксе нису у овом питању уједначена. У теорији влада став да, иако бисмо одузимањем суду сваке могуће активне интервенције занемарили материјалноправна правила Закона у погледу широког круга лица овлашћених на истицање ништавости, те би надзор суда над ништавим уговорима тиме био практично онемогућен, ипак, треба имати у виду да суд не може у исто време имати и функцију тужиоца и обављати задатак суђења. Сходно томе, обавезу судског надзора над ништавим уговорима не би требало схватити као овлашћење тог суда да по службеној дужности покрене или настави већ започету парницу ради поништаја уговора, већ *дужност суда да сарађује с другим органима правосуђа, тј. са надлежним (јавним) тужилаштвом* (Салма, 1981: 21). Међутим, у новијој судској пракси ова надзорна функција суда над евентуалном ништавошћу уговора тумачи се знатно екстензивније. Сматра се да је у парници по тужби за раскид или ради испуњења уговора суд увек овлашћен да по службеној дужности пази на ништавост тога уговора, али да утврђење ништавости, као *претходно питање*, тада представља *део образложења одлуке о постављеном тужбеном захтеву и не уноси се у изреку пресуде*. Уколико суд о томе одлучи у изреци пресуде, сматраће се да је прекорачио постављени тужбени захтев, јер је одлучио о нечему што није било предмет спора.¹⁴

Мора се приметити да су судови вешто удвољили и материјалноправном (надзорна функција суда према ЗОО) и процесноправном принципу (поштовање начела диспозиције према ЗПП),¹⁵ и тако пронашли пут до сврсисходног остварења своје улоге у материји ништавости. Такво становиште чини нам се и формално-логички исправним, јер подупире

оживотворење правила „кадија те тужи, кадија ти суди“.

13 Чл. 2 ст. 1 ЗПП.

14 Из пресуде Вишег трговинског суда Пж. 3068/06 од 18.9.2006. (Петровић, Козар, 2009: 64). Исто становиште садржи и пресуда Апелационог суда Брчко дистрикта, Рев. 11/08 од 22.12.2019. (Благојевић, 2010: 562). „Суд на ништавост пази по службеној дужности када се ради о апсолутној ништавости уговора. Стога није везан постављеним тужбеним захтевом за поништај уговора из разлога релативне ништавости.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 251/07 од 11.7.2007. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 87).

15 Тако се у новијој судској пракси сматра да ова надзорна функција над ништавошћу уговора важи и када суд поступа у ванпарници, па је тако у земљишнокњижном поступку дужан да *ex offio* пази на ништавост исправе, односно уговора који је приложен као основ за укњижбу права својине. Из решења Апелационог суда Брчко дистрикта, Гж. 369/10 од 12.5.2010. (Благојевић, 2010: 563).

рестриктивну примену истражног процесног начела на основу којег је суд овлашћен да онемогући располагања странака која су у супротности са принудним прописима¹⁶ (разуме се, прописи о форми уговора су когентне природе) и, сходно томе, одбије тужбени захтев за извршење ништавог уговора.¹⁷ С друге стране, чини нам се да би у супротном *ratio legis* одредбе о судском надзору остао осујећен, јер сарадња парничног суда с надлежним тужилаштвом у овом питању, већ на први поглед, указује на тромост и несврсисходност.

4. Објективне последице ништавости

У парници ради утврђења ништавости уговора суд доноси декларативну пресуду којом само констатује оно што се већ давно, у време закључења уговора, по сили закона, догодило - уговор је од почетка ништав, јер је вређао принудни пропис о обавезној форми. „Међутим, део пресуде који се односи на санирање ништавости у погледу права и обавеза уговорника је конститутиван, односно преображајан. Другим речима, у погледу обавеза уговорних страна, односно њихове судбине, суд има креативну улогу, јер мора да разреши судбину извршених и неизвршених престација“ (Салма, 2009: 408). Овај стваралачки задатак суда заслужује посебну пажњу имајући у виду његову слободу да изрекне једну од могућих последица ништавости уговора независно од предлога тужиоца.¹⁸ Те су последице, традиционално, успостављање пређашњег стања (реституција), примена максиме *Nemo auditur*, одузимање престације у корист општине и накнада штете.

4.1. Реституција

Општа правна последица ништавих уговора састоји се у обавези уговорних страна да врате једна другој све оно што су примиле по основу таквог

16 Чл. 3 ст. 2 ЗПП.

17 “Ограничење располагања странака се односи и на одредбе процесног и материјалног права.” Став одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 14.11.2006. (Збирка актуелне судске праксе, Грађанско-процесно право, 2013: 3).

18 “Дакле, независно од захтева странке који је предмет спора, поступајући по службеној дужности у примени одредбе члана 104. ЗОО, који предвиђа лепезу грађанско-правних последица ништавости уговора, суд може да изрекне санкцију за коју оцени да одговара околностима случаја.” (Карамарковић, 2004: 23). Ово је значајна разлика у односу на поједине савремене грађанске кодификације (нпр. у француском и италијанском праву суд неће, по оглашавању уговора ништавим, *ex offio*, изрећи реститутивну последицу, већ једино на захтев странке).

уговора (*restitutio in integrum*).¹⁹ Реституција значи успостављање оног стања у имовини странака које је било пре закључења ништавог уговора и које се врши по правилима истовременог испуњења.²⁰ Примарност натуралне реституције заснована је на претпоставци да се враћањем ствари омогућује најбоља заштита интереса сауговорача и, истовремено, спречава његово богаћење на рачун одговорног лица (Николић, 1995: 151). Али, ако натурална реституција објективно није могућа (ако је нпр. ствар која је предмет престације пропала, потрошена или пуноважно отуђена) или се природа оног што је испуњено противи враћању, суд ће обавезати уговорнике на исплату новчане накнаде према ценама у време доношења судске одлуке уколико закон шта друго не одређује. При одлучивању, суд је дужан да се руководи критеријумима које му је Закон поставио, и то савесношћу једне, односно обеју страна, значајем угроженог добра или интереса, као и моралним схватањем друштва.²¹ Како је реч о уговору чији је основ, утврђењем ништавости отпао, то ће се реститутивна обавеза извршити по правилима о враћању стеченог без основа (*condictio indebiti*),²² те ће по обиму обухватити све користи од извршења уговора (главне и споредне).²³

У зависности од тога да ли је само једна страна извршила обавезу или су то учиниле обе, реституција бива једнострана или обострана (увек истовремена),²⁴ ретроактивна, са дејством *inter partes* и наступа по сили закона независно од одговорности контрахената (што значи да ће и несавесна страна имати право на реституцију). Ипак, критеријум савесности реститутивног дужника долази до изражаја при одмеравању обима враћања, јер ће несавесни уговорник морати да врати споредне ствари (природне или цивилне плодове) од дана стицања, а савесни од

19 Чл. 104 ст. 1 ЗОО.

20 Пресуда Врховног суда Србије, Гзз. 44/04 од 05.05.2004. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 92).

21 В.чл. 104 ст. 3 ЗОО. „Савесност уговорних страна је одлучна чињеница за одлучивање о захтеву за повраћај датог на основу ништавог уговора, и треба је ценити у односу на врсту уговора чија је ништавост утврђена (потпуно или делимично), као и у односу на пажњу уговорних страна која је потребна код закључења и извршења тог уговора.“ Решење Вишег трговинског суда, Пж. 1322/06 од 5.10.2006. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 85).

22 Чл. 210 ст. 2 ЗОО. „Захтев једне уговорне стране у случају раскида или поништаја уговора да јој друга страна врати оно што је од ње примила не заснива се на одговорности него на неоснованом обогаћењу.“ (Јанковец, 1993: 12). Више о реституцији у уговорном праву в. (Симоновић, 2012: 107).

23 Чл. 211-219 ЗОО.

24 Аналогно правилу о истовременом испуњењу обавеза (чл. 122 ст. 1 ЗОО).

дана подношења тужбе.²⁵ Разуме се, реститутивна последица нема значаја уколико ниједна страна није извршила уговорну обавезу. Стране тада не могу захтевати ни извршење уговора, јер се сматра да уговор никада није ни настао (*quod nullum est nullum producit effectum*).

4.2. Начело *Nemo auditur* и одузимање престације у корист општине

Одступања од реституције, као редовне правне последице ништавости, огледају се у одбијању реститутивног захтева несавесне стране применом максиме *Nemo auditur*²⁶ и одузимању предмета престације у корист надлежне општине. Према речима Закона, уколико је уговор ништав због тога што је *по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима* суд може одбити, у целости или делимично, захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала, а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има седиште, односно пребивалиште или боравиште.²⁷ Телеолошким тумачењем цитиране норме долазимо до закључка да се наведеном правилу могу подвргнути само забрањени (противзаконити, неморални) уговори.²⁸ Аргументи су следећи. Наиме, применом правила *Nemo auditur* одступа се од забране неоснованог обогаћења јер тужена уговорна страна задржава предмет престације захваљујући својој процесној позицији и независно од своје савесности,

25 Чл. 214 ЗОО.

26 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* - Нико се неће саслушати ко наводи сопствену срамоту (недопуштену радњу), односно, нико не може пред судом заснивати свој захтев на недопуштеном (противзаконитом, неморалном) основу. Корени ове римске максиме, настале рецепцијом римског права (*Glosa ad C. II, 4, 30*), садржани су у правилу *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, што у слободном преводу значи – Ако обе уговорне стране наводе своју срамоту, отпада повраћај.

27 В. чл. 104 ст. 2 ЗОО.

28 Ипак, супротно становиште усвојено је у Закључку са саветовања Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црне Горе и Вишег привредног суда од 24, 25. и 26. септембра 1996. године у Суботици (Билтен Врховног суда Србије, бр. 3/2005, 51) према којем ће суд одбити захтев странке ако утврди да је она онемогућила закључење уговора у законом прописаној форми или ако би реституција била супротна начелима савесности и поштења и моралног схватања друштва. Дакле, несавесна страна неће успети са захтевом за повраћај добровољно датог само због тога што уговор није сачињен у законом прописаној форми. Нама се чини да тиме проблем правне ваљаности уговора није решен, јер суд има обавезу или да, изрицањем ништавости, разреши судбину извршених престација а да, тиме не повреди принцип забране неоснованог обогаћења на страни саговорача (што је управо спорно у случају доследне примене наведеног става) или да, уколико постоје законски услови, конвалидира ништав уговор који оскудева конститутивном формом.

те се овај принцип не показује као најсрећније решење.²⁹ Уосталом, оно је у пракси углавном примењивано уз одузимање предмета престације као нетипичне и оштро критиковане грађанскоправне санкције.³⁰ С друге стране, теорија и пракса су једногласне у ставу да ће се санкција одузимања предмета уговора, која се заправо своди на конфискацију у општем интересу ради заштите јавног поретка, примењивати само на оне ништаве уговоре који су у очигледној супротности са друштвеним вредностима највишег ранга и чијим би се извршењем у већој мери нарушавала друштвена добра (материјална, интелектуална, морална), а обе стране су при том, поступале *mala fidei*.³¹ У свим осталим случајевима ништавих уговора, где према процени суда нису испуњени поменути услови, примењиваће се правило о повраћају у пређашње стање (Перовић, 2011: 49). Ако имамо у виду да је форма услов и детерминанта настанка, а не пуноважности уговора, те да се њоме могу штитити и индивидуални и општи интереси, тада се она, по својој ужој сврси - средство манифестације воље, не може тицати поретка и морала. Зато у случају повреде форме, у принципу, нема места најтежој грађанскоправној последици – одузимању предмета престација. То потврђује легислативни аргумент (чл. 73. 300): недостатност форме код формалног уговора може се санирати обостраним извршењем уговора. Повреду оног прописа који се тиче поретка, закон, по природи ствари никада, ни под којим условом, не да санирати. Зато нам се чини да повреда форме није питање забрањених уговора, већ пре

29 Истина, суд ће ову максиму моћи применити и по основу чл. 104 ст. 3 300, будући да је реч о инструментивној норми која упућује на изрицање најцелисходнијих последица, али ће исход бити идентичан.

30 С правом се поставља питање основаности начела *Nemo auditur* у контексту одузимања предмета престације будући да је на цивилном пропису да реституише, а не да кажњава (пеналне санкције су типичне за кривичне прописе). Опширније в. (Салма, 2004: 495). „Одузимањем предмета престације се не успоставља пређашње стање. Уговорне стране се не доводе у позицију у којој су раније биле или у којој би се налазиле да је уговор пуноважан. Оне се кажњавају (...) Међутим, нема никаквог оправдања да се то чини по правилима грађанског права, нарочито када се има у виду чињеница да постоје кривичноправне мере које у функционалном погледу углавном одговарају том задатку. Све то упућује на закључак да одузимање предмета престације у корист државе треба елиминисати из грађанског права.“ (Николић, 1995: 151). О одступању од реституције уопште в. (Симоновић, 2012: 187).

31 У том смислу в. и правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 29.1.1991. Билтен Врховног суда Србије, бр. 4/2008, 167 којим је суд утврдио ближе критеријуме за изрицање санкције одузимања предмета престације у корист општине: да ли се штетне последице по друштвени интерес могу отклонити реституцијом, да ли је одузимање предмета престације неопходно ради сузбијања масовних негативних друштвених појава, да ли предмет престације објективно представља предмет кривичног дела и да ли се страна противи реституцији.

питање услова настанка уговора, те ће повреда форме имати за најдаљу практичну последицу реституцију престација. Друго је, наравно, питање ако су стране форму изиграле или су њеном употребом заобишле закон, но тада се не ради о повреди правила о форми, већ о заобилажењу закона средством форме (Салма, 1981: 9) што улази у домен забрањених уговора. Према томе, пооштравање последица ништавости могуће је само код забрањених уговора, а имајући у виду да уговори који „пате“ од недостатка захтеване форме не припадају тој категорији, закључујемо да овде нема места одступању од општег реститутивног принципа.³²

4.3. Накнада штете

Осим поменутих, последица ништавог уговора може бити и накнада штете коју је једна страна претрпела услед закључења таквог уговора. Но, суд ће усвојити одштетни захтев само од савесне стране, односно оне која докаже да није знала, нити је према околностима могла знати за ништавост уговора.³³ Дакле, три су услова неопходна за наступање ове одговорности: да је један од уговорника свесно (намерно, долозно) скривио повреду битне форме, да је оштећени саговорник савестан и да постоји узрочна веза између штете и ништавости уговора.

Како у правној теорији једнодушно влада став о томе да брига о законској форми уговора не пада на терет само једног уговорника већ је то обавеза свих његових страна, односно да се недостатак захтеване форме уговора приписује у кривицу свима онима којих се уговор тиче, следи закључак да је свака страна дужна да сноси властиту штету ако се покаже да је уговор ништав због недостатка форме. Само се изузетно ништавост уговора може приписати у кривицу искључиво једној страни и тада долази у обзир њена *предуговорна одговорност*. То ће бити случај када једна страна зна да је друга неупућена у обавезност форме уговора па ипак пропусти да је о томе упозори или када је реч о уговорнику који је професионални стручњак, више в. (Радишић, 1991: 91). Накнада у том случају треба да обухвати штету коју је савесна страна претрпела због неизвршења уговора, као и због предузимања свих поступака који су произашли из њеног веровања да је закључен пуноважан уговор, а који је доведе до смањења њене имовине (Перовић, 1986: 469), (Салма, 2009: 497).³⁴ Дакле, иако накнада штете због

32 Сем тога, реститутивна санкција треба да се примени све дотле док се превентивни и репресивни циљеви остварују (Круљ, 1965: 151).

33 В. чл. 108 ЗОО.

34 Такав ј став познат и у судској пракси: „Уговорна страна, која кривицом друге уговорне стране не добије очекивани стан по уговору, може тражити да јој друга

culpa in contrahendo, у начелу, обухвата само *негативни уговорни интерес* (трошкове закључења, испуњења или пријема испуњења уговора, те штету услед тога што је савесна страна, поуздајући се у правну ваљаност и остварење уговора, пропустила прилику да закључи други користан уговор), у случају када је „једна уговорна страна непридржавање прописа о форми изазвала својим лукавством, тј. активном или пасивном преваром саговорника у погледу форме, тада се штета не састоји једино од негативног интереса, него управо од изосталог испуњења“ (Радишић, 1991: 135), тј. од *позитивног уговорног интереса*.³⁵

5. Конвалидација и конверзија

Изузетке од ништавости, као редовне *ex lege* санкције за недостатак битне форме уговора, чине инструменти који спречавају престанак уговора – конвалидација и конверзија.³⁶ Могућност конвалидације (накнадно оснажење извршењем) уговора који оскудева захтеваном формом, Закон решава критеријумом циља форме,³⁷ одређујући да ће се, уговор, за чије се закључење захтева писмена форма сматрати пуноважним иако није закључен у тој форми, ако су уговорне стране извршиле, у целини или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази што друго.³⁸ Ово значи да ће питање санкције овог формалног недостатка зависити од тога да ли је циљ прописане форме уговора, *in concreto*, заштита јавних или, пак, приватних интереса уговорних страна. Наиме, у случају када се формом претежно заштићују *интереси уговорника* (нпр. форма уговора о грађењу, уговора о јемству, уговорена форма, и сл.), тада би стране могле фактичким извршењем да надоместе такав формалан недостатак. Тако је суд у једном спору утврдио да је „сврха писмене форме уговора о грађењу (као и других уговора за

страна накнади штету. Стан представља имовину и изневерено очекивање стана значи и губитак у имовини те може бити предмет захтева за накнаду имовинске штете, а о висини се суди на основу утврђених чињеница или по уверењу суда.“ Пресуда Савезног врховног суда Рев. 880/58 од 17.2.1959. Збирка судских одлука, књ. IV, 49.

35 В. и (Орлић, 1993: 46). Има и супротних становишта према којима уговорна страна која је крива за закључење ништавог уговора одговара своје саговорачу за штету коју овај трпи због закључења таквог уговора, али не и за штету због неизвршења уговора (Јанковец, 1993: 10).

36 Конвалидација, практично, има исти правни значај као и конверзија иако су то правно две потпуно различите ствари. (Круљ, 1980: 312).

37 Више о циљу форме формалних уговора, в. (Перовић, 1964: 70). За немачко право в. (Larenz, 1979: 59).

38 Чл. 73 ЗОО.

које је закон прописао обавезну форму) да се нагласи његова озбиљност и омогући лакше утврђивање садржине. Сврха је, међутим, постигнута и ако уговор није закључен у писменој форми, али је испуњен у целини од једне уговорне стране. Супротно становиште било би противно начелу савесности и поштења.³⁹ Међутим, уколико је циљ форме конкретног уговора заштита *јавних интереса* (нпр. уговор о промету непокретности), уговорници тада не би могли да игноришу когентну законску норму и да материјалним извршењем оснаже ништав уговор *изузев* ако посебан (*lex specialis*) пропис такву могућност допушта. А таква, изузетна, могућност предвиђена је управо за уговор о промету непокретности који у Републици Србији подлеже конвалитацији под законом одређеним условима.⁴⁰ Иста правна могућност постојала је и у правном систему Републике Српске до увођења нотаријата,⁴¹ од када је конвалитација уговора који оскудева обавезном нотарском формом апсолутно искључена (Пушац, 8/2011: 117). С обзиром да је ову искључиву форму (тзв. форму *нотарски обрађене исправе*) законодавац прописао с циљем постизања веће правне сигурности, ефективне контроле законитости и заштите, превасходно, *јавног интереса*, у њеном одсуству, сходно критеријуму циља те форме, уговор неминовно бива погођен ништавошћу без могућности конвалитације.⁴²

39 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 12981/11 од 9.11.2011. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 53).

40 Чл. 4 ст. 3 Закона о промету непокретности, *Сл. гласник Републике Србије*, 42/98, 111/09. Више о томе в. (Пушац, 1/2011: 187). „Када признаница има све елементе писменог уговора о купопродаји (означење уговорних страна, предмет продаје и уговорену цену) и непокретност је предата у посед купцу који је исплатио уговорену цену, испуњени су услови за конвалитацију писменог неоверењог уговора о продаји у смислу члана 4 став 3 Закона о промету непокретности,“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 212/04 из децембра 2004. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 55).

41 Наиме, Закон о нотарима Републике Српске, *Службени гласник РС*, 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11 ступио је на снагу 2004. године, но његова вакација је трајала две године, јер је примена закона одложена за 1.11.2006. године. Ипак, како су нотари званично почели са радом тек 11. марта 2008. године, Закон од тада обавезује.

42 В. чл. 68 ст. 1 тач. 3 Закона о нотарима. Тумачењем чл. 70 ст. 1 ЗОО следи да нема места конвалитацији уговора који оскудева овом, по карактеру, *искључивом* нотарском формом. „Једини изузетак је предвиђен у погледу обећања поклона.“ (Повлакић, Schalast, Софтић, 2009: 141), в. и (Бикић, Бркић, 2010: 129). Упор. чл. 82 и 83 Закона о јавном бележничтву Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, којима се форма јавног бележничтва, у принципу, предвиђа као *конкурентна* (алтернативна са формом уговора сачињеном пред судом), па ју је могуће санирати обостраним извршењем (конвалитација).

Конверзија (претварање ништавог уговора у пуноважан), такође, спречава престанак уговора и доводи до редовног и најпожељнијег начина гашења облигационог односа – испуњења. Но, ово преобраћање контракта из домена неважности у домен правне ваљаности могуће је тек уз кумулативно испуњење законских услова. Најпре, потребно је да се не ради о изричито забрањеном уговору, јер се конверзијом не могу спасавати забрањени правни послови (противзаконити, неморалан, зеленашки, привидан), већ ништави послови због недостатка форме (Куштримовић, Лазих, 2008: 317). Затим, потребно је да ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, као и да је конвертовани уговор у сагласности са циљем који су уговорачи имали у виду када су уговор закључили ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора.⁴³ То, изгледа, повлачи и четврти услов – савесност обеју страна, тј. да нису знале за ништавост, јер би једнострана несавесност искључивала конверзију. Дакле, конверзија је „институција реституционе, а не пеналне материје. Сем тога, она је институција јавног поретка, те стога не може бити вансудска. То значи да стране не могу сагласном изјавом воља, мимо судског поступка, конвертовати ништав уговор“ (Салма, 2009: 433), јер би се тада радило о преносу (новацији). Конверзија је, у суштини, израз тежње очувања уговора и у основи се заснива на тумачењу уговора према заједничкој намери странака. Због тога се одредбе уговора тумаче у смислу у коме оне могу имати дејство, а не у смислу да немају никакво дејство. То је старо правило које свој извор има још у Digestama: *Actus interpretandus est potius ut valeat quam et pereat* – Ulpianus, 80, Dig. 45.1. (Перовић, 1980: 366).⁴⁴ Но, имајући у виду да форма неретко уговорним странама служи као средство за изигравање закона (нпр. симулује се формални уговор из разлога

43 В. чл. 106 300. Тако је у једном спору уговор о доживотном издржавању нижестепеним пресудама утврђен ништавим због недостатка форме јавне исправе, јер о закључењу уговора судија није сачинио записник, нити је унео упозорење о последицама закључења уговора. У образложењу пресуде ревизиони суд наводи: “Уколико би се утврдило да судија није у стварности прочитао уговор и упозорио уговорнике на последице закључења, било је нужно у смислу члана 106 300 испитати услове за конверзију уговора. Наиме, када би ништав уговор испуњавао услове за пуноважност неког другог уговора (у конкретном случају тзв. неправог уговора о доживотном издржавању где је предаја имовине извршена у моменту закључења уговора) онда би међу странкама важио тај други уговор ако би то било у сагласности са циљем који су уговорачи имали у виду када су уговор закључивали и ако би се могло узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост уговора који је предмет спора.” Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2339/99 од 30.12.1999. (Збирка актуелне судске праксе, Наследно право, 2013: 103).

44 “Чињеница да је уговор о доживотном издржавању по свом садржају заправо уговор о даровању, не чини тај уговор ништавим, већ вриједи као уговор о даровању”. Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 151/89 од 22.3.1989. (Бикић, Бркић, 2010: 154).

што је дисимуловани уговор неформалан или због тога што се тиме може прикрити чињеница од општег интереса – нпр. купопродајна цена као основица пореза на промет непокретности⁴⁵), „судска пракса конверзију допушта искључиво у ситуацији када су странке невеште у закључењу уговора или необавештене о потребним условима које закон захтева за његову егзистенцију па уговор сачињавају тако да не обезбеде све битне услове (захтевана форма) за његово закључење“ (Карамарковић, 2004: 13).

6. Закључак

На основу пажљиво извршене анализе правних последица повреде конститутивне форме уговора, можемо извести неколико закључних напомена. Најпре, законодавац је за уговоре који оскудевају битном (законском или уговореном) формом предвидео анулирајућу грађанскоправну санкцију - ништавост. Последице ништавости, према речима Закона, своде се на повраћај у пређашње стање (реституцију), одбијање реститутивног захтева несавесне стране применом максиме *Nemo auditur*, одузимање престаације у корист општине и накнаду штете. При томе се под редовном последицом ништавости подразумева једино реституција, док се изрицањем осталих, чине одступања (искључења или ограничења) од примене општег реститутивног принципа. Но, мишљења смо да у материји повреде битне форме уговора овим одступањима нема места, будући да не постоји рационални основ за примену најтеже грађанскоправне последице – одузимање предмета престаација, али ни максиме *Nemo auditur*. Ово стога што се уговорима који оскудевају битном формом не вређају друштвени принципи највишег ранга, тј. такав формалан недостатак уговора не тиче се поретка у ужем смислу као што је то случај са забрањеним уговорима (истина, често и сама форма зна да послужи контрахентима као средство за прикривање, симуловање забрањеног уговора, али тада је разлог ништавости привидан уговор, а не повреда форме). Наведени став, чини се, оправдан је и легислативним аргументом према којем се уговор, погођен ништавошћу због повреде форме, конвалидацијом, односно конверзијом може „спасити“ од престанка, што, разуме се, никада неће бити привилегија уговора који вређају највише принципе једног поретка. Питање тог

45 Према чл. 27 ст. 1-3 Закона о порезима на имовину Републике Србије, *Службени гласник РС*, 26/01, *Службени лист СРЈ*, 42/02 и *Службени гласник РС*, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 и 47/13, основицу пореза на пренос апсолутних права чини уговорена цена у тренутку настанка пореске обавезе, уколико није нижа од тржишне вредности. Ако надлежни порески орган оцени да је уговорена цена нижа од тржишне, има право да у року од 60 дана од дана пријема пореске пријаве утврди пореску основицу у висини тржишне вредности. У случају да то не учини у наведеном року, пореску основицу чини уговорена цена.

„правног оздрављења“ ништавог уговора решаваће се критеријумом циља форме, те ће бити могуће само уколико је сврха форме конкретног уговора - заштита приватних интереса.

Литература

- Бабић, И. (2009). Облигационо право, општи део. Београд – Сремска Каменица: Факултет за европске правно-политичке студије Универзитета Singidunum и ЈП Службени гласник.
- Благојевић, М. (2010). Практикум за парнични поступак са судском праксом. Бања Лука: Графомарк.
- Бикић, Е., Бркић, А. (2010). Материјалне и процесноправне последице недостатка форме у правном промету некретнина. Анали Правног факултета у Зеници. 5. 129 – 159.
- Гамс, А., Ђуровић, Љ. (1981). Увод у грађанско право. Београд: Научна књига.
- Ђуровић, Љ. (1996). Непостојећи и ништави уговори. Правни живот. 10. 433 – 450.
- Јанковец, И. (1993). Уговорна одговорност. Београд: Пословна политика.
- Карамарковић, К. (2004). Расправе из уговорног, одштетног и процесног права. Београд: Глосаријум.
- Куштримовић, Р., Лазић, М. (2008). Увод у грађанско право. Ниш: Пунта.
- Круљ, В. (1965). Правило о искључењу повраћаја у случају испуњења недопуштеног уговора, Зборник радова о страном и упоредном праву, Београд. 3. 151 – 180.
- Круљ В. (1980). Коментар Закона о облигационим односима, редактори: Благојевић, Б., Круљ В., књига I. Београд: Савремена администрација.
- Larenz, K. (1979). Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil. Munchen: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Leon, H., Mazeaud J. (1978). Lecons de droit civil. Tome 2. Vol. 1. Paris: Montchrestien.
- Повлакић, М., Schalast, С., Софтић, В. (2009). Коментар Закона о нотарима у Босни и Херцеговини. Сарајево: Немачка организација за техничку сарадњу-GTZ.
- Николић, Д. (1995). Грађанскоправна санкција - генеза, еволуција и савремени појам. Нови Сад: Правни факултет Нови Сад.
- Орлић, М. (1993). Закључење уговора. Београд: Институт за упоредно право.
- Перовић, С. (2011). Закон о облигационим односима са регистром појмова. Предговор Слободан К. Перовић. Београд: Службени гласник.
- Перовић, С. (1986). Облигационо право. Београд: Службени лист СФРЈ.

Перовић, С. (1980). Коментар Закона о облигационим односима, редактори: Перовић, С., Стојановић, Д. Крагујевац - Горњи Милановац: Правни факултет Крагујевац и Културни центар Г. Милановац.

Перовић, С. (1964). Формални уговори у грађанском праву. Београд: Научна књига.

Петровић, З., Козар, В. (2009). Мега збирка судске праксе из облигационог права. Београд: Intermex.

Попов, Д. (2007). Грађанско право, општи део. Нови Сад: Правни факултет Нови Сад.

Пушац, Ј. (2011). Законске претпоставке за конвалидацију уговора о непокретности. Зборник Правног факултета у Нишу. 1. 591 – 603.

Пушац, Ј. (2011). Конвалидација уговора о купопродаји непокретности у правном систему Републике Српске. Анали Правног факултета у Зеници. 8. 117 – 133.

Cabrillac, R. (2010). Droit des obligations. Paris: Dalloz.

Радишић, Ј. (2004). Облигационо право – општи део. Београд: Номос.

Радишић, Ј. (1991). Предуговорна одговорност. Београд: Институт за друштвене науке.

Салма, Ј. (2009). Облигационо право. Нови Сад: Правни факултет Нови Сад.

Салма, Ј. (2004). Начело *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* и ништавост уговора. Анали Правног факултета у Београду. 3-4. 487 – 495.

Салма, Ј. (1981). Недопуштена реституција и одузимање предмета престајације у корист друштвене заједнице код забрањеног уговора у практичној примени права. Гласник Адвокатске коморе Војводине. 10. 7 – 26.

Cartwright, J. (2007). Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer. Oxford: Hart Publishing.

Симоновић, И. (2012). Реституција у грађанском праву – домашај примене. Докторска дисертација. Ниш: Правни факултет Ниш.

Тајић, Х., Медић Д. (2005). Закон о облигационим односима, избор судских одлука 1980-2005. године. Сарајево: Привредна штампа.

Закон о облигационим односима Републике Српске. Службени лист СФРЈ. Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 57 (1989) и Службени гласник РС. БР. 17 (1993), 3 (1996), 39 (2003), 74 (2004).

Закон о облигационим односима Републике Србије. Службени лист СФРЈ. Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 57 (1989), Службени лист СРЈ. Бр. 31 (1993), Службени лист СЦГ. Бр. 1 (2003), Службени гласник РС. Бр. 98 (2006).

Закон о нотарима Републике Српске. Службени гласник РС. Бр. 86 (2004), 2 (2005), 74 (2005), 76 (2005), 91 (2006), 37 (2007), 50 (2010), 78 (2011).

Закон о јавном бележничтву Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 31 (2011), 85 (2012), 19 (2013).

Закон о тужилаштвима Републике Српске. Службени гласник РС. Бр. 33 (2002), 85 (2003), 115 (2003), 37 (2006), 68 (2007).

Закон о парничном поступку Републике Српске. Службени гласник РС. Бр. 58 (2003), 85 (2003), 74 (2005), 63 (2007), 49 (2009), 61 (2013).

Збирка актуелне судске праксе 2013, Облигационо, Грађанско процесно право, Наследно право, Пословни биро. Retrieved 26, September 2013, from http://www.poslovnibiro.rs/index.php?page_id=159

Решење Вишег суда у Ваљеву, Гж. 237/10 од 18.2.2010. (Збирка актуелне судске праксе, Грађанско процесно право, 2013: 129).

Пресуда Касационог суда у Сарајеву, Билтен сп КсС-1/2002. (Тајић, Медић, 2005: 135).

Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 3068/06 од 18.9.2006. (Петровић, Козар, 2009: 64).

Пресуда Апелационог суда Брчко дистрикта, Рев. 11/08 од 22.12.2019. (Благојевић, 2010: 562).

Пресуда Врховног суда Србије Рев. 251/07 од 11.7.2007. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 87).

Решење Апелационог суда Брчко дистрикта Гж. 369/10 од 12.5.2010. (Благојевић, 2010: 563).

Пресуда Врховног суда Србије Гзз. 44/04 од 5.5.2004. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 92).

Решење Вишег трговинског суда Пж. 1322/06 од 5.10.2006. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 85).

Закључак са саветовања Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црне Горе и Вишег привредног суда од 24, 25. и 26. септембра 1996. у Суботици, Билтен Врховног суда Србије, бр. 3/2005.

Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 12981/11 од 9.11.2011. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 53).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 212/04 из децембра 2004. (Збирка актуелне судске праксе, Облигационо право, 2013: 55).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2339/99 од 30.12.1999. (Збирка актуелне судске праксе, Наследно право, 2013: 103).

Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 151/89 од 22.3.1989. (Бикић, Бркић, 2010: 154).

Jovana Pušac, LL.M.

*Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka
Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina*

The Legal Consequences of Breaching the Legal Form of Contract

Summary

In this paper, the author discusses the legal consequences stemming from the breach of the legal form of contract. On the basis of a detailed analysis of relevant legislation, the doctrinal heritage and the abundant case law, the author concludes that the traditional principles of contract law on nullity (ensuing from the breach of the ad solemnitatem form of contract) must be adapted to the special regime governing the consequences of nullity. These particularities are reflected in a series of rules which are (in principle) inherent only to formal contracts; some of these rules necessarily lead to restitution as a regular legal consequence of nullity while others prevent the termination of contract (by means of convalidation and conversion). Given that the legal form is an instrument which is always aimed at protecting certain private or public interests, this objective is used as the essential criterion for determining a relevant sanction for the violation of formalities. However, in case of breaching the legal form of contract which is undoubtedly aimed at protecting the public interest, the breach of legal form does not encroach on the basic principles of the public policy, which is the case in forbidden contracts. Consequently, it implies that the most serious civil law sanction (confiscation) is inapplicable.

Key words: *ad solemnitatem form, nullity, restitution, nemo auditur, convalidation, conversion*

СУДСКА ПРАКСА

Др Маја Настић,
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

КОМЕНТАР СУДСКЕ ОДЛУКЕ

UDK: 342.565.2(497.11)

Рад примљен: 30.09.2013.

Рад прихваћен: 21.10.2013.

ОДНОС УСТАВНОГ СУДА И РЕДОВНИХ СУДОВА - КОМЕНТАР ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ - ¹

Апстракт: У раду је анализирана одлука Уставног суда Србије, којом је утврђено да одредба Закона о Уставном суду, којим су од поништавања у поступку по уставној жалби изузете судске одлуке, није у сагласности са Уставом. Након објављивања одлуке у Службеном гласнику Републике Србије, Уставном суду "враћена" су овлашћења која је имао према судским одлукама, у поступку по уставној жалби, почев од 2007. године. Тиме је поново отворено питање односа уставног суда и редовних судова, односно да ли се таквим поступањем Уставни суд Србије доводи у позицију супер-апелационог суда. Ово питање представља централно место у раду и сагледано је из перспективе Уставног суда Србије, уз навођење релевантних теоријских ставова.

Кључне речи: Уставни суд Србије, уставна жалба, редовни суд.

1. Увод

Предмет наше анализе јесте одлука Уставног суда Србије донета у поступку оцене уставности одредбе чл. 89 ст. 2 Закона о Уставном суду.² У овој одлуци, Уставни суд је утврдио да одредба оспореног закона, којим су од поништавања у поступку по уставној жалби изузете судске одлуке, није у сагласности са Уставом. На први поглед, чини се да се ова одлука не издваја ничим посебно у односу на низ других одлука, које Уставни суд редовно

маја@prafak.ni.ac.rs

1 Рад је резултат истраживања на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке

2 Одлука Уставног суда IУз -97/2012, Сл.гласник РС, 18/13.

доноси у поступку нормативне контроле. Једноставна формулација диспозитива, који, између осталог, каже да наведена одредба Закона о Уставном суду, у делу који гласи "осим судске одлуке" није у сагласности са Уставом, не отвара никакве недоумице, нити, чини се, заслужује посебну пажњу. Међутим, врло обимно образложење, уверава нас да то никако не може бити случај.

Ова одлука привукла је нашу пажњу из разлога што је у њој, можемо слободно рећи, кулминирао до тада латентан "сукоб" на релацији између Уставног суда и редовних судова (читати: Врховни касациони суд), који је "тињао" од доношења Закона о Уставном суду Србије крајем 2007. године. Да ли ће ова одлука представљати епилог у односима између судова, остаје да се види, али то не умањује специфичан значај ове одлуке. Утолико ће питање односа два суда представљати кључно и суштинско питање, на које ћемо настојати да дамо одговор, пре свега, позивајући се на ставове Уставног суда.

У том смислу, претходно ћемо указати на посебан уставни положај Уставног суда Србије и његове основне надлежности.

Уставни суд Србије је самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост људских и мањинских права и слободе.³ Он није организацијски, ни хијерархијски зависан о неком другом уставном органу, нити му може бити подређен. Круг надлежности Уставног суда извире директно из Устава и чини га јемцем и чуварем Устава.

Основна и свакако најважнија надлежност Уставног суда односи се на заштиту уставности и нормативну контролу, коју том приликом спроводи. Оцена уставности закона се остварује, по правилу, у облику накнадне контроле. У том поступку Уставни суд може да укине сваки закон или било који други пропис који вређа уставне одредбе, укључујући и одредбе о људским и мањинским правима. За положај Уставног суда у уставном систему Републике Србије од значаја је и уставно правило о природи и дејству одлука Уставног суда, којим је утврђено да су судске одлуке коначне, извршне и општеобавезујуће, односно делују *erga omnes*.

Усвајањем Устава Републике Србије (2006) уставна жалба је препозната као посебно средство уставносудске заштите. Уставна жалба може бити изјављена против појединачних аката и радњи државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права или слободе зајемчена Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на судску заштиту.⁴ Одлучујући по уставним

3 Чл. 166 ст. 1 Устава Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06

4 Чл. 82 ст. 1 Закона о Уставном суду, *Сл. гласник РС*, 109/07,99/11

жалбама, Уставни суд поступа као специјална инстанца по жалбама грађана по принципу *inter partes*.

Иако је апстрактна нормативна контрола суштинска надлежност сваког уставног суда, укључујући и Уставни суд Србије, у пракси доминирају одлуке донете у поступку по уставној жалби, због великог броја поднетих уставних жалби.

Одлука која је предмет анализе, иако донета у поступку нормативне контроле, од посебног је значаја за одлучивање Уставног суда по уставним жалбама.

2. Покретање поступка и претходна питања

“Решењем Уставног суда број IУз -97/2012 од 12. јула 2012. године, које је Суд донео по сопственој иницијативи, у смислу одредбе чл. 168 ст. 1 Устава Републике Србије, покренут је поступак за утврђивање неуставности одредбе чл. 89 ст. 2 Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду, у делу који гласи: “осим судске одлуке”. Доносећи наведено решење, Суд је оценио да се основано поставља питање сагласности с Уставом одредбе Закона којом су судске одлуке изузете од примене мере поништаја као уставносудске санкције за утврђену повреду Уставом зајемченог људског или мањинског права и слободе. Суд је наведено решење, сходно чл. 107 ст.1. Закона о Уставном суду, доставио на одговор Народној скупштини”. Како Народна скупштина није доставила одговор, Суд је наставио поступак.

На основу овако покренутог поступка, отварају се два, могли бисмо рећи, претходна питања. Прво, да ли Уставни суд може покренути поступак по сопственој иницијативи и друго, да ли предмет оцене уставности може бити Закон о Уставном суду?

Покретање поступка по сопственој иницијативи уставног суда предмет је многобројних полемика и дилема у научној и стручној јавности. Разлози су бројни, а ми ћемо издвојити два најважнија. Покретање поступка *ex officio* чини Уставни суд судијом у сопственој ствари и супротно је принципу *neot iudex in sua causa*, чиме се прејудира решење о главној ствари. На тај начин, Уставни суд постаје активан чинилац у заштити принципа уставности и законитости, што не мора да има негативан предзнак. Међутим, уставни суд тиме може доћи у позицију да “бира које ће законе подвргнути уставној контроли”, чиме би “премашио улогу негативног законодавца и дошло би се на терен политичког процењивања”. (Стојановић, 2011: 12)

Међутим, друго је питање да ли се овог инструмента треба сасвим одрећи у транзицијским земљама, каква је наша и да ли је дошло време за строгу

примену “судијске уздржаности својствене стабилним системима” ? (Ненадић, 2010: 58)

Покретање поступка пред уставним судом *ex officio* може бити оспоравано на теоријском нивоу, међутим, поводом конкретног случаја добија другачију димензију. Уколико питања “за” и “против” оставимо по страни, можемо констатовати да је Уставни суд, покренувши поступак *suo sponte* у овом случају, реализовао Уставом му поверено овлашћење.

Када је реч о томе да ли Уставни суд може да оцењује уставност “свог” закона, односно Закона о Уставном суду, треба имати у виду следеће. Закон о Уставном суду, попут сваког другог закона, донела је Народна скупштина и он за предмет свог регулисања има уређење Уставног суда, поступке по којима се остварују надлежности Уставног суда, дејство његових одлука, извршење аката Уставног суда и сва друга важна питања која нису уређена Уставом. Овај закон донет је, а у међувремену и измењен, по поступку који се примењује и у погледу других “обичних” закона. Дакле, Закон о Уставном суду се по својим формалним обележјима не разликује у односу на било који други закон, који може бити предмет контроле пред Уставним судом. То што се њиме уређују питања која се тичу рада Уставног суда не чини га имуним на контролу уставности, иако се последице његове неуставности директно одражавају на рад Суда.

3. Главно питање

Основно питање на које је Уставни суд требало да одговори у конкретном случају јесте: Да ли је искључивање поништавања судских одлука у поступку по уставној жалби, уз задржавање таквог овлашћења у односу на све друге појединачне акте, у складу са Уставом? Тиме, однос Уставног суда и редовних судова долази у центар збивања, мада је то питање отворено још доношењем Закона о Уставном суду (2007), којим је, између осталог, разрађен институт уставне жалбе. Одредбама члана 89 ст. 2. и 3. које су биле садржане у основном тексту Закона о Уставном суду (“Сл.гласник РС”, број 109/07), донетог у новембру 2007. године, било је прописано: “Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом, односно радњом, повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, поништиће појединачни акт, односно забраниће даље вршење или наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице у одређеном року. Одлука Уставног суда којом се усваја уставна жалба је правни основ за подношење захтева за накнаду штете или отклањања других штетних последица пред надлежним органом, у складу са законом.” Овај закон, такође, садржао је решење које је подразумевало

изјашњавање свих судија Уставног суда поводом сваке уставне жалбе, што је представљало велику препреку у ефикасном решавању уставних жалби. Временом, како је растао број поднетих уставних жалби, овај проблем је постао све израженији. То је главни разлог због чега су предложене измене и допуне, које су преточене у Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду (*Сл.гласник РС*, 99/11), донетог у децембру 2011. године, који је ступио на снагу почетком 2012. године. Новим законским решењима поједностављено је одбацавање уставне жалбе и Уставни суд сада о томе одлучује на седници Малог већа⁵, а уведени су и нови разлози за одбацавање. Мериторно одлучивање по уставној жалби сада је у надлежности Великог већа.⁶

Међутим, потпуно неочекивано и без ваљаног образложења, Уставни суд лишен је овлашћења да у поступку по уставној жалби поништава судске одлуке. Раније поменути члан 89 ст. 2. и 3. измењен је тако да гласи: "Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт осим судске одлуке (подвукла М.Н.), забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца. Одлуком којом се усваја уставна жалба Уставни суд ће одлучити и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете када је такав захтев постављен."

Уставни суд, стога, основано поставља питање да ли изузимање аката судске власти од примене мере поништаја нарушава уставни принцип опште и једнаке подложности аката јавне власти уставносудској контроли и да ли постоји уставни основ за законско прописивање различитих овлашћења Уставног суда, односно различитог дејства одлука Уставног суда донетих ради заштите зајемчених права и слобода?

Уставни суд је на становишту да је уставносудска заштита уређена на принципу "да апсолутно сви акти јавне власти, односно свих грана власти, на исти начин подлежу оцени уставности и уставносудској заштити људских и мањинских права и слобода. Заштита у поступку по уставној жалби је обезбеђена у односу на појединачне акте или радње свих

5 Мало веће чине троје судија Уставног суда, од којих је један председник већа (чл. 42в Закона о Уставном суду Србије)

6 Велико веће чине председник Уставног суда и седам судија. (чл.42 б Закона о Уставном суду)

државних органа, укључујући и носиоце судске власти. Такво опредељење уставотворца, по схватању Уставног суда, обавезује и законодавни орган да законом уреди правно дејство одлука Уставног суда и њихово извршење. У том смислу, при законском уређивању дејства одлуке Уставног суда, законодавни орган је дужан да пропише и обезбеди једнаку подложност уставносудској контроли свих аката јавне власти и једнако дејство одлуке Уставног суда, у виду једнаких овлашћења Уставног суда за изрицање одређене мере. Стога се, изузимањем судских одлука од могућности изрицања мере поништаја, нарушава уставни принцип опште и једнаке подложности аката јавне власти уставносудској контроли на једнак начин, односно, захтев једнаког дејства одлука Уставног суда. Надаље, Уставни суд је оценио да уставно овлашћење законодавца да уреди правно дејство и извршење одлука Уставног суда, ограничено Уставом утврђеним правом Уставног суда да као самосталан и независни државни орган, својом одлуком уреди начин њеног извршења, када је то потребно. Стога, Суд оцењује да је свако ограничавање Уставног суда у погледу одређивања мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде уставног права несагласно са Уставом утврђеним положајем Уставног суда”.

“Суд констатује и то да у Републици Србији, од установљења института уставне жалбе, фактичко стање показује да су судске одлуке не само најчешћи предмет уставне жалбе него и врста аката код којих се најчешће утврђују повреде уставних права”. Мада, морамо додати, чињеница је да у највећем броју случајева уставне жалбе бивају одбачене или одбијене, а да је проценат усвојених жалби врло низак. Међутим, “изузимање судских одлука од мере поништаја, уз истовремено задржавање овлашћења Суда да ову меру може применити на (друге) појединачне акте и радње као санкцију према тим изворима повреде уставних права, представља и својеврсну правно-системску контрадикцију”. Наиме, “у највећем броју случајева одлука органа судске власти је последњи акт у низу чијом се контролом и поништајем може отклонити повреда права, било да је учињена одлуком суда у поступку пружања правне заштите или пропуштањем органа судске власти да својом одлуком отклони повреде права учињене у претходним фазама одлучивања о правима и обавезама лица”.

Уважавајући све наведене разлоге, изнете у образложењу одлуке Уставног суда, не можемо, а да не приметимо, да изјављивање уставне жалбе Уставном суду у односу на пресуде које доносе редовни судови ствара извесну напетост у односу између редовних судова и Уставног суда, која је додатно појачана овлашћењем Уставног суда да поништава судске одлуке. Стога, основано се може поставити питање да ли Уставни суд оваквим

поступањем себе доводи у позицију супер-апелационог суда? Да ли је то у складу са одредбама Устава, којима се утврђује да судска власт припада судовима опште и посебне надлежности,⁷ и одредбама према којима судске одлуке не могу бити предмет вансудске контроле, односно да судске одлуке може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку?⁸

У одговору на поменута питања могу се чути два, противречна одговора. Према једном, (Трифунковић, 2009: 170, Цветковић, Ђорђевић, 2011: 221) указује се да Уставни суд није део судске власти и да не може вршити оцену ваљаности судске одлуке. Када се дозволи да предмет преиспитивања пред Уставним судом буде свака одлука редовног суда и када она буде поништена, тиме се угрожава правна сигурност и ствара се правна неизвесност, вређа се начело правноснажно пресуђене ствари и руши ауторитет судске одлуке. Стога, према овом схватању, неприхватљиво је да уставни суд може да поништава или укида судску одлуку, већ ће бити довољно да само констатује да је дошло до повреде људског или мањинског права. Тиме се од уставног суда тражи да поступа попут Европског суда за људска права, и да доноси само деклараторне одлуке.

Друго, потпуно супротно гледиште заступају многи конституционалисти (Пејић, 2009:139; Симовић, 2012:12; Стојановић, Вучић, 2009:887), а такво мишљење дели и Уставни суд. Наиме, "Уставни суд је на становишту да подвргавање судских одлука уставносудској контроли у поступку по уставној жалби, као и изрицање мере поништаја судске одлуке поводом утврђења Суда да је одлуком органа судске власти учињена повреда уставних права и слобода, није у супротности нити противречи уставном начелу независности судске власти, нити уставним одређењима да судска власт припада судовима опште и посебне надлежности, да су судске одлуке обавезне за све и да не могу бити предмет вансудске контроле, односно, да судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд, у законом прописаном поступку. Напротив, овлашћење Уставног суда као органа надлежног за обезбеђивање уставносудске заштите у свим његовим надлежностима утврђеним Уставом, па и надлежности за одлучивање о уставним жалбама, у функцији је остваривања уставног начела владавине права, које се темељи на неотуђивим људским правима, а остварује се, поред осталог, и уставним јемствима људских права и мањинских права, независном судском влашћу и повиновањем (сваке) власти Уставу и закону".

7 Члан 143 ст.1 Устава Србије

8 Члан 145 ст. 3. и 4. Устава Србије

“Из корелације уставних одредби, према којима је остваривање Уставом зајемчених права и слобода претпоставка владавина права, а уставна жалба правно средство чији је циљ заштита од повреда или ускраћивања права зајемчених Уставом, и то оних који учине државни органи, Суд закључује да се уставни смисао и циљ уставне жалбе не остварује самим декларативним утврђивањем постојања повреде права, већ се остварује отклањањем последица које су настале утврђеном повредом уставних права и слобода, без обзира који је државни орган доносилац оспореног акта”. Наиме, ако пођемо од тога да је суштински елемент уставне жалбе, не само томе што води да се утврди повреда права, где је то потребно, већ и “поновно успостављање жаличевог права” (Danneman, 1994:149), то значи да неуставне одлуке управне власти или судова могу бити поништене. Ако је главни циљ изјављивања уставне жалбе заштита повређеног или угроженог права, онда је разумно очекивање да овом циљу буде примерена и одлука Уставног суда, која би ту заштиту требало да пружи и својим дејством ефикасно отклони повреду основног права. Такво мишљење дели и Венецијанска комисија, наглашавајући да је испитивање судских одлука у поступку пред Уставним судом итекако позитивно из перспективе људских права, али да Уставни суд треба да има “моћ” да их санкционише уколико вређају основна права. Ако одлука редовног суда не може бити поништена, то умањује снагу Уставног суда и његов углед.⁹

“Суд сматра да између Уставом утврђене надлежности Уставног суда за поступање по уставним жалбама и законом утврђених надлежности судова опште и посебне надлежности не постоји однос конкуренције нити међусобног искључивања, нити подвргавање судских одлука уставносудској контроли у поступку по уставној жалби има значење Уставом недопуштене вансудске контроле судских одлука, будући да се свакако не ради о одлучивању “о истој ствари”. Оба вида правне заштите остварују се у одвојеним и независним поступцима, од стране самосталних и независних органа, а са циљем да се, у окриљу Устава, у правном поретку обезбеди целовита заштита права и слобода зајемчених Уставом”. Суд је, међутим, става “да уставно установљење непосредне уставносудске заштите, уз истовремено, уставно одређење да се судске одлуке заснивају на Уставу, подразумева да се судским одлукама морају поштовати, пре свега, људска права и слободе, као њихово вредносно језгро”.

Полазећи од значења, систематске и смислено-логичке повезаности одговарајућих норми Устава које се односе на улогу и место Уставног суда у

9 European Commission for Democracy through Law, Opinion on draft Amendments and addition to the law on the Constitutional Court of Serbia, Retrieved 16-17 December 2011, from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)050cor-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)050cor-e)

систему јавне власти, а посебно његову улогу у непосредној заштити Уставом гарантованих права, следи да дејство уставног начела о независности судске власти (члан 4 став 4. Устава) и принципа "недодирљивости" судских одлука за вансудске власти (члан 145. ст.3. и 4. Устава) треба разумети тако да судске одлуке остају апсолутно "недодирљиве" за законодавну и извршну власт, чиме је одржано стандардно значење и дејство принципа независности судске власти. Судске одлуке, међутим, нису "недодирљиве" за оцену дали су повредила основна људска права гарантована Уставом. Као што у поступку нормативне контроле Уставни суд цени уставност закона и законитост прописа извршне власти, тако у поступку по уставној жалби Уставни суд оцењује сагласност судских одлука са Уставом гарантованим људским правима и слободама. Као што је "природно" да из констатације Уставног суда да законска норма није сагласна са Уставом следи последица да општа норма губи својство важећег права, тако и констатацију да је судска одлука повредила "специфично уставно право" неизбежно мора да прати неважност (ништавост) појединачног акта судске власти који је у сукобу са Уставом".

"У вршењу своје надлежности Уставни суд се кретао у границама своје уставне надлежности, испитујући оспорене судске одлуке у оној мери у којој је то неопходно да би се утврдило да ли је доношењем судске одлуке дошло до повреде или ускраћивања уставних права и слобода и у границама разлога који су наведени у уставној жалби. При томе, у случајевима када би утврдио да је до повреде Уставом зајемченог права дошло пред првостепеним судом, Суд је поништавао само одлуку суда последње инстанце, како би тај суд у поновном поступку, по изјављеном правном средству, отклонио учињену повреду". Уставни суд подсећа да није надлежан да врши проверу утврђеног чињеничног стања и начина на који су редовни судови тумачили позитивноправне прописе, осим у случајевима када су њихове одлуке довеле до повреде уставних права, или су та права занемариле, јер је примена закона била арбитрерна или дискриминаторска, као и уколико је дошло до повреде одређених процесних права (на приступ суду, на делотворни правни лек).¹⁰ Уставни суд је у поступку по уставној жалби надлежан једино да испитује постојање повреда или ускраћивања Уставом зајемчених права и слобода, те се стога и наводи уставне жалбе морају заснивати на уставноправним разлозима којима се, са становишта Уставом утврђене садржине одређеног права или слободе, поткрепљују тврдње о његовој повреди или ускраћивању. То истовремено значи да Уставни суд није надлежан да, поступајући по уставној жалби, као инстанциони (виши) суд још једном испитује законитост оспорених аката

10 Решење Уставног суда Уж 1939/2012

или радњи, па из тих разлога формално позивање на повреду уставних права и слобода, само по себи, не чини уставну жалбу допуштеном. Уставни суд очекује да наводи и разлочи уставне жалбе покрећу неко опште питање о евентуалној повреди означеног права, које је од уставноправног значаја за одлучивање Уставног суда.¹¹

Уставни суд наглашава да “ни законом дато овлашћење да поништава одлуке судова, ни његово поступање у изрицању те мере, нису имали карактер инстанционе контроле у односу на одлуке судова, које су биле предмет уставне жалбе”. Поништавајући пресуду редовног суда, Уставни суд не преузима “ствар у своје руке”, већ упућује да се настала повреда може “излечити” у поступку пред надлежним судом. Поступајући према одлукама редовних судова, Уставни суд не поступа као “суд пуне јурисдикције”. (Симовић, 2012:11) Уставни суд се налази “поред, а не изнад редовних судова и не испитује судске одлуке у пуном обиму у погледу њихове правне ваљаности” (Стојановић, Вучић: 2009: 889), али док је Уставни суд “чувар Устава”, редовни суд јесте само “слуга закона”. То не даје за право Уставном суду да наступа као суперапелациони суд, већ “као суд који разматра и санкционише повреде Устава, а не обичне правне грешке” (Марковић, 2007: 36). Тежиште уставносудског испитивања није на испитивању тачности и потпуности чињеничног стања или примени материјалног права од стране редовног суда, већ на “интерпретацији правног становишта које је редовни суд заузео или је требало да заузме о значењу основних права гарантованих Уставом, њиховом нормативном дometу и њиховим границама”. (Стојановић, Вучић, 2009: 891) У поступку по уставној жалби Уставни суд врши “контролу микроуставности”- the review of microconstitutionality. (Harutyanyan, Mavcic, 1999:157) Он разјашњава и прецизно утврђује садржај одређеног уставног права, чиме овај поступак не служи само субјективној, већ остварује и објективну сврху.

“Ако је главни циљ изјављивања уставне жалбе заштита повређеног или угроженог права, онда је разумно очекивање да овом циљу буде примерена и одлука Уставног суда која би требало да пружи ту заштиту и да својим дејством ефикасно отклони повреду основног права. Једино уколико се на овај начин пружена заштита покаже недовољном, могуће је да Уставни суд прошири дејство своје одлуке тако што ће, поред елиминације неуставног појединачног акта, одредити и начин правичног задовољења. То значи да корекција појединачног акта није довољна, али је без сумње први и најважнији резултат одлуке Уставног суда којом се утврђује да је појединачним актом повређено људско или мањинско право. Уколико се ово правно дејство не би признало одлуци Уставног суда, онда би

11 Одлука Уставног суда Уж 1033/2012

уставносудска заштита била теоријска и илузорна. Било би неразумно оставити на снази појединачни акт који вређа Уставом гарантована права, позивајући се на уставну заповест која искључује могућност вансудског преиспитивања судских одлука”.

Уставни суд подсећа да достигнути степен заштите уставних права и слобода који је остварен поступањем Уставног суда по уставним жалбама на наведени, уставно утемељен и законом прописани начин, учинио је уставну жалбу делотворним правним средством у правном систему Републике Србије, што је и потврђено у правним схватањима Европског суда за људска права у протеклом периоду примене решења из основног текста закона.

4. Закључне напомене

“Из свих изложених разлога, Суд је оценио да изузимање аката судске власти од примене мере поништаја нарушава уставни принцип опште и једнаке подложности аката јавне власти уставносудској контроли, као и да не постоји уставни основ за законско прописивање различитих овлашћења Уставног суда, односно различитог дејства одлука Уставног суда донетих ради заштите Уставом зајемчених права и слобода, па ни за установљење оних разлика које би се темељиле на врсти оспорених аката, зависно од припадности доносиоца оспореног акта којој од грана власти. Стога, оцењујући да се изузимање судских одлука од могућих поништаја не темељи на каквом уставно-правно заснованом основу и разлогу, Суд је утврдио несагласност оспорене одредбе Закона у наведеном делу са Уставом”.

Након објављивања ове одлуке у Службеном гласнику Републике Србије, Уставном суду су “враћена” овлашћења којима је располагао још од свог установљавања. Да ли је тиме стављена тачка у погледу односа Уставног суда Србије и редовних судова, остаје да се види. Нема сумње да је доносиоци наведену одлуку Уставни суд устао у одбрану свог интегритета и угледа, који је био тренутно пољуљан, неуставним законским решењима. То свакако не би смело да значи деградирање судске функције, посебно ако имамо у виду да редовни судови чине окосницу унутрашњег система заштите људских права и да су прва “карика” у “ланцу” заштите људских права. Од редовних судова се стога, оправдано очекује да поднесу највећи “терет”. Ривалитет између уставних и редовних судова мора да нестане ако имамо у виду да је поступање редовних судова је у функцији редовне, сталне заштите људских права, док је поступање Уставног суда у функцији “ексклузивне” заштите, за којом би требало да се сасвим ретко посеже.

Зато и однос два суда мора бити растерећен страха од надређености и контроле и оба суда, сваки са своје стране, морају пронаћи "разуман начин за коегзистенцију" (Garlicki, 2007: 49). Осим тога, уколико изађемо из националног оквира и однос два суда ставимо у контекст европског система заштите људских права, онда можемо видети да одлуке Уставног суда могу бити "под лупом" Европског суда за људска права. То значи да Уставни суд стоји између два система заштите људских права и својим деловањем треба да коригује евентуалне пропусте у заштити људских права насталих поступањем редовних судова, а како би се смањило прилив предмета пред Европским судом.

Литература

Dannemann, G. (1994). Constitutional complaint-the European perspective. *International & Comparative Law Quarterly*. 43. 142-153.

Garlicki, L. (2007). Constitutional courts versus supreme courts. *International Journal of Constitutional Law* 1(V) 44-68.

European Commission for Democracy through Law, Opinion on draft Amendments and addition to the law on the Constitutional Court of Serbia, Retrieved 16-17 December 2011, from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)050cor-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)050cor-e)

Ненадић, Б. (2010). Уставно судство на провери. У *Уставно судство у теорији и пракси*. Београд, Фондација Конрад Аденауер. 51-68.

Марковић, Р. (2007). Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006 године. *Анали Правног факултета у Београду*. 2 (LV). 19-46.

Пејић, И. (2009). Уставне гаранције људских права у Србији. *Правна ријеч*. 18. 129-142

Симовић, Д. (2012). Уставна жалба-теоријскоправни оквир. *Анали Правног факултета у Београду*. 1 (LX). 203-223.

Стојановић, Д. (2011). Стање и проблеми у остваривању накнадне уставне контроле права. У М. Петровић (ур.), *Устав Републике Србије: пет година после: (2006-2011)* (стр. 1-19). Ниш: Правни факултет.

Стојановић, Д., Вучић О. (2009). Домашај уставног судског испитивања одлука редовних судова у поступку одлучивања о уставним жалбама грађана. *Правни живот*. 14. 879-885.

Трифунковић, П (2009). Судска одлука и уставна жалба. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, 3. 165-179.

Narutyanyan, G., Mavcic A (1999)., Constitutional review and its development in the Modern World: A Comparative Constitutional Analysis, Yerevan-Ljubljana.

Цветковић-Ђорђевић В. (2011) Преиспитивање судске одлуке од Уставног суда Србије. У С. Лилић (прир.) *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Београд: Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, 217-224.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*. Бр. 98 (2006).

Закон о Уставном суду Србије, *Службени гласник РС*, Бр.109 (2007), Бр. 99(2011).

Одлука Уставног суда Србије IУз -97/2012, *Службени гласник РС*. Бр.18 (2013).

Одлука Уставног суда Србије, Уж 1033/2012, *Службени гласник РС*. Бр.116 (2012).

Решење Уставног суда Србије Уж 1939/2012, извор www.ustavni.sud.rs

Maja Nastić, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

The Relationship between the Constitutional Court and Regular Courts: A Commentary on a Decision of the Constitutional Court of Serbia

Summary

In this paper, the author analyses a decision of the Constitutional Court of Serbia on the validity of the Constitutional Court Act provision which envisages that judicial decisions of ordinary court are exempt from annulment in the course of the constitutional appeal procedure. The Court held that these provisions of the Constitutional Court Act are unconstitutional. Although this Constitutional Court decision was awarded in the course of the constitutional review proceeding, this decision casts more light on the relationship between the Constitutional Court and regular courts in constitutional appeal proceedings.

Moreover, this decision provides answers to some questions concerning the formal requirements for initiating a constitutional appeal proceeding. Namely, in this specific case, the constitutional review proceeding was instigated ex officio upon the initiative of the Constitutional Court itself, which is quite rare in the jurisprudence of this Court. Another peculiarity of this case is that the subject matter of constitutional review is the Constitutional Court Act, which ultimately implies that the outcome of this proceeding has direct implications on the operation of the Constitutional Court.

The Constitutional Court found that the exemption of ordinary courts' decisions from annulment constitutes a violation of the constitutional principle that all acts of public authorities are subject to the same general constitutional review procedure; thus, the Constitution does not envisage any Constitutional Court powers other than those it has already been vested with, nor a different effect of the Constitutional Court decisions awarded for the purpose of protecting the constitutionally guaranteed rights and freedoms. The Constitution does not recognize differences which may be based on the type of a disputed act (in terms of the branch of government it has been issued by). Concurrently, the effectiveness of the constitutional appeal is diminished because the ordinary courts' decisions are the most common subject matter of constitutional appeal. Moreover, in a vast majority of cases, an ordinary court decision is the act of the last resort which may be used to remove the violation of some human rights.

The Court assumes that the purpose and objective of the constitutional appeal is not accomplished by declaring that there was a violation of a guaranteed right but by removing the consequences arising from the established violation of the constitutionally guaranteed rights and freedoms, no matter which public authority has issued the disputed act. Thus, ordinary courts' decisions remain absolutely "untouchable" for the legislative and executive authorities but they are not "untouchable" in terms of assessing whether they violate the basic constitutionally guaranteed human rights. The Constitutional Court emphasizes that its legally vested power to annul the ordinary courts' decisions does not imply a last-instance control over these decisions because the focus of constitutional review is not to assess the accuracy of facts or examine how the regular courts applied the substantive law but to provide the interpretation of constitutionally guaranteed rights.

It remains to be seen whether this decision will contribute to clarifying the relations between the Constitutional Court and the regular courts; however, from the aspect of human rights protection, it is extremely important to end up the rivalry between these courts. The activities of regular courts, which are aimed at providing a permanent and on-going protection of human rights, may not be substituted by the Constitutional Court activities. The constitutional appeal submitted to the Constitutional Court is aimed at providing an "exclusive" protection of human rights, and only in exceptional cases can it lead to the annulment of ordinary courts' decisions. Besides, the Constitutional Court is not the "supreme" guarantor of human rights because its decisions are subject to the reassessment of the European Court of Human Rights.

Key words: *the Constitutional Court of Serbia, constitutional complaint, judicial power*

ПРИКАЗИ

Миљана Тодоровић,¹
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ
UDK: 34(37)“03”

Рад примљен: 26.09.2013.
Рад прихваћен: 02.10.2013.

„1700 ГОДИНА МИЛАНСКОГ ЕДИКТА“

Међународна научна конференција одржана на Правном факултету у Нишу од 17. до 19. маја 2013. године

Читава 2013. година у знаку је обележавања 1700 година од доношења Миланског едикта, акта којим је дозвољено исповедање хришћанства у Римском царству. Годишњица доношења Едикта који је поставио основ вредностима на којима ће се темељити европска цивилизација, дао је повод научној јавности широм Европе да још једном осветли околности везане за доношење овог Едикта и његов историјски значај. Ниш, као родно место цара Константина, творца Миланског едикта, био је центар многобројних активности којима је на различите начине обележаван овај јубилеј. Правни факултет у Константиновом родном граду био је домаћин одржавања једне од највећих научних конференција посвећених овој теми. Вишеструки значај Миланског едикта пружио је могућност одржавања једне овакве мултидисциплинарне конференције. Радови из области правне историје, историје, црквеног права, филозофије и археологије покрили су широко поље утицаја хришћанства од његових почетака до модерних дана, као и нормативну и организациону испреплетаност духовних и световних власти.

У организацији Правно-историјске катедре Правног факултета у Нишу, Града Ниша и Министарства просвете, од 17. до 19. маја 2013. године, одржана је међународна научна конференција „1700 година Миланског едикта“. За учешће на конференцији пријавио се 101 учесник са 74 реферата. Учесници су били наставници и сарадници правних и филозофских факултета из пет земаља и чак 17 универзитета из региона: Правни факултет Универзитета у Нишу, Београду, Новом Саду, Крагујевцу, Косовској Митровици, Подгорици, Скопљу, Љубљани, Новој Горици, Сплиту, Загребу, Ријеци, Осијеку, Сарајеву, Зеници, Тузли и Мостару; Филозофски

¹ miljana@prafak.ni.ac.rs

факултет Универзитета у Нишу, Београду, Новом Саду, Загребу и Зеници; Архитектонски факултет Универзитета у Београду.

Свечана академија којом је отворена научна конференција одржана је у Великој сали Универзитета у Нишу, уз присуство представника Владе Србије, Града Ниша и Српске православне цркве. Конференција је отворена поздравним говорима декана Правног факултета у Нишу проф. др Мирослава Лазића, градоначелника Ниша, проф. др Зорана Перишића и проректора Универзитета у Нишу, проф. др Ненада Павловића. Нарочит тон свечаној академији дало је обраћање проф. др Срђана Шаркића, редовног професора Правног факултета у Новом Саду, који је још далеке 1983. године први превео Милански едикт на српски језик.

Радни део конференције одвијао се 18. маја 2013. године, у просторијама Правног факултета у Нишу. Паралелно су одржане три сесије, формиране према темама које су учесници пријавили.

У првој, најбројнијој сесији, излагали су правни историчари и учесници са правно-историјским темама. Њоме су председавали проф. др Сима Аврамовић, Декан Правног Факултета у Београду, проф. др Срђан Шаркић и проф. др Владимир Симич са Правног факултета у Љубљани. Највећих број радова тицали су се улоге коју је хришћанство имало у историји државе и права, као и историјским и савременим аспектима односа државе и цркве. У овој сесији радове су изложили и доајени правно-историјске науке. Професор Аврамовић је своје излагање посветио кооперативној одвојености државе и цркве, доктрини која је, као успешан правни трансплант из савремене европске праксе, успешно усађена у правни систем Републике Србије Законом о црквама и верским заједницама из 2006. године. Професор Шаркић је говорио о неким аспектима Константинове политике према хришћанима. Као један од најјачих доказа да је овај цар заиста био наклоњен хришћанима, професор је истакао два документа у којима је Константин даривао цркву у Африци и изузео је од јавних дажбина у корист државе, чиме је установио црквене привилегије које ће се увећавати током средњег века.

Друга сесија је окупила учеснике са темама из области Римског права. председавали су проф. др Жика Бујуклић, проф. др Невенка Богојевић Глушчевић и доц. др Марија Миладиновић. У овој сесији излагања су имали готово сви професори Римског права државних правних факултета у Србији: проф. др Магдолна Сич (Нови Сад), проф. др Жика Бујуклић (Београд), проф. др Наташа Деретић (Нови Сад), проф. др Милена Полојац (Београд), проф. др Емилија Станковић (Крагујевац). Међу радовима окупљених романиста из Србије, Македоније, Црне Горе и Хрватске био је

велики број оних у којима је указивано на свеприсутну актуелност римског права, што се огледа и у насловима неких реферата: „О актуелности једног преторовог едикта“ (проф. др Милена Полојац, Београд), „Јустинијанова кодификација – камен темељац европског приватног права“ (доц. др Владимир Вулетић, Београд), „Антихреза – реликт прошлости или решење за будућност“ (Инес Матић, Ријека) и „Правно неосновано обогаћење од римског до савременог српског права“ (Валентина Цветковић-Ђорђевић, Београд). Радове је пратила жива дискусија о самом садржају радова, али и о питањима које тема конференције неизбежно намеће, као што је расправа о мотивима цара Константина - да ли је био искрени хришћанин или само прагматичан политичар коме је хришћанство било средство за остваривање политичких циљева.

Трећа сесија је према темама била најразноврснија. Модератори ове сесије били су проф. др Крешимир Филипец (Загреб) и доц. др Ирена Љубомировић (Ниш). Излагани су радови историчара, филозофа и археололога. Професорка Сузана Рајић (Београд) посветила је своје излагање држави и цркви у Краљевини Србији за време последњег Обреновића. Говорила је о односу владара и представника извршне и законодавне власти према поглавару Српске цркве митрополиту Михаилу, који се 1889. године вратио у земљу након шестогодишње емиграције. Запажено излагање имао је проф. др Крешимир Филипец, који је дао занимљив приказ живота првих хришћана. Доцент Славиша Недељковић је разматрао српско црквено питање у Старој Србији у 19. и почетком 20. века, када је долазак српских митрополита у Призрен и Скопље отворио могућност да се преко црквених институција ојача национална и политичка активност у Старој Србији. Занимљив рад из области филозофије имао је, између осталих, проф. др Жељко Шкуљевић из Зенице, о односу хришћанства према хеленском филозофском наслеђу у светлу Константиновог Миланског едикта.

Заједничку завршну дискусију 19. маја, водио је проф. др Драган Николић, шеф Правно-историјске катедре Правног факултета у Нишу. Учесници су изразили задовољство што је Правно-историјска катедра у Нишу организовала конференцију која је, након много година без значајнијих сусрета, окупила правне историчаре из региона. Деведесете су прекинуле традицију интеркатедарских састанака, што је младу генерацију правних историчара ускратило за међусобне контакте и увид у научна интересовања и достигнућа колега из суседних држава. Успешно организована међународна конференција показала је да су окупљања наставника и сарадника ове научне области могућа, упркос незавидним финансијским условима који су заједнички проблем свих универзитета у региону. Воља да се уложе време и напор које изискује организација регионалних кон-

ференција и посвећеност идеји заједничког неговања правно-историјске науке, довољни су да се ствари помере са нулте тачке. Изражена је нада да до наредне правно-историјске конференције неће проћи превише времена и разматране су могућности и предности садрадње суседних универзитета на овом плану.

Након дискусије, учесници су посетили Гамзиград, археолошко налазиште царске палате *Felix Romuliana*, које се налази на Унесковој листи светске баштине. Овим излетом и заједничком вечером завршена је конференција посвећена Миланском едикту. Символично, акт који утемељује верску толеранцију је 1700 година након доношења окупио истраживаче са простора који има бремениту прошлост, али чија друштва на овој и другим европским вредностима којима векови шире поља деловања не мењајући њихову суштину, започињу нова поглавља у свом развоју.

Милош Прица,¹
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ
UDK: 35.077.3

Рад примљен: 07.10.2013.
Рад прихваћен: 15.10.2013.

ПРИКАЗ ЈАВНЕ РАСПРАВЕ О ПРЕДЛОГУ НАЦРТА ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

У првом дану последње седмице маја 2013. године, на Правном факултету Универзитета у Нишу, одржана је јавна расправа о Предлогу нацрта Закона о општем управном поступку (надаље Предлог), у којој је учешће узео и писац ових редова. Дотична расправа била је прва јавна дебата о предложеним променама у управно-процесном законодавству Републике Србије.

Јавну расправу је отворила Гордана Стаменић, државна секретарка Министарства правде Владе Републике Србије. У својству чланова радне групе за израду Предлога били су присутни др Предраг Димитријевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Вук Цуцић, асистент Правног факултета Универзитета у Београду и Владана Јовић, помоћница Министра правде Владе Републике Србије. На другој страни, како то бива у оваквим приликама, забележили смо присуство наставника и сарадника Правног факултета Универзитета у Нишу, судија, адвоката, челника и запослених у органима управе, те правника из других органа и организација.

Уз текст **Предлога**, за потребе јавне расправе је приложено и **образложење** Предлога. Прво што је писцу ових редова пало у око био је садржај текста образложења, јер су у њему, осим описивања структуре и делова Предлога, готово изостали аргументација и разлози аутора Предлога. Та околност да образложење представља чисто дескриптивно објашњење предложених законских решења, послужила нам је као повод да се запитам о техници доношења закона данас.

Гледано из угла повести законодавне технике романско-германско-словенских правних поредака, образложење нацрта закона смисао црпе из потребе да се предоче идеје и разлози којима је било надахнуто

1 pricamilos@prafak.ni.ac.rs

законописање. Због тога је у природи ствари да образлагање предложених законских решења почива на приступу *pro et contra*, на концу којег ће се читаоцу изложити аргументација и разлози који су превагнули у корист предложених законских решења. Овде особито ваља имати у виду да је у повести правне технике романско-германско-словенских правних поредака, у виду правила, забележен приступ законодаца који су уз текст нацрта закона или законика издавали обимна образложења, понекад чак и у формату целих уџбеника. Таквим приступом правним поколењима завештана је, као наук, обавеза темељитог, применљивог и правно-језички прецизног и лепог законодавања. Све ово, дакако, не значи да је образложење само по себи гаранција добре законодавне технике, али је свакако показатељ озбиљности са којом се приступа писању закона. Зато је неподесно образложење најчешће знак лошег законодавног рада. Највећма до тога долази у случајевима када се закони пишу и усвајају у кратком временском периоду, без намере да се претходно чује реч правне науке и правне струке, дочим су и образложење нацрта закона и јавна расправа сувишни и безначајни.

Ако се питање сагледа са тачке гледишта правног поретка Републике Србије, видеће се да је у периоду од увођења такозваног „вишестраначја“ до данас не мали број закона донесен као израз чистог волунтаризма и правног експериментисања. Притом је усвајање закона у нас често наилазило на оштру осуду посленика правне науке и правника практичара, да би се доцније и у пракси показала потпуна неприменљивост таквих закона.

Имајући све ово у виду, веома је важно знати да су постојаној законодавној техници, између осталог, својствени: 1. предочавање стручној јавности мотива и разлога, из којих проистиче неопходност писања закона; 2. обзнањивање идеја и аргументације којима је било надахнуто уобличавање предложених решења; и 3. организовање делотворне јавне расправе о нацрту закона. Формално, јавна расправа постоји када се стручној јавности пружи прилика да се изјасни о предложеном законском тексту, а то се данас у ери високо развијених информационо-комуникационих технологија може постићи и тако што ће се предвидети могућност електронског слања коментара и примедба. Суштински, међутим, услов истинске и делотворне јавне расправе биће испуњен само када у равни одлучујуће воље постоји свест о потреби да се путем јавног разматрања дође до најбољих решења. У ствари, постојање јавне расправе је неодвојиво од спремности уважавања ставова посленика правне науке и правне струке. Тако, када наречена спремност постоји, неће бити тешко углавити време и подесну форму како би се чула реч правне науке и правне струке. У противном, јавна расправа је сама себи циљ и појављује се као задовољење пуне форме.

Јавна расправа о Предлогу нацрта Закона о општем управном поступку у Нишу била је прилика за изношење става о Предлогу, како у целисти, тако и о појединим његовим решењима. Кад то већ није наведено у образложењу Предлога, она је послужила и томе да се заинтересованим учесницима објасни *ratio* појединих предложених решења. Разуме се, уместо сучељавања ставова, јавна расправа је окончана позивом да се радној групи доставе предлози, примедбе и сугестије.

Најзапаженије у јавној расправи било је излагање др Дејана Вучетића, доцента Правног факултета Универзитета у Нишу. Доц. др Дејан Вучетић је упутио одређене похвале (на пример, у погледу структуре Предлога, увођења начела сразмерности и начела легитимних очекивања странке, у погледу правне заштите приговором и др.), али је сугерисао више од двадесет измена и допуна Предлога. Излагање писца ових редова превасходно се односило на питање законског дефинисања управне ствари и на критику предложене дефиниције управне ствари, док се обраћање осталих учесника првенствено тицало евентуалне примене појединих новина Предлога.

У време настајања ових редова дошли смо до сазнања да ће се врло брзо приступити изради новог Предлога нацрта Закона о општем управном поступку, и то, по свему судећи, битно другачијег од постојећег. С тим у вези, одмах по објављивању поменутога Предлога, на Правном факултету Универзитета у Нишу одржаће се округли сто на тему „Реформа управно-процесног законодавства Републике Србије“. Учесће у раду округлог стола узеће домаћи посленици правне науке и правне струке. Остаје да се види у којој ће мери доношење новог Закона о општем управном поступку бити саобразно закључцима посленика управно-правне науке и управно-правне струке.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Сања Марјановић,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.96:347.615](497.11)

Рад примљен: 09.10.2013.

Рад прихваћен: 13.11.2013.

МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ ЗА СПОРОВЕ О ИЗДРЖАВАЊУ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA¹

Апстракт: У материји издржавања у међународном приватном праву Србије тренутна ситуација је специфична. С једне стране, још увек важе норме о надлежности Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, а, с друге стране, колизионе норме овог закона су дерогиране новим међународним извором – Хашким протоколом о меродавном праву за обавезе издржавања. Стога је неопходно испитати функционисање важећих норми о надлежности у периоду до доношења новог закона о међународном приватном праву, чему је чланак посвећен.

Кључне речи: издржавање, међународна надлежност, ЗРСЗ, Нацрт ЗМПП.

1. Увод

Генерално посматрано, домаће међународно приватно право се данас налази у посебној ситуацији – ситуацији ишчекивања. Наиме, с једне стране, још увек је на снази Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ)², израђен за потребе једног другог времена и у складу са тадашњим развојем међународног приватног права. Његов успех је у односу на највећи број других домаћих закона неспоран, о чему

sanjamarjan@yahoo.com

1 Овај чланак је резултат рада на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета у Нишу који подржава Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број 179046).

2 *Сл. лист СФРЈ* 43/82, 72/82 и *Сл. лист СРЈ*, 46/96.

сведоче две чињенице. Најпре, да у Србији важи већ 30 година, а потом и да је један од ретких закона СФРЈ који су преузеле новонастале државе и који у већини од њих и данас важи.³ С друге стране, у току је рад на Нацрту новог Закона о међународном приватном праву (Нацрт),⁴ као резултат потребе да се систем домаћег међународног приватног права осавремени у складу са новинама у упоредном међународном приватном праву, у међународном приватном праву ЕУ и у појединим конвенцијама донетим у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право. Поред тога, творци Нацрта су у погледу појединих питања ишли корак испред свог времена. Наиме, услед крутости уобичајених законских решења или правних празнина, приватни субјекти понекад не могу да своје односе уреде на задовољавајући начин. У том смислу, Нацрт доноси одређене новине и то за она питања поводом којих у упоредном праву још увек преовлађују конзервативна схватања.⁵ Најзад, и приступање Србије новим хашким конвенцијама о међународном приватном праву такође представља разлог да се размотре одредбе Нацрта, као и решења ЗРСЗ-а.

Када је реч о издржавању, одређени разлози утичу да се преиспитају норме о надлежности ЗРСЗ-а, која су временом у знатној мери постала анахрона. Наиме, основи надлежности су недовољно широко постављени, тако да понекад, иако је странка фактички довољно повезана са Србијом, домаћи суд углавном не може одлучивати, а да не посегне за прекомерном надлежношћу (2). Поред тога, Србија је недавно ратификовала Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања (Протокол),⁶ што је наметнуло и питање корелације његових колизионих норми са нормама о надлежности ЗРСЗ-а (3). Најзад, осим разматрања наведених проблема, циљ овог чланка је и да укаже на развој система издржавања *de lege ferenda* (4), укључујући и проблем надлежности у двостраним уговорима који уређују ову материју (5).

3 Словенија је прва донела нови закон 1999. године, а 2007. године и Македонија. ЗРСЗ још увек важи у Србији, Босни и Херцеговини, Црној Гори и Хрватској. Што се тиче Црне Горе, предлог новог закона је тренутно у скупштинској процедури. Хрватска, пак, у очекивању усвајања закона, још увек примењује ЗРСЗ у делу који није покривен међународним приватним правом ЕУ универзалног карактера. Међутим, ситуација у Босни и Херцеговини је деликатнија с обзиром на однос надлежности Федерације и Републике Српске, а у делу теорије је сугерисано и да би требало сачекати решења закона Србије и Хрватске ради усклађивања са њима. О томе Шаула, 2011: 91-100.

4 <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravun-radna-verzija.html>

5 Нпр. одредбе Нацрта о личном имену.

6 *Сл. гласник РС - Међународни уговори*, 1/2013.

2. Основна решења ЗРСЗ-а

Норме о надлежности за спорове о издржавању ЗРСЗ-а заснивају се, традиционално, на пребивалишту и држављанству, који се у зависности од категорије поверилаца или врсте издржавања, примењују самостално или у различитим комбинацијама. Поред тога, основ надлежности може бити и имовина дужника у Србији, при чему се овај критеријум примењује на све врсте издржавања. Укратко, надлежност домаћег суда може бити заснована:

1. За *све* спорове о издржавању, према: а) пребивалишту туженог у Србији (општа надлежност, чл. 46 ст. 1)⁷ и б) постојању имовине у Србији из које се може наплатити издржавање (посебна надлежност, чл. 68);

2. За издржавање *деце*, поред основа наведених *ad 1*, још и према: а) пребивалишту детета као тужиоца (посебна надлежност, чл. 67 ст. 1 тач. 1); или, б) заједничком српском држављанству тужиоца и туженог без обзира где имају пребивалиште (посебна надлежност, чл. 67 ст. 1 тач. 2); или, в) српском држављанству детета као малолетног тужиоца (посебна надлежност, чл. 67 ст. 1 тач. 3);

3. За издржавање између (*бивших*) *супружника*, поред основа наведених *ad 1*, и према: а) српском држављанству тужиоца са пребивалиштем у Србији (посебна надлежност, чл. 67 ст. 2); или б) пребивалишту тужиоца у Србији „у тренутку суђења“, ако је последње заједничко пребивалиште супружника било у Србији (посебна надлежност, чл. 67 ст. 3), и напослетку

4. За *остале врсте издржавања*, поред основа наведених *ad 1*, и према српском држављанству тужиоца који има пребивалиште у Србији (посебна надлежност, чл. 67 ст. 2).

Посматрано из угла савременог међународног приватног права, примедбе се, пре свега, односе на критеријуме држављанства и имовине. Наиме, оба критеријума су за питање издржавања у теорији већ дуже време на лошем гласу, оцењени као прекомерни.⁸ Штавише, у међународном приватном праву Европске уније, држављанство тужиоца и у одређеној мери форум имовине доспели су на *црну* листу критеријума прекомерне надлежности генерално.⁹

7 Боравиште туженог у Србији је искључено за спорове о издржавању. Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 227.

8 Martiny, 1994: 254 и Duncan, 2004: 90.

9 Видети Анекс I Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, која је првобитно уређивала и надлежност за спорове о издржавању.

Критеријум *држављанства* заснива се на тежњи ка заштити домаћих држављана, што је неспорно био један од циљева у време доношења ЗРСЗ-а.¹⁰ Ово утолико пре ако се има у виду да је највећи број спорова из породичних односа мешовитог карактера (између домаћег и страног држављанина). Међутим, савремено међународно приватно право се, генерално, све више окреће заштити *свих лица који живе у истој држави*, без обзира на држављанство.¹¹ То је посебно изражено у области породичних односа, док, у погледу статуса, држављанство још увек задржава примат.

Када је реч о *имовини у Србији* као критеријуму надлежности, он би, уз додатне услове, могао бити прихватљив за имовинскоправне захтеве (иако тада благо прекомеран), али не и у материји издржавања. Другим речима, иако је и природа обавезе издржавања имовинскоправна и подразумева постојање дужничко-поверилачког односа, она је ипак специфична будући да њен правни основ није ни уговор ни штета, већ породичноправни однос. Истини за вољу, форум имовине у материји издржавања и данас предвиђају поједина законодавства.¹² Углавном је реч о државама које не прописују довољно широке основе надлежности, те услед тога прибегавају овом критеријуму. Исто важи и за ЗРСЗ. Насупрот томе, Србија има прилику да новим системом међународног приватног права, чије су норме о надлежности довољно широке, уклони овај критеријум из материје издржавања.

Поред држављанства и имовине, веза са надлежношћу суда Србије може се остварити преко пребивалишта било као основа опште (чл. 46 ст. 1 ЗРСЗ) или посебне надлежности (чл. 67 ст. 1 тач. 1. и чл. 67 ст. 2 и 3). Ипак, постоје ситуације које овај критеријум не обухвата, а веза туженог или тужиоца са Србијом је довољна да оправда заснивање надлежности домаћег суда. С једне стране, реч је о странцима који живе у Србији и имају уобичајено боравиште код нас, али не увек и пребивалиште због строгих услова Закона о странцима.¹³ Типичан пример су кинески држављани. С обзиром

10 Примат држављанства, утемељен још Манђинијевим учењем, дубоко се укоренио у наш систем, потпомогнут и чињеницом да је Србија (као и некада СФРЈ) емиграциона држава. Међутим, последњих година све је више странаца који живе у Србији, тако да првобитна идеја ЗРСЗ-а више ни из тог разлога није адекватна. О идејама ЗРСЗ-а Станивковић, Живковић, 2013: 87.

11 Томе у прилог иду и модерне конвенције донете у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право у материји међународног *породичног* права.

12 Од новијих кодификација, нпр. Закон о међународном приватном праву Украјине (2005) и Закон о грађанском судском поступку Литваније (2002). За Украјину Dovgert, 2005: 159. За Литванију Mikelenas, 2005: 179.

13 Чл. 37 и 74 ст. 2 Закона о странцима, *Сл. гласник РС*, 97/2008.

да уобичајено боравиште представља центар животних интереса једног лица,¹⁴ надлежност домаћег суда би била оправдана у овим случајевима, без обзира на непостојање пребивалишта у Србији. Упркос томе, према ЗРСЗ-у, у овој ситуацији судија мора да посегне за критеријумом имовине туженог као јединим могућим (чл. 68 ЗРСЗ). Тиме, пак, надлежност постаје прекомерна. Дакле, да би домаћи суд могао *редовно* да одлучује о издржавању и у овим ситуацијама, неопходно је увођење уобичајеног боравишта туженог и повериоца као критеријума надлежности. На тај начин домаћи суд може одлучивати и када је поверилац тај који тужи, али и када дужник покреће поступак за измену одлуке о издржавању.

Критеријуму уобичајеног боравишта туженог се нема шта замерити зато што, као и пребивалиште, почива на принципу *actor sequitur forum rei*. С друге стране, ситуација са критеријумом уобичајеног боравишта повериоца је деликатнија. На први поглед, он представља дерогацију принципа *actor sequitur forum rei* и може се критиковати.¹⁵ Међутим, уобичајено боравиште

14 О дефиницији уобичајеног боравишта у Нацрту видети Живковић, 2013: 84 (фуснота 18). Међутим, судије би требало да буду посебно обазриве када је реч о утврђивању уобичајеног боравишта *детета*. Наиме, оно се не утврђује према истим критеријумима као када је реч о одраслом лицу. Напротив, они зависе од узраста детета. Основни би били: а) степен интегрисаности у друштвену и породичну средину, б) трајање и редовност боравка, в) услови и разлози за останак у одређеној држави, г) пресељење породице, д) држављанство детета, њ) место и услови похађања школе, е) познавање језика конкретне државе, и ж) породичне и друштвене везе детета у конкретној држави. Треба имати у виду да листа критеријума за утврђивање уобичајеног боравишта детета није коначна. Тако, намера родитеља има утицаја у зависности од узраста детета, па старије дете, тако, може имати и уобичајено боравиште независно од родитеља. Приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета препоручљиво је следити чл. 3 Нацрта Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања, као и одлуке Европског суда правде поводом примене *Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*. Праксу је најједноставније пратити преко INCADAT базе Хашке конференције за међународно приватно право: www.incadat.com. У нашој литератури за приказ дела упоредне судске праксе Ђундић, 2004: 551-570. Од новије стране литературе посебно Bucher, 2003:150; McEleavy, 2012, 20-23; Schuz, 2012: 37.

15 Овај основ надлежност иако заступљен у упоредном праву, ипак нема универзални значај. Најпознатији пример су САД у којима је то чак противустанован критеријум надлежности јер се не заснива на довољној вези дужника и суда (*Due Process Clause*). Duncan, 2004: 90. Међутим, амерички Конгрес је деведесетих година покренуо иницијативу да се (бар када је реч о деци), заснивање надлежности за издржавање дозволи и на основу уобичајеног боравишта повериоца (*child-state jurisdiction*). Формирана је и Комисија о међудржавном издржавању деце (*Commission on Interstate Child Support*) која је израдила такав предлог. Упркос томе, Конгрес до данас није одговорио на препоруку Комисије. Spector, 2005: 65-67.

повериоца је критеријум који се заснива на другом, једнако легитимном принципу – *favor creditoris*. Он омогућава слабијој страни, а то је по правилу поверилац, привилегију да тужи „од куће“. На тај начин се поверилац, који тужи управо да би остварио своје егзистенцијалне потребе, штити од непотребних трошкова покретања поступка у иностранству. Поред тога, суд уобичајеног боравишта повериоца је у најбољој позицији да оцени потребе и околности у којима живи поверилац.¹⁶

С друге стране, када су у питању домаћи држављани на тзв. привременом раду у иностранству, одредбе о надлежности ЗРСЗ дозвољавају да српски суд одлучује и када веза преко пребивалишта није довољно изражена. Наиме, наши држављани, по правилу, задржавају пребивалиште у Србији уколико имају важећу личну карту, а истовремено стичу уобичајено боравиште у иностранству држави. Поред тога, често имају и двоструко пребивалиште и двоструко држављанство. У таквој ситуацији, може се поставити питање да ли је и тада надлежност нашег суда оправдана.¹⁷ Како се пребивалиште не поклапа са уобичајеним боравиштем, то значи да је у иностранству држави, а не у Србији, центар животних интереса наших држављана. Услед тога, пребивалиште се, као основ надлежности, а са њим и *општа надлежност*, заснива на *папирнатом пребивалишту* односно фикцији да ће се ова лица једном вратити у Србију. Слично томе, у оквиру *посебне надлежности*, повезаност која се остварује преко ЗРСЗ-а са домаћим судом темељи се врло често на везама које нису довољно фактички утемељене. Наиме, поред папирнатог пребивалишта, често је реч и о *папирнатом држављанству*. Оба ова основа би се могла назвати основима *прикривене* прекомерне надлежности.

На крају, проблем надлежности из ЗРСЗ-а могао би доћи до изражаја и уколико би Србија ратификовала Хашку конвенцију о међународном остваривању издржавања деце и других облика породичног издржавања из 2007. године (Конвенција 2007)¹⁸ пре ступања на снагу новог ЗМПП. С обзиром да се њена ратификација разматра,¹⁹ потребно је да законски

16 Martiny, 1994: 253.

17 Станивуковић, Живковић, 2013: 103-105.

18 *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*. До сада су је ратификовале четири државе: Албанија, Босна и Херцеговина, Норвешка и Украјина, а потписале ЕУ, САД и Буркина Фасо.

19 Савет за међународно приватно право Владе Републике Србије је јуна месеца 2013. године формирао комисију која треба да утврди потребу ратификације Конвенције 2007. Основни проблем због кога се ово разматра везан је за Њујоршку конвенцију о међународном остваривању алиментационих захтева у иностранству (*Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 2/60), донету у оквиру УН. Најважнији

основи надлежности одговарају, што је више могуће, нормама о индиректној надлежности садржаним у Конвенцији 2007. Тим пре што ће њена ратификација омогућити превазилажење проблема дипломатског реципроцитета са државама са којима су случајеви издржавања најчешће повезани (пре свега у оквиру ЕУ).²⁰

Енумерација критеријума индиректне надлежности у вишестраним уговорима није тако честа (барем изван материје издржавања).²¹ Те норме говоре о томе да ће одлука државе уговорнице бити призната само ако је донета од стране суда који је своју надлежност засновао на једном од критеријума који је изричито наведен у самој конвенцији. Члан 20 Конвенције 2007 предвиђа следеће критеријуме: а) уобичајено боравиште туженог и тужиоца; б) прећутни пристанак туженог; в) атракцију надлежности за статусне и спорове о родитељском праву, под условом да надлежност за главни тужбени захтев није заснована само на држављанству једне од странака; г) уобичајено боравиште детета, под условом да је дужник живео са њим или га издржавао у тој држави; и д) писани пророгациони споразум сем за издржавање деце. Већ је на први поглед очигледно да критеријуми из ЗРСЗ не кореспондирају са побројаним основима индиректне надлежности. Проблем ће бити решен усвајањем новог закона.

разлози тичу се проблема у њеној практичној примени и решења која не пружају заштиту дужнику када покреће поступак за измену одлуке. Borrás, Degeling, 2009: 6 и Schmidt, 2000: 663-665.

20 Иако ЕУ још није ратификовала Конвенцију 2007, то се може очекивати у 2014. години. *Council Decision 2011/220/EU of 31 March 2011 on the signing, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, OJ. L 93, 7.4.2011 и *Proposal for a COUNCIL DECISION amending Annexes II and III of Council Decision of 9 June 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of The Hague Convention of 23 November 2007, on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, COM/2013/0035, Retrieved 10, August, 2013, from <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130035.do>.

21 Чл. 3 Хашке конвенције о признању и извршењу одлука о издржавању деце из 1958. године (*Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children*) и чл. 7 и 8 Хашке конвенције о признању и извршењу одлука о издржавању из 1973. године (*Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*) предвиђају основе индиректне надлежности.

3. Корелација колизионих норми Протокола и норми о надлежности ЗРСЗ

Ступањем Протокола на снагу,²² поставило се и питање корелације норми о међународној надлежности и норми о меродавном праву за издржавање.²³ Наиме, њихов однос важан је, с једне стране, зато што су законске норме о меродавном праву за обавезе издржавања потпуно замењене Протоколом на основу принципа универзалне примене.²⁴ Другим речима, од дана када је Протокол ступио на снагу у међународном смислу, колиционе норме ЗРСЗ-а о издржавању су стављене *ad acta*. Насупрот томе, норме ЗРСЗ о међународној надлежности важе и даље. Проблема не би било да су важеће норме о надлежности и колиционе норме усаглашене на нивоу идеје једнаке заштите свих поверилаца који живе у истој држави.²⁵ Ипак, иако то није случај, свакако се не ради о пропусту ЗРСЗ-а. Наиме, 1982. године када је ЗРСЗ донет, није се ни могао наслутити правац развоја међународног приватног права, а још мање његово стварање у оквиру Европске уније. Штавише, ова ситуација није особена само за Србију. Поред наше државе, Протокол је ратификовала и Европска унија.²⁶ Државе чланице ЕУ, с једне стране, међусобно примењују основе надлежности из Регулative о надлежности, меродавном праву, признању, извршењу и сарадњи у материји издржавања (Регулатива),²⁷ који директно кореспондирају са колизионим нормама Протокола.²⁸ С друге стране, у односу на треће државе примењују своје националне норме о међународној надлежности, што ситуацију чини врло сличном оној у којој се тренутно налази међународно приватно право Србије у овој материји. Међутим, Србија има јединствену прилику да своје норме о надлежности *de lege ferenda* прилагоди колизионим нормама.

22 На основу чл. 25 Протокола, ступио је на снагу 1. августа 2013. године.

23 О Протоколу Бордаш, Ђундић, 2013: 133-153.

24 Чл. 2 предвиђа: „Овај протокол се примењује чак и ако је меродавно право државе нечланице.“

25 Vononi, 2006: 207-208.

26 Промена Статута Хашке конференције 2007. године омогућила је да чланство у овој међународној организацији не буде резервисано само за државе, већ и да Европска унија може бити њен члан, с обзиром да је реч о материји која спада у спољну надлежност ЕУ.

27 Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7, 10.1.2009.

28 Чл. 15 Регулative гласи: „Меродавно право за обавезе издржавања одређује се на основу Хашког протокола...у државама чланицама обавезаним овим инструментом.“ У току рада на Предлогу Регулative, одустало се од првобитне идеје да њоме буду предвиђене посебне колиционе норме. Протокол не обавезује само Данску и Уједињено Краљевство, http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=1065&disp=resdn.

Наиме, иако Протокол не уређује међународну надлежност, поједине колизионе норме су повезане са овим питањем било преко принципа *favor creditoris* или тако што се директно везују за надлежност. Тако, основни случајеви корелације норми о надлежности ЗРСЗ-а и колизионих норми Протокола могу чинити њихову симетрију пожељном (3.1) односно неопходном (3.2), али и сувишном (3.3).

3.1. Пожељна симетрија

Симетрија критеријума међународне надлежности и меродавног права је пожељна када се примењује основно решење Протокола – уобичајено боравиште повериоца (чл. 3). Дакле, ма о којој врсти издржавања се радило, фаворизација повериоца се врши на апстрактан начин, применом права уобичајеног боравишта повериоца.

Основна колизиона норма је, такође, инспирисана идејом да се најефикаснија заштита остварује у случајевима када је и надлежност заснована на уобичајеном боравишту повериоца.²⁹ Иако би примена домаћег права као последица поклапања критеријума надлежности и одређивања меродавног права обрадовала сваког судију, то не представља *raison d'être* овог решења.³⁰ Симетрија је пожељна зато што у том случају потребе сваког повериоца утврђује суд државе у којој он живи, у складу са актуелним животним стандардом.³¹ У односу на *привилеговане* повериоце, то ће, с једне стране, омогућити функцинисање уобичајеног каскадног система тј. супсидијарног везивања (уобичајено боравиште; *lex fori*; заједничко држављанство), а с друге, оцену потреба повериоца вршиће увек суд његовог уобичајеног боравишта, без обзира на то које ће од наведених права конкретно бити примењено. Иако уобичајено боравиште повериоца не треба схватити као обавезни основ надлежности, његова важност је несумњива ако се жели досегнути најефикаснији систем заштите повериоца *de lege ferenda*. Из тог разлога треба подржати решење предложено у Нацрту³² јер се њиме *начелно* пружа могућност овакве заштите, иако њено *практично* остварење зависи од воље повериоца будући да, по правилу, он бира суд коме подноси тужбу.

29 *Вопомі*, 2013: 31.

30 Али јесте супсидијарни циљ. *Вопомі*, 2013: 31.

31 У случају значајне диспропорције потреба повериоца и могућности дужника, коректив је супстанцијална одредба чл. 14 Протокола која предвиђа да се приликом одређивања износа издржавања увек узимају у обзир потребе повериоца и приходи дужника, као и свака накнада дата повериоцу уместо периодичних плаћања издржавања. Више Бордаш, Ђундић, 2013: 150 и Живковић, 2013: 91.

32 Нацрт предвиђа уобичајено боравиште повериоца (чл. 97 ст. 1 тач. а).

3.2. Неопходна симетрија

У односу на случај пожељне симетрије, веза између меродавног права и надлежности је још израженија преко одредаба Протокола које се директно везују за надлежност. Прва таква одредба чини симетрију неопходном, док је друга чини сувишном. У првом случају реч је о одступању од основне колизионе норме у корист уобичајеног боравишта дужника и важи само за *привилеговане повериоце*.³³

У овој ситуацији, до одступања од основне колизионе норме долази само ако *поверилац* подноси тужбу суду уобичајеног боравишта *дужника* (чл. 4 ст. 3). Тада је меродаван *lex fori* (уобичајено боравиште дужника). С обзиром да ЗРСЗ не предвиђа уобичајено боравиште туженог (дужника) као критеријум надлежности, судија мора, у сваком конкретном случају, да провери да ли се примењени основ надлежности ЗРСЗ-а (пребивалиште, држављанство, имовина) поклапа са уобичајеним боравиштем дужника. Најчешће ће до тога доћи ако се надлежност заснива према пребивалишту туженог (дужника). Међутим, као што смо видели, ни случајеви неподударана уобичајеног боравишта и пребивалишта нису толико ретки (пример наших држављана на привременом раду у иностранству и кинеских држављана). Зато судија не може аутоматски закључивати да пребивалиште у Србији *увек* значи и постојање уобичајеног боравишта у Србији. Напротив, неопходно је да у сваком конкретном случају утврди да ли дужник има уобичајено боравиште у Србији. С обзиром да му ЗРСЗ у томе није од помоћи, судија се мора ослонити на критеријуме уобичајеног боравишта из Нацрта.³⁴

У вези са тим, напоменула бих да је проблем могуће једноставније решити уколико би уобичајено боравиште туженог (у овом случају ће то бити дужник) било предвиђено као критеријум опште надлежности. Наиме, тада би заснивање међународне надлежности на основу критеријума посебне надлежности, најчешће, значило да тужени дужник нема уобичајено боравиште у Србији (јер би иначе постојала општа надлежност). Међутим, с обзиром да такво решење у нашем праву још увек није прихваћено,³⁵ преклапање постојећих критеријума у ЗРСЗ-у и уобичајеног боравишта туженог (дужника) су могућа и код опште и код посебне надлежности. Зато се може десити, примера ради, да дужник као тужени има и пребивалиште

33 Привилеговани повериоци су: а) деца у односу на родитеље, б) лица млађа од 21 године у односу на лица која нису њихови родитељи, уз искључење издржавања између (бивших) супружника и в) родитељи у односу на децу (чл. 4 ст. 1 Протокола).

34 Видети *supra* фуснота 14.

35 У Нацрту је уобичајено боравиште туженог критеријум опште надлежности (чл. 12).

(чл. 46 ст. 1), али и уобичајено боравиште у Србији; или да је тужилац-малолетно дете са држављанством Србије (чл. 67 ст. 1 тач. 3), али и да тужени истовремено има уобичајено боравиште у Србији; или да тужени има имовину у Србији из које се може наплатити издржавање (чл. 68), баш зато што има уобичајено боравиште у Србији. И обрнуто. Тужени може имати пребивалиште али не и уобичајено боравиште у Србији; малолетно дете може имати држављанство Србије, али тужени не мора истовремено имати уобичајено боравиште у Србији; тужени може имати имовину у Србији, али не нужно и уобичајено боравиште, итд.

3.3. Сувишна симетрија

Други, пак, случај када је одредба Протокола директно везана за надлежност чини симетрију сувишном и односи се на члан 7 Протокола. Реч је о избору меродавног права за потребе посебног поступка (тзв. *процесноправни споразум*) који се врши или у тренутку подношења тужбе или непосредно пре тога, када је већ извесно да ће поступак бити покренут, и важи и за обичне и за привилеговане повериоце. Тада се може изабрати само *lex fori*. Да би ова одредба имала смисла, надлежност не треба да буде заснована на критеријуму који је истовремено и тачка везивања за меродавно право. У супротном, избор нема значаја јер ће се применити право које би и иначе било меродавно. Тако, када је, с једне стране, реч о *повериоцу генерално*, он не би требало да има уобичајено боравиште у Србији (поклапање са основном колизионом нормом, чл. 3). У случају *привилегованих поверилаца*, дужник, пак, не би требало да има уобичајено боравиште у Србији ако поверилац покреће поступак (поклапање са првом колизионом нормом *обрнутог* каскадног система, чл. 4 ст. 3).

На крају, за разлику од случаја неопходне симетрије, када о поклапању критеријума надлежности и меродавног права мора да води рачуна судија, сада о томе треба да брину странке јер суд проверава само да ли је изабран *lex fori*, а не и да ли је симетрија сувишна.

4. Основи надлежности према Нацрту и њихов значај

У односу на ЗРСЗ, Нацрт доноси многе новине у погледу надлежности за спорове о издржавању. Наиме, он првенствено прати решења Регулативе. За то постоји ваљани разлог. Пре свега, њени основи надлежности су конципирани тако да директно кореспондирају са Протоколом, али и са правом на приступ суду. Стога, могло би се рећи да је ново међународно приватно право Србије у материји издржавања окренуто, с једне стране, хашком, а с друге стране, међународном приватном праву ЕУ.

Пре свега, у односу на ЗРСЗ, постоји концепцијска разлика. Сви критеријуми надлежности у Нацрту, сем пророгације, важе за *све врсте издржавања*. То су: а) општа надлежност: пребивалиште и уобичајено боравиште туженог (чл. 12), б) посебна надлежност: уобичајено боравиште повериоца, потом, атракција надлежности код патернитетских, матернитетских спорова и спорова о родитељском праву (чл. 97),³⁶ те заједничко држављанство повериоца и дужника (чл. 99).³⁷ Такође, уводи се и изузетна надлежност (*forum necessitatis*) која треба да омогући покретање поступка у Србији када је приступ суду онемогућен или ограничен у иностранству (чл. 20).³⁸ Услови за њено заснивање формулисани су као правни стандарди. Стога је важно пратити праксу Европског суда правде и његово тумачење Регулative.³⁹ У сваком случају, паралела са Протоколом се не би могла повући. Наиме, *немогућност остваривања издржавања*, која за привилеговане повериоце покреће каскадни систем Протокола, *не би могла* бити повод за заснивање изузетне надлежности.⁴⁰ Управо супротно, ова надлежност је везана само за процесне разлоге. При томе, требало би напоменути да је *forum necessitatis* предвиђен општим одредбама Нацрта и није својствен само материји издржавања. На крају, и аутономија воље добија своје место у материји издржавања (чл. 25 и 98).⁴¹ Њен продор из материје уговорних обавеза у материју издржавања важи за „изванредно“⁴² достигнуће савременог међународног приватног права.

36 Ова одредба Нацрта у највећој мери следи решења домаћег породичног процесног права и омогућава повериоцу да се у једном поступку одлучи о свим аспектима конкретног правног односа, укључујући и статусна питања. Насупрот томе, у односу на меродавно право и даље постоји строга линија раздвајања између статусних односа и издржавања. Више о овом проблему Lortie, 2003: 6-19.

37 Заједничко држављанство је решење које најјасније указује на промену значаја држављанства. Премда се може рећи да је у питању блага прекомерна надлежност, њена критика није оштра као када је реч о заснивању надлежности на основу држављанства *само једне* од странака или, пак, имовине јер се веза са судом остварује преко држављанства обе странке. Иста идеја је присутна и у погледу меродавног права (чл. 4 ст. 4 Протокола).

38 Тада се поступак пред судом Србије може покренути само ако спор има довољну везу са домаћом државом.

39 Ancel, Muir-Watt, 2010: 482.

40 Регулative ју је и увела у међународно приватно право ЕУ (чл. 7). Ancel, Muir-Watt, 2010: 484.

41 Пророгација је једини основ надлежности који подразумева сагласност и дужника и повериоца. Равнотежа принципа једнакости странака која је у споровима о издржавању померена у корист повериоца, на овај начин се поново успоставља. Ancel, Muir-Watt, 2010: 482.

42 Ancel, Muir-Watt, 2010: 467.

С једне стране, сви наведени критеријуми надлежности се боље уклапају у индиректну надлежност Конвенције 2007. С друге стране, они одговарају и систему признања страних судских одлука у Нацрту. Наиме, будући да је њиме предвиђена контрола индиректне надлежности преко система огледала (једнака правила о директној и индиректној надлежности домаћег суда), шири основ надлежности домаћег суда значи и већу могућност да страна одлука испуни овај услов.

Поред тога, у смислу Протокола, „конвенцијска“⁴³ заштита поверилаца оствариваће се, у корелацији са Нацртом, пре свега, путем пожељне и неопходне симетрије надлежност-меродавно право. Тако, с једне стране, *уобичајено боравиште туженог* постаје основ *опште надлежности* и доводи до пожељне симетрије ако је у улози туженог *обични поверилац*. Уколико је, пак, реч о *привилегованом повериоцу*, тада каскадни систем функционише на уобичајени начин (*уобичајено боравиште повериоца; lex fori; заједничко држављанство*). Наиме, у свим овим случајевима, с обзиром да је реч о поступку за измену одлуке који покреће дужник, повериоцу је потребна посебна заштита јер дужник може покушати да изигра одредбе Протокола. Уколико, пак, привилеговани поверилац покреће поступак пред судом Србије јер тужени дужник има уобичајено боравиште код нас, онда долази до изражаја обрнути каскадни систем (*lex fori, уобичајено боравиште повериоца, заједничко држављанство*) и неопходна симетрија.

С друге стране, *уобичајено боравиште повериоца* као први основ *посебне надлежности*, као што је објашњено, доводи до пожељне симетрије са основном колизионим нормом Протокола, што омогућава најефикаснију заштиту повериоца. У односу на *привилеговане повериоце*, сада функционише уобичајени каскадни систем (*уобичајено боравиште повериоца; lex fori; заједничко држављанство*).

43 Иако носи назив Протокол, он је самостални међународни уговор. Наиме, издржавање у хашким конвенцијама је увек уређивано конвенцијским паровима (меродавно право – признање и извршење), премда је свака од ових конвенција била потпуно самостална у односу на другу. Тако се државе могу одредити да ратификују само конвенцију о меродавном праву или само конвенцију о признању и извршењу или, пак, обе. Назив „протокол“ је изабран да би се истакла независност Конвенције 2007. Његов назив је резултат и инсистирања држава *common law* система које нису превише заинтересоване за ратификацију конвенција о меродавном праву јер у породичним односима примењују домаће право. Working Group on the law applicable to maintenance obligations, *Prel. Doc. No 14 of March 2005 - Proposal by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligation*, Retrieved 10, August, 2013, from http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd14e.pdf.

5. Двострани уговори и надлежност

Напоследку, пар напомена у погледу одредаба о надлежности двостраних уговора који обавезују Србију. То су уговори са Бугарском (чл. 39);⁴⁴ Грчком, (чл. 23)⁴⁵; Мађарском са изменама и допунама (чл. 28, 33 и 35);⁴⁶ Пољском (чл. 26 став 3 и 29);⁴⁷ Румунијом (чл. 24 и 27);⁴⁸ Словачком и Чешком (чл. 25 и 28 ст. 4);⁴⁹ Француском (чл. 7, 9, 12 и 36);⁵⁰ Русијом и Украјином (чл. 28);⁵¹ и Монголијом (чл. 33).⁵² Генерално, основи надлежности који су њима предвиђени тичу се првенствено држављанства, потом (заједничког) пребивалишта, као и последњег заједничког пребивалишта. У појединим уговорима чак и боравиште има значаја за поједине врсте издржавања (Румунија, Русија, Украјина, Мађарска), док у другима надлежност зависи од тога чије је право меродавно (Русија, Украјина, Пољска). Ипак, посебну пажњу побуђује уобичајено боравиште. Наиме, у једном уговору се изричито наводи *уобичајено боравиште туженог* (Мађарска, према изменама и допунама, чл. 33 ст. 2), док други користе изразе „*где живи*“ и „*место становања*“ што, такође, може упућивати на уобичајено боравиште (Пољска, Словачка, Чешка). Међутим, упркос томе што поједини уговори очигледно предвиђају и основе надлежности који су савремени, већина се, пак, ослања на критеријуме ЗРСЗ.

Свим овим уговорима је особено што надлежност уређују само за оне врсте издржавања за које предвиђају колизионе норме, тако да су и у

44 Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске, *Сл. лист ФНРЈ – додатак 1/1957.*

45 Конвенција о узајамним правним односима између ФНР Југославије и Краљевине Грчке, *Сл. лист ФНРЈ – додатак, 7/1960.*

46 Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске (1968) са изменама и допунама, *Сл. лист СФРЈ – додатак бр.3/1968; измене и допуне – Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори 1/1987.*

47 Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске, *Сл. лист ФНРЈ – додатак, 5/1963.*

48 Уговорао правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике, *Сл. лист ФНРЈ – додатак, 8/1961.*

49 Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке, *Сл. лист СФРЈ – додатак, 13/1964.*

50 Конвенција о надлежности и закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике, *Сл. лист СФРЈ, 55/72.*

51 Уговор о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНР Југославије и СССР, *Сл. лист ФНРЈ, додатак, 5/1963.*

52 Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске Народне Републике, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, 7/1982.*

погледу надлежности, уговорни системи непотпуни. Слично као и код меродавног права,⁵³ за оне врсте издржавања које конкретан уговор уређује примењиваће се *уговорне* норме о надлежности, а поводом осталих - ЗРСЗ. Резултат је постојање двоструког колосека и за меродавно право и за надлежност. Имајући у виду непотпуност решења, било би боље да се делови двостраних уговора у погледу издржавања дерогирају у односу на колизионе норме, што је већ у нашој теорији предложено,⁵⁴ али и у односу на надлежност.⁵⁵

6. Закључак

Иако разматрање норми о међународној надлежности у материји издржавања може на први поглед изгледати као „мапирање минског поља“,⁵⁶ измена норми ЗРСЗ-а је неопходна. У сваком случају, корелација са Протоколом ће, с једне стране, бити боља, а с друге, надлежност суда Србије ће постојати у већем броју случајева. Такође, *de lege ferenda*, и контрола индиректне надлежности не би требало да представља већу сметњу за признање страних одлука према Нацрту, али ни за признање домаћих одлука када буде ратификована Конвенција 2007. Због тога је даљи развој система издржавања у новом међународном приватном праву Србије окренут завршетку Нацрта и Хашкој конференцији за међународно приватно право. Циљ је да се систем који је почео да се ствара Протоколом и чије се контуре препознају у одредбама Нацрта, заокружи. Дакле, реално је претпоставити да ће у врло блиској будућности међународно приватно право Србије у материји издржавања бити у потпуности хармонизовано са савременим достигнућима на међународној позорници.

Литература

Ancel, B., Muir-Watt, H. (2010). *Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Revue critique de droit international privé* 3(2010).457-484.

53 Видети за меродавно право Живковић, 2013: 81-83.

54 Видети предлог Живковић, 2013: 81-83.

55 Према подацима Министарства правде и државне управе Републике Србије, Словачка је у складу са чл. 351 Уговора о функционисању ЕУ и након консултација са органима Уније већ иницирала разговор о ревизији двостраног уговора о правној помоћи у грађанским стварима, тако да о овој могућности може да се разговара.

56 Како је духовито свој чланак назвао Tuзack, 2012: 277-280.

Bonomi, A.(2013).Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Explanatory Report.The Hague, Netherlands:Permanent Bureau of the Conference.

Bonomi, A.(2006).La réforme des règles de conflit en matière d'obligations alimentaires.Quelques observations sur le travaux en cours à La Haye et à Bruxelles.U Piotet D.,Tappy D.(eds), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils - Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*(201-216).Genève-Zurich-Bâle:Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

Бордаш Б., Ђундић, П.(2013).Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор међународног приватног права Србије.*Зборник Правног факултета у Новом Саду*.47(2013).133-153.

Borrás, A., Degeling, J.,with the assistance of W. Duncan and Ph. Lortie(2009). Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.Retrieved 10 August 2013, from <http://www.hcch.net/upload/expl38e.pdf>

Bucher, A.(2003).L'enfant en droit international privé.Genève-Zurich-Bâle:Helbing & Lichtenhahn.

Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S.(1991).*Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*. Beograd:Nomos.

Dovgert, A.(2005).Codification of Private International Law in Ukraine.*Yearbook of Private International Law* VII(2005).131-159.

Duncan, W.(2004).Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions – The Quest for Uniformity.U Einhorn, T., Siehr, K.(eds),*International Cooperation Through Private International Law – Essays in Memory of Peter E. Nygh* (89-105).The Hague,The Netherlands:T.M.C. Asser Press.

Ђундић, П.(2004).Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25 октобра 1980. године.*Зборник Правног факултета у Новом Саду*. 38(2004).551-570.

Живковић, М.(2013).О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије. *Зборник Правног факултета у Нишу* 65 (2013) 79-94.

Закон о странцима,*Службени гласник РС*, бр. 97(2008).

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља,*Службени лист СФРЈ* бр. 43(1982), бр. 72(1982) и *Службени лист СРЈ*, бр. 46(1996).

Конвенција о надлежности и закону који се примењује у области личног и породичног права између СФР Југославије и Француске Републике, *Службени лист СФРЈ*, бр. 55 (1972).

Конвенција о узајамним правним односима између ФНР Југославије и Краљевине Грчке, *Службени лист ФНРЈ – додаток бр.7* (1960).

Lortie, Ph.(2003). *Prel. Doc. No 4 of April 2003 - Parentage and International Child Support Responses to the 2002 Questionnaire and an Analysis of the Issues*. Retrieved 10, September, 2013, from http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd04e.pdf

Martiny, D.(1994). *Maintenance obligations in the Conflict of Laws*. Recueil des cours 247(III) (131-290). The Hague, Netherlands: Hague Academy of International Law.

Mikelenas, V.(2005). Reform of Private International Law in Lithuania, *Yearbook of Private International Law* (Vol. 7).161-181.

McEleavy, P.(2012). Habitual residence and children. *International Family Law*. March (2012).20-23.

Нацрт Закона о међународном приватном праву, <http://arhiva.mpravde.gov.rs>

Нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања, <http://arhiva.mpravde.gov.rs>

Proposal for a COUNCIL DECISION amending Annexes II and III of Council Decision of 9 June 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of The Hague Convention of 23 November 2007, on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, COM/2013/0035, Retrieved 10, August, 2013, from <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130035>

Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 1(2013).

Schmidt, E. G.(2000). Equal Treatment of the parties in international maintenance cases. U Basedow, J. et al. (eds), *Private Law in International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr* (657-666). The Hague, Netherlands: T.M.C. Asser Press.

Spector, R.(2005). Maintenance in Private International Law in the USA: Harmonization of divergent rules and the proposed Hague Maintenance Convention, *Yearbook of Private International Law*. VII(2005).63-83.

Станивуковић, М., Живковић, М. (2013). *Међународно приватно право: општи део*. Београд: Службени гласник.

Schuz, Rh. (2012). The Hague Abduction Convention and Children's Rights Revisited. *International Family Law*. March (2012). 35-38.

Tuzack, W. (2012). Mapping the jurisdiction minefield: steering clear of the traps of the EU Maintenance Regulation. *International Family Law*. September 2012. 277-280.

Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске са изменама и допунама, *Службени лист СФРЈ – додатак бр. 3* (1968); измене и допуне, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори бр. 1* (1987).

Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске Народне Републике, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори бр. 7* (1982).

Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке, *Службени лист СФРЈ – додатак бр. 13* (1964).

Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске, *Службени лист ФНРЈ – додатак бр. 5* (1963).

Уговор о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНР Југославије и СССР, *Службени лист ФНРЈ, додатак бр. 5* (1963).

Уговор о правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике, *Службени лист ФНРЈ – додатак бр. 8* (1961).

Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске, *Службени лист ФНРЈ – додатак бр. 1* (1957).

Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations.

Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children.

Council Decision 2011/220/EU of 31 March 2011 on the signing, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, *OJ. L 93, 7.4.2011*.

Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *OJ L 7, 10.1.2009*.

Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters *OJ L 339, 21/12/2007*.

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJ L 338, 23.12.2003*.

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 012, 16.1.2001*.

Шаула, В. (2011). Да ли је дошло вријеме за доношење нових закона о међународном приватном праву у Босни и Херцеговини, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бања Луци*. 33(2011).91-100.

Working Group on the law applicable to maintenance obligations, *Prel. Doc. No 14 of March 2005 - Proposal by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligation*, Retrieved 10, August, 2013, from http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd14e.pdf

Sanja Marjanović, LL.M.
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

International Jurisdiction in Maintenance Disputes in the Private International Law of the Republic of Serbia

Summary

Although analyzing the rules of jurisdiction in the matter of maintenance obligations may, at first sight, seem like “mapping the jurisdiction minefield” (Tyzack, 2012), the modification of the 1982 PIL Code rules is necessary. On the one hand, it would provide for a better correlation with the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations; on the other hand, Serbian courts would have jurisdiction in a larger number of cases. Moreover, de lege ferenda, the control of indirect jurisdiction should not be a significant obstacle either for the recognition of foreign judgments (under the Draft PIL Code) or for the recognition of domestic judgments (after the ratification of the 2007 Hague Convention). Hence, a further development of the maintenance obligations system in new Serbian PIL is aimed at completing the Draft PIL Code and the Hague Conference on Private International Law. Therefore, it is realistic to assume that the Serbian Private International Law in the matter of maintenance obligations will be harmonized in the nearest future with the latest developments on the international scene.

Key words: *maintenance obligations, international jurisdiction, 1982 PIL Act, new PIL Act Draft*

Михајло Цветковић,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.440

Рад примљен: 30.09.2013.

Рад прихваћен: 04.11.2013.

ОБЈЕКТИВНИ ЕЛЕМЕНТ УГОВОРА О ПОКЛОНУ¹

Апстракт: *Значајно обележје уговора о поклону је тзв. објективни елемент. Предмет првог дела рада је бесплатност у римском, француском, немачком и common law праву. У другом делу анализирани се редовне имовинске последице поклањања, али и схватање да осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца нису увек логичка таутологија. Иновативне одредбе европског Нацрта заједничког референтног оквира (DCFR) о мешовитом и „чистом“ поклону приказане су у трећем делу. Сазнања из антропологије, социологије и психологије о поклонодавчевој користи, егоистичном поклону и обавези захвалности, изнета у четвртом делу, доводе у питање класично поимање уговора о поклону у Облигационом праву.*

Кључне речи: *поклон, објективни елемент, бесплатност, осиромашење, обогаћење, корист, накнада.*

1. Увод

Уговор о поклону обележавају субјективни елемент (тзв. animus donandi) и објективни елемент, који се у доктрини објашњава или идејом бесплатности или појмовним паром обогаћење/осиромашење. Тим редом у раду су приказане обе концепције. Упоредноправна и историјска анализа објективног елемента има теоријски значај, јер је његова функција у законским и доктринарним дефиницијама поклона различита. Познавање објективног елемента је од великог практичног значаја, његово постојање сугерише да је закључен поклон, а не неки други уговор. У том случају, на однос између уговарача примењује се низ специфичних правила (о пословној способности, мотив утиче на пуноважност, поклонодавчева

mcmc3001@yahoo.com

1 Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

уговорна одговорност је ублажена). Поклон је рањив: може да се опозове, побије, поништи због формалних недостака.

Неуједначеност легислативе, јуриспруденције и јудикатуре сведочи о актуелности теме. У познатом случају из француске судске праксе, поклонодавац је финансирао рестаурацију градског звона под условом да оно звучи као у његовој младости. Суд је закључио да се ради о теретном послу јер задовољава поклонодавчев каприц, машту и сујету. Касније су судови почели да уважавају разлику између материјалног и нематеријалног интереса. Ако се заузврат добија нешто материјално, посао је теретан; ако је корист нематеријална реч је о поклону. Сложеније су ситуације у којима су интереси спојени, нпр: поклоњено је земљиште за изградњу цркве па је поклонодавчева суседна парцела сада вреднија; истовремено, ктиторство овековечено на црквеној табли представља моралну сатисфакцију.

2. Бесплатност у римском и упоредном праву

Објективни елемент поклона се у страној литератури превасходно везује за бесплатност. Појам бесплатности је опште познат, али га је тешко дефинисати. Бесплатни правни послови су, по правилу, формални. Њима се задовољавају нематеријалне потребе и циљеви субјеката. Уговор о поклону је парадигма бесплатног уговора. Уговоре слободног тржишта карактерише антипод - наплатност односно теретност или онерозност. У домаћој литератури се за бесплатан уговор користи и термин добротин уговор. Ова два појма ипак треба разликовати, јер добротинство садржи квалитет више (нпр. бесплатно давање наркотика сигурно није добротинство). Добротинство боље описује субјективни елемент поклона.

2.1. Римско класично право

Римско поимање бесплатности је круто. Бесплатност подразумева непостојање било какве противчинидбе и значајнија је него сама имовинска корист која се поклоном постиже. Околност да се економски ефекат поклона ставља у други план, довела је до схватања да и неимовинска противчинидба искључује поклон (нпр. довољно је да даровани узме име поклонодавца) (Маленица, 1981: 113).

Бесплатност даровања римски правници схватају другачије од бесплатности других уговора. Она има четири карактеристике: тотална је (састоји су у потпуном одсуству противчинидбе), дефинитивна (бесплатни акт се не може трансформисати у наплатни), корелативна (акт се посматра унутар одређене економске операције) и битна (одређује природу

уговора). Ту разлику су и термилошки изразили. Бесплатност типичних правних послова означена је терминима *gratis*, *gratuitus*, а бесплатност даровања термином *lucratus*. Римљани бесплатност даровања не виде као супротност наплатности. Свака противчинидба прибавиоца, моментална или будућа, имовинска или неимовинска, ако је у односу међузависности (каузалне везе) са чинидбом преносиоца, искључује бесплатност (Радовчић, 1983: 68-69).

Да ли је посао бесплатан или није, зависи од постојања противчинидбе. *Imaginaria venditio* (продаја са споразумом да се не плати цена) је поклон јер нема противчинидбе. Постојање противчинидбе искључује бесплатност чак и ако се послом једна страна обогаћује на рачун друге. Продавац, разумљиво, жели да прода што скупље, а купац да купи што јефтиније. Одступање уговорене цене од вредности ствари је нормална појава. Међутим, нижа или виша цена се може уговорити и из разлога поклона. То се лепо види у случају продаје *viliore pretio* (пријатељска продаја). По схватању класичних римских правника ипак нема поклона већ постоји купопродаја. Зато дуго није могао постојати мешовити поклон. Данас ово мишљење није прихватљиво, јер у таквом уговору постоји *negotium mixtum* (делом продаја, делом поклон) (Маленица, 1981: 112-113).

2.2. Common Law

У Common Law систему бесплатност се релативно једноставно утврђује, она постоји у правним пословима без *consideration*. У одсуству *quid pro quo*,² обећање није правно санкционисано. *Consideration* одваја принудно извршива обећања од правно необавезујућих. Бесплатност је синоним за необавезност (Eisenberg, 1997: 841). Обећање једног уговорача је *consideration* за обећање другог, ако су се стране тако споразумеле, односно ако о томе постоји погодба (*bargain*). Поклону недостаје *consideration* и по томе се он разликује од принудно извршивих споразума, „пунокрвних“ уговора.

Поимање *consideration* није једнообразно. У енглеском праву довољан је номинални *consideration*, у америчком се захтева тзв. адекватност. Номинални *consideration* постоји, нпр. ако за обећање поклонопримца да ће поклонити новац, друга страна обећа да ће по новац доћи; или када трговац обећа поклон ако потрошач пристане да врати амбалажу, мада је она безвредна. То је довољно да поклон постане обавезујућ, принудно извршив споразум. Овакав приступ, примењен на поклон, заправо поткопава доктрину *consideration*. У америчком праву, захтева се адекватност односно уједначеност давања. Границу између номиналног и адекватног

² У значењу: узајамност; размена; *do ut des*.

consideration није лако повући, зато што се узима у обзир и нематеријална корист (нпр. пријатељство). На први поглед, овакво резонување делује натегнуто, али и у континенталном праву повериочева корист од чинидбе може бити и нематеријална.

Понекад је за consideration довољно да се, нпр. у уговору о даровању некретнине, договори да се на некретнини постави натпис са захвалом поклонодавцу. Иако такав гест нема карактер противчинидбе, обавеза је утужива. Постављање наведеног натписа у германским правним системима има карактер противчинидбе једино ако је имовинског односно пословног карактера. Мимо тог случаја, уговор је бесплатан, иако поред обавезе поклонодавца постоји и дужност поклонопримца, јер она нема карактер противчинидбе (Никшић, 2006: 1076).

Постојање моралне обавезе може искључити бесплатност. У познатом преседану *Webb v. McGowin*, радник је херојски спасио свог послодавца од повреде на раду. Жртвујући себе, остао је непокретан. Послодавац му је обећао пензију, али је након његове смрти старатељ заоставштине обуставио исплате. Суд је заузео став да морална обавеза послодавца представља consideration, који обећање претвара у обавезујући уговор.³ Из изложеног се види да у Common Law систему објективни елемент утиче на утуживост, мада у континенталном праву нема никакву сличну функцију.

2.3. Континентално право

Бесплатност није дефинисана француским Code Civil-ом, нити законодавац изричито прописује да је поклон бесплатан посао (види СС 894). Лукративан (бесплатан) уговор је одређен као уговор којим једна бесплатно прибавља корист другој страни (СС 1105). Ова циркуларна дефиниција није од велике помоћи. Француска доктрина дели правне послове на онерозне, бесплатне и послове пуноважне без обзира да ли су онерозни или бесплатни. У бесплатне послове сврставају се поклон и тестамент. Бесплатност се описује одсуством еквиваленције, вољном несразмером, обавезивањем без противчинидбе. Поклонодавац не добија ништа за оно што даје.

Поклон са теретом (налогом) је специфичан. Када је терет у интересу поклонодавца или трећег лица, „вредност“ терета не сме премашити вредност поклоњеног. Ако је терет у заједничком интересу или интересу поклонопримца (нпр. за школовање) ради се о поклону, чак и када изискује додатна средства.

³ Извор: <http://www.lawnix.com/cases/webb-mcgowin.html>, 4. 11. 2013.

Природна обавеза није принудно извршива, али ако је дужник испуни, нема право на реституцију. Извршење природне обавезе представља исплату дуга. Дуг имплицира *quid pro quo* па нема поклона, мада постоји и супротно мишљење (Planiol, Ripert, 1957: 980-981). У савременој француској доктрини, испуњење природне обавезе није поклон јер недостаје субјективни елемент.

У италијанском праву користи се негативна дефиниција: уговор је бесплатан ако није онерозан; онерозан је ако уговарачи теже еквиваленцији престаџа. Бесплатност је жртвовање. Жртва је код послуге или бескаматног зајма мања, код поклона је она највећа. Бесплатност не постоји у сенци физичке или моралне принуде. Давање ради испуњења раније моралне или друштвене дужности је принудно. Ако поклонодавац није потпуно слободан, исплата макар и природне обавезе, није поклон. Једино је ремунеративни поклон изузетак. Чини се да се ови аргументи (спонтаност, слобода) више одговарају субјективном елементу поклона.

У често цитираном случају, граду је поклоњена парцела и новац под условом да изгради школу и именује је у част поклонодавчевог сина. Формалности нису испоштоване. После извесног времена поклонодавац је тражио реституцију. Град је тврдио да се ради о теретном уговору те да формалности нису биле нужне. Суд је пресудио да је посао бесплатан (поклон) јер се град обогатио, именовање школе није умањило његову имовину, а поклонодавац од посла није имао економску корист (Casulli, 1964: 968-969).

У немачкој доктрини бесплатност се не објашњава одсуством еквиваленције. Бесплатност је само један могући узрок нееквивалентности, али њу изазивају и друге околности, нпр. мане воље, промењене околности и сл. Зато је бесплатност поклона ужи појам (Husa, 2009: 353). Само испуњење уговора о поклону није бесплатно, јер је заправо извршење раније преузете обавезе (Савињи).

Карактер једног посла зависи од везе између чинидби у свести субјеката. Ако су чинидбе повезане, посао није бесплатан. Веза може бити синалагматична, што је типично за теретне уговоре. Веза се успоставља и условом, укључујући ту и једностране изјаве воље попут обећања награде. Најзад, веза може бити и каузална (проузроковање и накнада штете).

Поклонодавац и поклонопримац се морају споразумети да је уговор бесплатан. Давање којим једно лице из своје имовине обогаћује другог је поклон, када су обе стране сагласне да је то давање бесплатно (BGB 516). Нису сва бесплатна давања поклон. Поклоном се не сматра „отпремнина“ (ausstattung) коју родитељ даје детету ante nuptias, ради осамостаљивања

или као помоћ у остваривању одређеног економског циља. Поклон је једино вишак који премашује вредност сразмерну економским могућностима родитеља (BGB 1624).

Испуњење природне облигације није бесплатно, јер по правилима реституционог права, исплаћено по том основу може се задржати. Уже поимање бесплатности има за последицу да се послови којима се други подстиче на неки акт, или којма се гаси дуг, макар и природан, нису поклон. На пример: ако муж пренесе непокретност жени како би је убедио да му се врати; или А пренесе одређено право на Б да би издејствовао зајам трећем, ови послови нису бесплатни, чак и када је „противчинидба“ прибавиоца нематеријална (Kollhosser, 2004: коментар уз чл. 516).

2.4. Домаће право

Код бесплатног уговора странка не даје никакву накнаду за корист коју од друге странке добија (Перовић, 1981: 203). Бесплатни уговор закључује се искључиво у интересу једне стране, тако да друга не очекује ништа од прве (Радишић, 2008: 127). Савремена доктрина наплатност везује за једнакост (сразмеру) чинидбе и противчинидбе; чим те једнакости нема, постоји бесплатност. Постоје додуше велике разлике у схватању о томе по којем критеријуму треба процењивати сразмерност чинидбе и противчинидбе (објективна, субјективна, миксна теорија) (Радовчић, 1983: 68-69).

Бесплатност, битан елемент даровања, значи да поклонодавац за своју чинидбу не добија противчинидбу. При том се не узимају у обзир мотиви даровања, који могу бити и егоистични (Вуковић, 1964: 252). Жртвовање једне уговорне стране је суштина бесплатности. Поклон је добродино дело и зато претпоставља извесну жртву од стране поклонодавца. Он одваја нешто од својих материјалних добара (ирелевантно је колику економску вредност то нешто има: поклон може бити већи или мањи) и даје без накнаде (Перић, 1927: 280).

Ако поклонопримац узврати са своје стране неким бесплатним давањем поклонодавцу, на које по уговору није обавезан, поклону није одузет карактер бесплатности. Узвраћање представља нов самосталан поклон са измењеним улогама (Лоза, 2000: 71). Бесплатност је присутна и када је уговорена одређена противчинидба поклонопримца, мада постоји и супротно мишљење.

3. Осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца

Изложено схватање о објективном елементу није једино. Друга концепција, уместо бесплатности, истиче учинак поклона. Објективно обележје

поклона има две повезане компоненте: осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца (Ђурђевић, 2012: 85, 96).

Полази се од осиромашења, *donare est perdere*. Поклањање умањује имовину поклонодавца. Он издваја део имовинске масе и преноси га у имовину поклонопримца. Присутна је вољна диспропорција (Антић, 2005: 847). Без осиромашења, нема поклона. Зато није поклон: бесплатни медицински или правни савет, ненаплаћена лекција или гостољубивост; одрицање од права којем се неко нада или од права које није стечено; одбијање наслеђа или легата;⁴ пропуштање да се стекне имовина; напуштање хипотеке, јер се заправо ради о напуштању сигурности. Нема поклона ако се дају нека друга права која нису имовинска, нпр. ако се радник одрекне права на годишњи одмор (Лоза, 2000: 69; Марковић, 1997: 558; Медић, 2004: 511; Вуковић, 1964: 251).

Поставља се питање колико треба да је осиромашење да би постојао поклон? Вредност поклона помиње се у законима на више места.⁵ За постојање објективног елемента поклона није битна величина осиромашења, већ је она значајна за примену неких правила о поклону. Одређени поклони су изузети од општег режима, јер осиромашење које они изазивају не повређује права трећих лица, као што су повериоци или наследници поклонодавца (Ђурђевић, 2012: 89).

Обогаћење је друга компонента објективног елемента. Поклонопримац за поклон не даје никакву накнаду поклонодавцу. Имовинска корист поклонопримца је прво обележје римског поклона у класичном периоду. Да је то бит сваког поклона показује регулисање забране између супружника јер су забрањена само она даровања којима се поклонопримац богати, а поклонодавац сиромаша. Међутим, треба имати у виду да се имовинска корист јавља и у другим пословима, па и у теретним уговорима (нпр. када купац јефтино купи или продавац скупо прода ствар) (Маленица, 1981: 112-113).

Лазар Марковић је обогаћење поклонопримца истицао као главни елемент поклона. Поклон постоји ако давање фактички увећава имовину

4 „Поклоном се сматра ... одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника...“, чл. 50. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС, бр. 46/95 и 101/2003 - одлука УСРС*, у наставку: ЗОН.

5 Не могу се побијати због оштећења поверилаца уобичајени пригодни дарови, наградни дарови, као ни дарови учињени из захвалности, сразмерни материјалним могућностима дужника (чл. 282. Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ, 29/78, ... Сл. лист СЦГ 1/2003*, у наставку: ЗОН). У вредност заоставштине на основу које се израчунава нужни део не улазе поклони учињени у добротворне и друге општекорисне сврхе ни мањи уобичајени поклони (ЗОН чл. 49). Уобичајени мањи поклони никада се не урачунавају у наследни део (ЗОН чл. 75).

поклонопримца, тј. представља обогаћење. Обогаћење лежи у намери даривања. Давање се чини да би поклон учинио поклонопримца богатијим. Поклонопримац мора да прими давање као поклон (Марковић, 1997: 557). Израз „лукративни“ означава уговор који доноси корист без рада и противнакнаде. За поклонопримца поклон има лукративни карактер (Мијачић, 1983: 61).

У предратној литератури појам поклона искључује било какав имовински интерес поклонодавца, захтева се „чисто обогаћење и осиромашење“, посао је или поклон или није, нема делимичног поклона. Касније, доктрина ублажава овај оштар захтев, вероватно одраз „римске“ бесплатности. Објективни елемент постоји и када поклонодавац нешто добија, што је случај у одређеним модалитетима поклона (узајамни, мешовити поклон).⁶ Оно чега не сме бити је еквивалентност.

3.1. Веза између осиромашења и обогаћења и њихов значај

По старијим схватањима веза између осиромашења и обогаћења мора бити директна. Обогаћење проистиче из осиромашења, њихове вредности су једнаке. Због тога је неопходно да поклонодавац у време закључења уговора има својину. У супротном, нема ни осиромашења ни обогаћења, а самим тим ни поклона.

У савременој доктрини, веза може бити и посредна. Нарочито је то случај код индиректних поклона, нпр. код уговора о осигурању живота у корист трећег (Ђурђевић, 2012: 97-98). Стипулант осиромашује за износ премија које уплаћује промитенту-осигуравачу. Бенефицијар, поклонопримац, се богати осигураном сумом коју прима у случају наступања осигураног случаја. Предмет поклона не прелази увек директно из имовине поклонодавца у имовину поклонопримца. Ако А купи земљиште, али се са продавцем договори да се некретнина укњижи на име Б, тада је А поклонодавац земљишта, мада никада није био његов власник (Бикић, 2005: 72).

Појмовни пар обогаћење-осиромашење је основ разграничења поклона од других бесплатних уговора и у томе се огледа његов правни значај. Послугодавац не отуђује ствар предату послугопримцу, па нема његовог осиромашења, нити се послугопримац богати. Поклоном се стиче својина. Код бескаमतног зајма постоји, у одређеном временском интервалу,

⁶ Из образложења пресуде: „уговор представља уговор о доживотном издржавању у 2/10 дела, а у 8/10 дела уговор о поклону. Врховни суд Хрватске, Рев. 2546/1990-2 од 28. 2. 1991.

осиромашење и обогаћење, код поклона је оно трајно. Бесплатна остава није поклон, јер оставопримац не умањује своју имовину. Из истог разлога, бесплатно заступање није поклон.

Јемство није поклон. Поверилац није поклонопримац, јер се исплатом не обогаћује. Ни дужник није поклонопримац, јер долази до персоналне суброгације, јемац ступа на место повериоца. Међутим, ако они модификују законска дејства јемства тако да јемац нема право на регрес, тада би се могло говорити о поклону (Ђурђевић, 2012: 86).

Бесплатно обављање неког рада другом лицу није поклон јер онај ко ради не поклања другоме вредност свог рада, чак и када се рад може проценити у новцу. Исто је и код бесплатног уздржавања. У оба случаја нема осиромашења, већ евентуално пропуштања да се увећа имовина (Ђурђевић, 2012: 86).⁷

На основу присуства објективног елемента у судској пракси утврђује се правна природа уговора поводом којег се води парница. Из образложења пресуде: Првостепени суд налази да се ради о доброчином правном послу, уговору о поклону, који је тако и насловљен. Међутим, правну природу уговора не одређује наслов већ његова садржина, а према садржини наведеног уговора поклонодавац поклања означену имовину поклонопримцу да би га овај издржавао и хранио, као и сахранио, а за узврат, овај се поклон неће урачунати у наследни део, што поклонодавац прихвата са захвалношћу. Садржина наведеног уговора, што произилази и из појединих доказа (исказ сведока), указује да се ради о двострано обавезном уговору ... Првостепени суд ће у поновном поступку, имајући пре свега у виду садржину спорног уговора, али и праву вољу уговорних страна, утврдити правну природу уговора.⁸

3.2. Негација осиромашења и обогаћења као објективног елемента

Постоји мишљење да појмовни пар осиромашење/обогатење није суштински значајан, односно да је реликт застарелих теорија о поклону. Осиромашење/обогатење није било конститутивни елемент даровања у римском класичном периоду, како се то понекад узима у правној науци (Радовчић, 1983: 79). Доскора је у теорији владало општеусвојено гледиште да уговор о поклону нужно претпоставља осиромашење поклонодавца односно обогаћење поклонопримца, и то с обзиром на

7 Питање да ли је рад може бити предмет поклона правазилази оквира овог рада.

8 Решење Округног суда у Ваљеву, Гж. 1938/2005 од 7. 12. 2005. године, правна база Параграф.

конкретан случај, цењен по субјективном мерилу. Битно је да поклон, објективно посматрано, представља терет за поклонодавца, а корист за поклонопримца. Мада поклон може донети непосредну корист и поклонодавцу: поклањање немодерних артикала како би се ослободиле просторије за смештај нове робе и у исти мах направила реклама. Терет се по правилу изражава у смањењу имовине поклонодавца, а корист у повећању имовине поклонопримца, али то не мора бити увек случај, нити је услов за пуноважност уговора о поклону (Благојевић, 1947: 85). Гледиште да дарована ствар мора имати прометну вредност је сувишно, јер чим је неко примио поклон, значи да он за њега има неку вредност, објективну или субјективну. Сувишно је говорити о вредности поклона и неком обогаћењу. Није потребно посебно истицати да је поклон смањење имовине поклонодавца и повећање имовине поклонопримца, јер обогаћење није друго већ наличје бесплатности. Када се некоме даје бесплатно свакако се тиме повећава његова имовина (Вуковић, 1964: 250).

Неке законске и теоријске дефиниције поклона не помињу осиромашење/обогатење, већ као објективни елемент истичу бесплатност: „Поклонодавац даје не иштући нити примајући икакве за то наплате“, (СГЗ чл. 561); „Поклон је уговор којим неко даје или обећава другоме бесплатно и добровољно извесну имовинску корист, а други то прима или прихвата“, (Вуковић, 1964: 248).

У одређеним случајевима, давање без противнакнаде доноси материјалну корист поклонодавцу. Развој технологије и рециклажа учинили су отпад корисном сировином. Пример: Предузеће предаје пулпу кромпира, нуспроизвод чије је уклањање скупо, локалним фармерима за исхрану стоке. Пулпа је изазвала помор стоке те фармер захтева накнаду штете. Одговорност поклонодавца је блажа у односу на одговорност преносиоца у теретном уговору па је исправна квалификација правног посла врло значајна.⁹ Пошто трошкови уклањања одпада могу бити изузетно високи, поставља се питање да ли је преузимање отпада противчинидба која елиминише бесплатност? Треба испитати да ли намера уговарача обухвата и специфичне обавезе прибавиоца/поклонопримца (прихват и преузимање отпада).

4. Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR)

Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR), најзначајнији пројекат цивилистике након великих грађанског законика, регулише поклон

⁹ Пример базиран на пресуди ВГН од 20. 11. 1984 – ВGHZ 93, 23. Извор: <http://dejure.org>, 4.11.2013.

у посебном делу „Поједини уговори и њихово дејство“. Бесплатност је објективан, док је намера да се учини корист субјективни елемент поклона. Бесплатност је одлучујући маркер поклона, не зависи од субјективног елемента, нити нужно претпоставља великодушност или фаворизовање поклонопримца. Тест је објективан: правни посао је бесплатан ако се за право које се преноси не добија накнада (IV. Н. – 1:201). Накнаду представља свака врста противчинидбе, новац, ствар, услуга или терет који сноси друга страна. Квалификација не зависи од субјективне или објективне процене вредности, било каква накнада, макар тривијална и безначајна, искључује бесплатност. Ово нефлексибилно схватање подсећа, у неку руку, на римско поимање бесплатности и сведочи о енигматичности објективног елемента.

Наменско давање за одређену нарочиту сврху не елиминише бесплатност. Илустрација: ако А уплати новац спортском удружењу ради реновирања клубских просторија, онда обавеза да се новац наменски употреби није накнада, тако да се ради о уговору о поклону.¹⁰

Давање ради испуњења раније настале обавезе није поклон. Нема бесплатности ако се даје ради испуњења уговорне или законске обавезе, или обавезе установљене судском одлуком. Илустрација: ако родитељ има законску обавезу издржавања малолетног детета, онда споразум о испуњењу ове обавезе није уговор о поклону.

Мешовити уговори су нарочито проблематични. DCFR посебним чланом уређује посао који није у целини бесплатан (IV. Н. – 1:202). Када преносилац добија одређену накнаду па посао није потпуно бесплатан, посао се сматра примарно поклоном: а) ако постоји намера да се учини корист другој страни; и б) по мерилу уговарача нема еквиваленције између узајамних чинидби.

Разграничење од „чистог“ поклона је оштро. Илустрација: Управа нове робне куће обећала је да ће поклонити апарат за кафу сваком заинтересованом, с тим да се апарат преузима на петом, последњем спрату (притом се обилази продајни простор и разгледа роба). Пењање је накнада, па је уговор мешовит, али ће се сматрати примарно поклоном ако су кумулативно испуњени услови а и б.

Објективни елемент коригован је и допуњен субјективним. Закључен је уговор о поклону само ако, по оцени уговарача, постоји нееквиваленција. Илустрација: У неким крајевима Европе влада сујеверје да поклањање ножа доноси несрећу поклонопримцу. Да би се избегле те „штетне

¹⁰ Сви ставови и илустрације у овом делу преузети су из: Von Bar, Clive, 2009: 2799-2877.

последнице“, поклонопримац даје симболичну накнаду (новчић). Ова накнада је безначајна и посао се сматра примарно поклоном. Слично је и са пријатељском продајом код које, с обзиром да садржи елементе продаје и поклона, примена правила о поклону зависи од субјективног схватања уговарача о еквиваленцији чинидби.

Код условљених давања нема „чисте“ бесплатности, већ се ради о мешовитом уговору. Илустрација: Лице А пренесе у својину вредну слику на лице Б са раскидним условом да Б излаже слику у музеју четири пута годишње. Овде излагање слике представља накнаду и зато нема „чисте“ бесплатности, па се правила DCFR о поклону примењују само ако су испуњени услови а и б.

Поклон са теретом није потпуно бесплатан. Ако се терет не испуни, последнице су сличне онима које се јављају у случају неиспуњења обавезе из теретног уговора. Илустрације: Уговорен је поклон са теретом да се поклонопримац стара о поклонодавчевом гробу, таква услуга је накнада; А поклони новац Б под условом да он четвртину новца преда Ц, исплата трећем је накнада; А обећа да ће поклонити акције Б, са теретом да Б финасијски помаже А са 20% годишње дивиденде. Ови мешовити случајеви сматраће се примарно поклоном уколико постоји намера да се учини корист и уговарачи су сагласни да нема еквиваленције.

За уговор који се сматра примарно поклоном важе правила о поклону: формалан је, поклонодавчева одговорност је ублажена; снижен је праг за поништење због заблуде; важи релативна претпоставка експлоатације поклонодавца као слабије стране у заштићеном односу. Оповиз делује на цео уговорни однос (не само на бесплатну компоненту). Поклонопримац може спречити дејство опозива ако понуди одговарајућу накнаду у разумном року након опозива. Илустрација: А усмено обећа да ће продати аутомобил за половину његове вредности, што Б са захвалношћу прихвати. Уколико А има намеру да учини корист Б, и вредности чинидби по представи уговарача нису еквивалентне, примењују се правила о поклону. Међутим, пошто изјава поклонодавца није у писаној форми, она је необавезујућа (уговор о поклону је формалан).

5. Објективни елемент у другим дисциплинама

Поклањање као друштвена појава је предмет истраживања различитих хуманистичких наука. Антрополози су први приметили комплексност даровања. Наизглед слободно и спонтано, поклањање је у реалности принудно и циљано.¹¹ Систем поклањања чине три испреплетене

¹¹ Реч је о социјалној, не о правној принуди.

обавезе: давање, прихват и узвраћање једнаким или вреднијим поклоном. Неиспуњење доноси непријатељство и сукоб. Поклањање има социјалну функцију на индивидуалном, породичном и племенском нивоу. Ако на мој златни поклон, узвратиш грубом тканином, сазнао сам доста о теби као савезнику или зету; ако је то све што можеш да даш, или ниси добар ратник или ускраћујеш пријатељство. Поклањање успоставља хијерархију. Поклонодавац стиче добру репутацију богатог и даржељивог човека. Одбијањем поклона статус се губи, јер то значи да понуђени није у ситуацији да узврати (Schroeder, 1999: 833, 843, 846).

Поклон је вишеструко користан поклонодавцу. У античко време поклонима су се „прибављали“ супружници и стварали савези. Поклон пословном партнеру олакшава будућу сарадњу. У психологији је описан хедонистички парадокс: и најнесебичнији акт доноси психолошку награду. Поклањање резултира самозадовољством и самопоуздањем, и образлаже се егоистичним мотивима. Прихват поклона омогућава поклонодавцу заштиту репутације, уклапање у друштво, емоционално олакшање и искупљење. Свадебни поклон чини се под притиском обичаја како би се избегла критика родбине. Сроднику помажемо не због солидарности, већ зато што нам је потребан или очекујемо противуслугу. Неплаћање скупе школарине за дете угрозило би репутацију родитеља у конкретном друштвеном миљеу. Схватајући да донатори дају како би показали свој статус, организације које сакупљају прилоге радо публикују имена добротвора. У многим елитним удружењима забрањени су екстравагантни поклони како скоројевићи не би засенили старе породице (Keren, 2013: 30-35, 42-47, 52; Baron, 1988: 174; Posner, 1997: 583, 590).

Реципроцитет је увек присутан, нема бесплатног ручка. Поклонопримац осећа лични, психолошки и друштвени притисак да се реваншира. Поклон се редовно узвраћа поклоном, новац би затворио круг. Правно лице узвраћа одавањем почаста (нпр. именовањем зграде универзитета по поклонодавцу). Присутан је и елемент агресије, јер поклонодавац, често несвесно, успоставља доминацију над поклонопримцем. Поклонопримац који не може да узврати налази се у подређеној улози, у сервилном односу захвалности. Једино код анонимног поклона, поклона у општекорисне сврхе, поклона непознатом или умирућем нема реципроцитета. Поклон није ни бесплатан ни теретан уговор, већ хибрид (Schroeder, 1999: 842, 823-824, 879; Eisenberg, 1997: 842).

Поклон је нарочито двозначан у политици. Јавност перципира корупцију ако политичар обећа противуслугу за новчани прилог. Када политичар не да експлицитно такво обећање, неочљивост *quid pro quo* аболира и

поклонопримца и поклонодавца, премда нико не сматра прилог заиста бесплатним (Posner, 1997: 570-572).

У правној философији срећу се опречни погледи на поклон. Утилитаризам међуљудске односе сагледава са аспекта личног интереса. Поклон је примитивна, непотпуна и несавршена врста уговора чији је економски циљ увећање користи или богатства поклонодавца. Право не треба да охрабрује нити олакшава поклањање. Људи поклањају из истог разлога из којег закључују теретне уговоре. Залаике, неправнике, поклон је размена. Поклон је сличнији теретним пословима него што се чини, па специфичности које га прате (посебна правила о пословној способности уговарача, утицај мотива на пуноважност, строга форма, измењен режим уговорне одговорности, могућност опозива) немају оправдање. Поклонодавац поступа прорачунато у личном интересу, очекујући исплативост поклона те не заслужује заштиту. У философском романтизму међуљудски односи засновани су, или би требало да теже, алтруизму. Поклон се фундаментало разликује од теретних уговора, супериоран је, гради дугорочне односе, везује људе. Право треба да заштити и стимулише поклањање (Schroeder, 1999: 832, 839; Baron 1988: 198; Eisenberg 1997: 841).

6. Закључак

Објективни елемент поклона, упркос свом значају, делује загонетно и неухватљиво. Појам бесплатности, око чије дефиниције нема сагласности, је преширок да би га тачно описао, јер није сваки бесплатни посао поклон. Појмовни пар осиромашење/обогаћење је прецизнији, али без капацитета да обухвати све случајеве. Нема ни осиромашења ни обогаћења када је предмет поклона безвредна ствар, ствар субјективне или афекционе вредности. Уместо осиромашења, поклон може донети имовинску корист поклонодавцу (нпр: поклон непотребних ствари ослобађа складиште; поклон отпада; поклон животиње чије је издржавање скупо). Некад поклон осиромаша поклонопримца (нпр. поклоњена животиња зарази стадо). Најзад, осиромашење и обогаћење јавља се и мимо поклона (нпр. када вештим преговорима уговарач постигне изузетно повољну цену, он се богати на рачун друге стране). Последњи пример показује да је објективни елемент ограниченог домаћаја, у обзир се мора узети и субјективни елемент поклона.

Објективни елемент поклона најбоље се објашњава кумулативно, бесплатношћу са једне и осиромашењем/обогаћењем са друге стране. Између ових компоненти постоји тесна веза, бесплатност је услов постојања поклона, корелативни пар је имовинска последица поклањања. Могућа

су два приступа уколико се испостави да уговор није произвео жељени резултат (плаћена је безвредна ствар, поклон је нанео штету): 1) треба се запитати шта је типично за посао који су стране предузеле; 2) оцену треба дати тек на основу коначног биланса.

Поглед друштвених наука на поклон је другачији од правничког. Реципроцитет се подразумева, нема слободе, егоизам потискује алтруизам. Одсуство накнаде није губитак за поклонодавца, напротив његов добитак је, што је можда и битније, нематеријалан. Поклањање је друштвена појава сложенија од простог бесплатног акта. Уговор о поклону, покушај права да реглише ову појаву, биће успешан само ако разумемо њену суштину.

Објективни елемент треба сагледати из угла поклонопримца: евентуална поклонодавчева корист, редовно нематеријалана неретко и материјална, је секундарна. Важније је да нема поклонопримчеве противчинидбе, односно да он даје мање него што поклоном добија.

Литература

- Антић О. (2005). Кауза, *Правни живот*, 10/2005.
- Baron J. (1988). Gifts, Bargains, and Form, *Indiana Law Journal*, 64/1988.
- Бикић А. (2005). *Облигационо право*, Сарајево.
- Благојевић Б. (1947). *Грађанскоправни облигациони уговори*, Београд.
- Von Bar C., Clive E. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 3, Minhen.
- Вуковић М. (1964). *Обвезно право*, Загреб.
- Ђурђевић М. (2012). *Уговор о поклону*, Београд.
- Eisenberg M.A. (1997). The World of Contract and the World of Gift, *California Law Review*, vol. 85, 4/1997.
- Keren H. (2013). Considering Affective Consideration: Toward A Conscious Enforcement Of (Some) Gratuitous Promises, *Golden Gate University Law Review*, Forthcoming, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1397122>.
- Kollhossner H. (2004). *Münchener Kommentar zum BGB*, Minhen.
- Лоза Б. (2000). *Облигационо право II, посебни део*, Пале.
- Маленица А. (1981). *Поклон у римском праву*, Београд.
- Марковић Л. (1997). *Облигационо право*, Београд.
- Marcel P., Ripert G. (1957). *Traité pratique de droit civil français, V: Donations et testaments*, Pariz.
- Медић Д. (2004). Даровање према нацрту 300 РС, *Правни живот*, 10/2004.

- Мијачић М. (1983). *Облигациони уговори*, Ниш.
- Никшић С. (2006). Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 4/2006.
- Перић Ж. (1927). *О посебним уговорима*, Београд.
- Перовић С. (1981). *Облигационо право*, Београд.
- Posner E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts And Gratuitous Promises, *Wisconsin Law Review*.
- Радишић Ј. (2008). *Облигационо право*, Београд.
- Радовчић В. (1983). *Правна проблематика и развитак института даровања*, Загреб.
- Schroeder J.L. (1999). Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts, *UCLA Law Review*, 46/1999.
- Husa J. (2009). Gift: The Piece That Does Notfit The Legal Puzzle, *Maastricht J. Eur. & Comp. L*, 16/2009.
- Casulli Vincenzo R. (1964). *Donazione (diritto civile)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano.

Mihajlo Cvetković, LL.M.
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Donation Contract: The Objective Element

Summary

The objective element of a donation contract has a great theoretical and practical importance because it is a distinctive indication of donation. It is the boundary between market-oriented transactions and transactions designed to fulfill other sorts of needs and goals. The concept is intuitively simple: the donor gives something away and receives nothing in exchange. Yet, legal systems are rarely able to define the idea clearly. The objective element is usually described using the concept of gratuitousness: an absence of consideration (in Common Law), a lack of equivalence (in French law); no causal link between performances (in German law). The second approach to describing the objective element is to look at the effects of donation: the donor gets poorer and the donee gets richer (in Roman law). Problems arise when contract does not produce expected results: the donor may also benefit from the donation while the donee might sustain some loss. The first concept is too broad; the second is too narrow. There are additional difficulties with the perception of reward, donation for a special purpose, donation with charge, gratuitous supply and waste disposal. Some of these concepts are discussed in the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and presented in this paper. The knowledge from related sciences (sociology, anthropology, psychology) may be extremely valuable for lawyers dealing with these issues.

Key words: *gift, donation, equivalence, contract, objective element, DCFR, enrichment, impoverishment.*

Новак Крстић,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.65/68

Рад примљен: 30.09.2013.

Рад прихваћен: 09.11.2013.

ОДРЕЂИВАЊЕ ВЕЛИЧИНЕ НУЖНОГ ДЕЛА¹

Апстракт: У праву Републике Србије, као и у већини савремених права, усвојен је систем појединачног нужног дела. Сходно томе, величина нужног дела сваког нужног наследника утврђује се од величине законског наследног дела који му у сваком конкретном случају припада. У раду су, најпре, сагледане последице одрицања од наслеђа, недостојности и неспособности за наслеђивање, те искључења из наслеђа, на величину нужног дела нужних наследника. Како у теорији постоје значајна мимоилажења у разумевању дејстава које поједини институти имају на величину нужног дела, аутор, осврћући се на постојеће ставове, аргументује своје виђење појединих спорних питања. У том смислу, посебна пажња посвећена је анализи утицаја лишења права на нужни део, нехтења нужног наследника да оствари своје право на нужни део, одрицања од наслеђа у корист санаследника, као и промена у величини законских наследних делова, на величину нужних делова нужних наследника.

Кључне речи: нужни део, законски део, нужни наследници, наслеђивање.

1. Увод

Право на нужни део јесте овлашћење, когентним нормама признато нарочито привилегованој категорији законских наследника – нужним наследницима, на одређени удео и одређену вредност из заоставштине. Нужни део представља део заоставштине којим оставилац није могао слободно располагати, и који независно од његове воље мора припасти нужним наследницима, када то захтевају. Овом установом штите се

novak@prafak.ni.ac.rs

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

имовински интереси одређеног круга оставиоцу нарочито блиских лица који су по законском наследном реду позвани да га наследе, када их је, барем према схватањима друштва оличеној у вољи законодавца, оставилац неоправдано мимоишао прекомерним бестеретним располагањима.

Савремена права, која познају институт нужног дела, одређују круг нужних наследника као *paterus clausus*. Величина нужног дела нужних наследника законом је унапред дефинисана и не може бити промењена одлуком суда, у смислу његовог повећања или смањења (Видић, 2006: 800). Системи одређивања величине нужног дела и критеријуми на основу којих се утврђује нужни део сваког нужног наследника, различити су у савременим правним системима. Право Републике Србије деценијама уназад приклоњено је систему појединачног нужног дела, концепту који је доминантан у упоредном праву.

У раду се детаљно сагледавају правила о утврђивању величине нужног дела у нашем праву, са освртом на начин одређивања величине нужног дела када један или више нужних наследника не желе или не могу да наследе, односно када нужни наследник не тражи намирење нужног дела. Посебна пажња посвећена је утицају промена у величини законских наследних делова, лишења права на нужни део, те одрицања од наслеђа у корист санаследника, на величину нужног дела. С тим у вези, износе се ставови којима се опонира појединим становиштима заузетим у правној доктрини. Предмет анализе у овом раду није израчунавање вредности нужног дела, осим у оној мери која је неопходна да би се одређена спорна питања разлучила.

2. Укратко о системима утврђивања величине нужног дела у савременом праву

Дефинисање круга нужних наследника и величине нужних делова представља деликатан задатак за сваког законодавца. Бројни су фактори који, том приликом, морају бити узети у обзир како би се пронашло решење којим се штите и интереси оставиоцу блиских лица, који полажу наду на одређени део заоставштине, али и интереси самог оставиоца. Величина нужног дела појединих категорија нужних наследника, као и круг лица која могу бити нужни наследници, варира од државе до државе, у зависности од значаја које друштво придаје породици, браку (односно законом уређеној заједници два лица), претпостављеној блискости веза међу појединим члановима уже и шире породице, али, насупрот томе, и од степена слободе располагања имовинским правима пословима *inter vivos* и *mortis causa*, које правни поредак жели гарантовати појединцу.

Савремена права, која познају установу нужног дела, опредељују се за једну од две концепције утврђивања величине нужног дела.

Француски *Code Civil* усвојио је систем скупног нужног дела, према коме се величина нужног дела (и расположивог дела заоставштине) утврђује према целини заоставштине, а условљена је бројем и квалитетом нужних наследника. Величина скупног нужног дела првенствено је опредељена бројем деце оставиоца, при чему се у обзир узима и дете оставиоца које не може или не жели да наследи, уколико има своје потомке, јер долази до примене права представљања. Уколико оставилац има једно дете, величина нужног дела износи 1/2 заоставштине, ако има двоје деце, нужни део је 2/3, а у случају да има троје или више деце, нужни део износи 3/4 заоставштине, и дели се међу децом на једнаке делове.² Супружник може бити нужни наследник тек уколико оставилац нема потомака који су позвани да наследе, а величина његовог нужног дела утврђена је на 1/4 заоставштине.³

Већина права, међу којима је и наше, определила су се за концепт појединачног нужног дела. Ову концепцију карактерише одређивање величине нужног дела за сваког нужног наследника који је позван на наслеђе од величине законског наследног дела који му у конкретном случају припада. У зависности од критеријума којима се руководи легислатор (припадност нужним наследним редовима, својство апсолутног или релативног нужног наследника, претпостављена блискост оставиоца са појединим категоријама нужних наследника), постоје значајне разлике у величини нужних делова појединих категорија нужних наследника.

3. Основна правила о одређивању величине нужног дела у нашем праву

У наследном праву Републике Србије нужни део сваког нужног наследника, који је позван на наслеђе, одређује се од наследног дела који му према закону припада. Приликом израчунавања законских наследних делова, у обзир се узимају сви законски наследници, независно од тога да ли улазе у круг нужних наследника, и утврђује се законски део сваког од њих. Нужни део лица која су *in concreto* нужни наследници потом се одређује у законом дефинисаном разломку од законског наследног дела (Благојевић, 1955: 140; Стојановић, 2011: 154).

2 Видети: чл. 913-1 *Code Civil des Français* из 1804. године. У даљем тексту: СС.

3 Видети: чл. 914-1 СС. До измена СС из 2006. године, право на нужни део имали су и родитељи и остали преци оставиоца, када би били позвани да наследе, и они су имали првенство у остварењу права на нужни део у односу на супружника оставиоца.

Правила о нужном наслеђивању у нашем праву конструисана су на темељима модификоване теорије издржавања (Антић, 2009: 191), као и на принципу узајамности у наслеђивању (Антић, Балиновац, 1996: 113-124; Стојановић, Крстић, 2008: 217). Нужни наследници распоређени су по нужним наследним редовима, између којих постоји искључивост у позивању на наслеђивање. У првом нужном наследном реду налазе се оставиочеви потомци, усвојеници и њихови потомци, те супружник, док су у другом, поред супружника, још и родитељи оставиоца и његова браћа и сестре. Трећи и даље нужне наследне редове чине само преци оставиоца (у трећем су деде и бабе, у четвртом прадеде и прабабе итд.). За разлику од нужних наследника из првог наследног реда и родитеља, који су апсолутни нужни наследници, остали нужни наследници право да захтевају намирење нужног дела имају само ако су трајно неспособни за привређивање и без нужних средстава за живот, уз претходни услов да су позвани на наслеђе.⁴

Критеријум који Закон о наслеђивању Србије користи за одређивање величине нужног дела јесте припадност нужног наследника одређеном нужном наследном реду. Припадност кругу апсолутних, односно релативних нужних наследника није од примарног значаја. Тако, нужни део нужних наследника првог нужног наследног реда увек износи половину, а наследника другог и осталих нужних наследних редова – трећину од законског наследног дела. Једини изузетак учињен је код супружника, чији је нужни део, независно од тога у ком наследном реду наслеђује, увек половина од законског наследног дела.⁵

На величину нужних делова значајан утицај могу имати различите околности. У настојању да отклонимо дилеме које међу посленицима правне мисли постоје, у редовима који следе настојаћемо анализирати какве последице по величину нужних делова нужних наследника производе поједини институти регулисани ЗОН-ом Србије.

4. Одређивање величине нужног дела када је нужни наследник недостојан или неспособан за наслеђивање, искључен из наслеђа или се одрекне наслеђа

Када нужни наследник, који је доживео тренутак делације, неће (одрекне се наслеђа) или не може да наследи оставиоца (када је недостојан за

4 Чл. 39 Закона о наслеђивању Србије, *Сл. гласник РС*, 46/95. У даљем тексту: ЗОН.

5 Наравно, уколико надживели супружник, чији је брак са оставиоцем престао његовом смрћу, изгуби право законског наслеђивања на основу чл. 22 ЗОН-а, неће имати ни право на нужни део.

наслеђивање, неспособан за наслеђивање, искључен из наслеђа или лишен права на нужни део), поставља се питање каква је судбина њему припадајућег нужног дела. Закон о наслеђивању Републике Србије, као правило, предвиђа да његов нужни део не прираста по аутоматизму осталим нужним наследницима.⁶ Како немогућност или нехтење да се наследи у нашем праву имају само лично дејство, смисао овог решења огледа се у томе да се изнова приступа израчунавању законских наследних делова свих законских наследника који могу и желе да наследи, као да конкретног нужног наследника није ни било (Vizner, 1967: 9).⁷ Том приликом се примењују основна правила расподеле припадајућег наследног дела нужног наследника, који не може или неће да наследи, карактеристична за парентеларно-линеарни систем – право представљања, право прираштаја и право следореда. Потом се од законских утврђују појединачни нужни делови нужних наследника.⁸

Домашај *ius representationis*, *ius accrescendi* и *successio ordinum* није идентичан у сфери законског и нужног наслеђивања. Док се законски део наследника који не може или не жели да наследи, применом ових правила, у пуном обиму, *ex lege*, „прелива“ осталим наследницима који се позивају на наслеђе (свима или само некима од њих), нужни део нужног наследника који не наслеђује може у потпуности, али и само у једном делу, прирасти осталим нужним наследницима, а може се догодити и да њихов нужни део остане непромењен. Стога, када нужни наследник не може или не жели да наследи, његов нужни део може у потпуности отићи у расположиви део заоставштине, делом отићи у расположиви, а делом у нужни део нужних наследника, или, пак, расположиви део заоставштине може остати непромењен, а нужни део нужног наследника који не наслеђује у потпуности прирасти нужним деловима осталих нужних наследника, једном или више њих (Стојановић, 2011: 155).

6 Видети: чл. 40 ст. 3 ЗОН.

7 Македонски законодавац заузео је потпуно другачији став, прописујући да наступање ових чињеница нема утицаја на величину нужног дела (чл. 31 ст. 2 Закона за наслеђивање, *Сл. весник на РМ*, 47/96 – даље: ЗОНРМ). Услед тога, нужни део нужног наследника који не може/не жели да наследи прираста завештајним наследницима, а нужни делови осталих нужних наследника остају непромењени (Чавдар, 1996: 73).

8 Изузетак у том смислу представља лишење права на нужни део, чије ће правне последице бити предмет засебне анализе. До одступања од горе наведеног правила долази и у случају искључења из наслеђа, када је завешталац у завештању одредио супститута нужном наследнику, односно у случају делимичног искључења, када нужни наследник вољом завештаоца добија одређену вредност из заоставштине, мању од вредности нужног дела.

Извесне недоумице у литератури постоје код дејстава искључења из наслеђа. Тако, постоје схватања да нужни део искљученог наследника припада његовом потомству, а уколико нема потомака, нужни део осталих нужних наследника ће се увећати за део који би припао искљученом нужном наследнику (Бабић, 2005: 135). Присутан је и став да у другом нужном наследном реду, уместо родитеља који је искључен из наслеђа, на наслеђе бивају позвана само његова деца која су трајно неспособна за привређивање и немају нужних средстава за живот, а ако њих нема на наслеђе неће бити позвана друга лица (Сворцан, 2004: 168). Потпуно је нејасан став да уколико уместо искљученог нужног наследника не могу на наслеђивање бити позвана друга лица, неће доћи до прираштаја његовог нужног дела, већ ће се при израчунавању нужних делова осталих нужних наследника узети као да и искључени добија нужни део (Сворцан, 2004: 168).

Мишљења смо да је законодавац био јасан када је стипулисао да се права осталих који могу наследити одређују као да је искључени умро пре оставиоца.⁹ Како искључени нужни наследник губи наследна права у мери у којој је разбаштињен, и прави се фикција његове смрти, законски наследни део који би му припао расподељује се према правилима редовног законског наслеђивања лицима која се уместо њега јављају на наслеђе (детаљније: Марковић, 1981: 205). Од тако утврђеног законског дела, одређује се нужни део оних наследника који улазе у круг нужних наследника.

5. Одређивање величине нужног дела када нужни наследник не тражи нужни део

Од одрицања од наслеђа нужног наследника треба разликовати ситуацију када нужни наследник, поштујући оставиочеву вољу, не захтева свој нужни део у оквиру материјалноправних рокова предвиђених законом, али се прихвата наслеђа као законски наследник на делу чисте заоставштине који је преостао након смрти *de cuius-a*. „Одрицање“ од нужног дела никако се не може сматрати одрицањем од законског дела (Станојевић, 1959: 216). Стога, нема места примени фикције, као код негативне наследничке изјаве, да нужни наследник никада није ни постојао, већ му се утврђује наследни део који му по закону припада (Крећ, Павић, 1964: 78). Како се у том случају законски део осталих законских наследника не мења, непромењени остају и нужни делови нужних наследника, те ће за величину нужног дела нужног наследника који није тражио намирење, бити повећан расположиви део заоставштине.¹⁰

⁹ Видети: чл. 63 ст. 2 ЗОН.

¹⁰ Расположиви део заоставштине јесте онај део заоставштине којим је оставилац могао по својој вољи располагати, неповређујући при том нужни део нужних наследника.

Иста ситуација постојаће и када је нужни наследник уредно позван на оставинску расправу, али се до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине није одазвао позиву, или није желео да дâ наследничку изјаву на рочишту, нити је у писаној форми тражио намирење нужног дела. У том случају, сматраће се да се наследник прећутно прихватио законског наследног дела,¹¹ али не и нужног дела, с обзиром да суд не утврђује право на нужни део по службеној дужности, већ само на захтев нужног наследника.

Ако нужни наследник није био уредно позван на оставинску расправу и није јој присуствовао, моћи ће да захтева нужни део и након правноснажности решења о наслеђивању, уколико рок за тражење нужног дела није истекао.¹² Правноснажност решења о наслеђивању има своје субјективне границе, и тиче се само лица која су узела учешће у оставинској расправи, па ће наследник који није учествовао у поступку моћи да захтева намирење свог нужног дела у парници.

6. Одређивање величине нужног дела у случају одрицања од наслеђа у корист санаследника

Нужни наследник се, као и било који други наследник, може одрећи наслеђа у корист санаследника (законскоих, завештајних и нужних) који *in concreto* наслеђују. Према слову ЗОН-а Србије, таква изјава сматра се изјавом о пријему наслеђа и уступању наследног дела санаследнику.¹³ Тачније, реч је о понуди коју нужни наследник чини санаследнику, а коју овај треба да прихвати да би до уступања наследног дела дошло. Уколико санаследник прихвати уступљени наследни део, на односе између уступеоца и пријемника примењују се правила о поклону,¹⁴ осим уколико је уступање извршено уз накнаду, када има обележја теретног правног посла. Идентично дејство изјави о одрицању наслеђа у корист санаследника има и уговор којим један наследник уступа свој наследни део санаследнику (више: Стојановић, 2009: 53-55).

Када до уступања наследног дела дође, уколико уступилац и/или пријемник улазе у круг нужних наследника, поставља се питање да ли се

11 Сходно чл. 219 ст. 1 ЗОН.

12 Застарелост права да се захтева нужни део наступа протеком рока од три године од проглашења завештања, ако је нужни део повређен завештајним располагањима, односно протеком три године од отварања наслеђа, када је нужни део повређен поклонима (чл. 58 и 59 ЗОН).

13 Сходно чл. 216 ст. 1 ЗОН.

14 Видети: чл. 216 ст. 2 ЗОН.

величина њиховог нужног дела утврђује од наследног дела који им је по закону припао, или од „увећаног“, односно „умањеног“ наследног дела. У теорији је заступљен став да се, када до одрицања у корист санаследника дође, изнова израчунава законски део наследника коме је наследни део уступљен. Потом се, уколико се ради о лицу које је нужни наследник, од законског одређује нужни део (Антић, Балиновац, 1996: 222-223).

Овакво становиште чини нам се неприхватљивим. Изјава о одрицању од наслеђа у корист санаследника по својој суштини је позитивна наследничка изјава. Давањем ове изјаве наследник се прихвата наслеђа, што се и констатује у диспозитиву решења о наслеђивању. Наследник се не одриче права наслеђа, већ само уступа део заоставштине који је по закону наследио. Услед тога, њему не престаје наследничко својство, и он одговара за оставиочеве дугове до вредности уступљеног наследног дела (осим уколико су се санаследници што друго договорили).¹⁵ Овде не долази до увећања наследног дела пријемника, већ он стиче уступљени законски наследни део (или нужни део, ако се само он уступа) као поклонопримац. Уколико је оставилац бесплатним располагањима повредио нужни део неком нужном наследнику, на питање да ли је до повреде нужног дела дошло или не, не може имати утицај чињеница да су санаследници једни другима бестеретно или теретно пренели свој наследни део.

Стога, мишљења смо да одрицање у корист санаследника нема никаквог утицаја на величину нужног дела пријемника наследног дела. Величина његовог нужног дела утврдиће се од наследног дела који му је по закону и припао. Приликом утврђивања постојања повреде нужног дела, и вредности за коју нужни део треба бити допуњен, узима се у обзир само вредност законског наследног дела који му је припао (уз урачунавање евентуалних поклона или испорука које је нужни наследник добио од оставиоца), а не и вредност уступљеног наследног дела санаследника.

Мишљења смо да чак и наследник који је уступио свој наследни део, има право да захтева намирење нужног дела, уколико јесте нужни наследник *in concreto*. Уступање наследног дела санаследнику, мотивисано различитим разлозима, не може имати утицаја на чињеницу да ли је његов нужни део повређен или не, и он може имати интереса да тражи намирење нужног дела од завештајних наследника и/или поклонопримаца у чију корист му је оставиочевим располагањима и повређен нужни део. Величина нужног дела, као што је то редовно случај, одредила би се од величине законског

15 Штавише, овом наследнику припада и право да наследи накнадно пронађени део заоставштине, као и део који би му припао на основу примене права прираштаја, у висини наследне квоте (Рајић, 1958: 446; Стојановић, 2009: 46).

наследног дела. Приликом утврђивања постојања повреде нужног дела, и вредности која нужном наследнику треба бити исплаћена ради намирања нужног дела, узела би се у обзир вредност наследног дела који је нужни наследник уступио. На име нужног дела нужни наследник би могао добити само вредност која је једнака разлици између вредности нужног дела и вредности уступљеног законског наследног дела (уз узимање у обзир поклона или испорука које је евентуално добио од оставиоца). У супротном, имали бисмо конструкцију, по нама неодрживу, да се наследник који се одрекао наслеђа у корист санаследника сматра универзалним сукцесором, одговара до висине наследног дела за дугове оставиоца, али да, иако јесте нужни наследник, нема право на нужни део, а да санаследник коме је уступио наследни део има право да, користећи се тиме, исходи за себе увећани нужни део.

7. Утицај лишења права на нужни део на величину нужних делова нужних наследника

Институт лишење права на нужни део омогућава завештаоцу да у завештању, на несумњив начин, делимично или у потпуности лиши права на нужни део свог потомка, због његове презадужености или расипничког понашања, у корист потомака лишеног.¹⁶ Правне последице лишења права на нужни део, у одређеној мери, разликују се од последица када нужни наследник из неког другог разлога не може да наследи.

У правној доктрини постоје различита поимања дејстава које лишење права на нужни део производи. Разлог томе видимо у непрецизној законској формулацији којом су регулисане последице лишења. Наиме, законодавац у ст. 1 чл. 64 ЗОН стипулише да завешталац свог потомка може лишити права на нужни део „у корист потомака лишеног“, док се у чл. 65 ЗОН, као услов пуноважности лишења, одређује да лишени у тренутку оставиочеве смрти мора да има макар једно малолетно дете, или малолетног унука од раније преминулог детета, односно пунолетно дете или пунолетног унука од преминулог детета, које је неспособно за привређивање. Неки аутори овакво решење поимају на начин да лишење може ићи само у корист потомака лишеног, чије је постојање у тренутку делације услов пуноважности лишења (Сворцан, 2004: 174; Бабић, 2005: 137). Са друге стране, поједини цивилисти сматрају да се у случају лишења, будући да се за лишено лице узима као да је умрло пре оставиоца, примењују правила редовног законског наслеђивања (Bazala, 1957: 140; Ђурђевић, 2010: 231). Такође, супротстављени су ставови и по питању слободе

¹⁶ Видети: чл. 64 ЗОН.

завештаоца да наследни део лишеног по свом нахођењу распореди његовим потомцима: док поједини аутори такву слободу негирају (Сворцан, 2004: 174; Бабић, 2005: 137), други теоретичари чак сматрају да је изричита изјава завештаоца коме нужни део оставља услов пуноважности лишења (Благојевић, 1976: 234).

Према нашем схватању, постојање потомака лишеног из чл. 65 ЗОН, само је услов пуноважности лишења, али то не значи да наследни део лишеног потомка мора њима припасти. Уколико је то била интенција легислатора, законска формулација морала би бити знатно прецизнија од постојеће, као што је то учињено у праву Републике Српске.¹⁷ Сматрамо да је у диспозицији завештаоца којим потомцима лишеног нужног наследника ће оставити његов наследни део, у којој мери и на који начин (исто: Ђорђевић, 1997: 299; Антић, 2009: 211). Слобода располагања завештаоца овде јесте ограничена у смислу да наследни део лишеног не може завештати коме жели, већ само његовим потомцима – у супротном лишење остаје без дејства и лишени десцендент наслеђује оставиоца, без обзира што је презадужен или расипник.

Уколико завештањем није распоређен наследни део лишеног потомка, он ће бити распоређен његовим потомцима, према правилима редовног законског наследног реда. Наиме, лишењем се потомку одузима и онај минимум заоставштине који би му према правилима нужног наслеђивања морао припасти, тако да он не наслеђује ништа – ни законски ни нужни део. Стога, наследни део лишеног потомка, применом права представљања, прелази на све потомке лишеног, па и оне који су пунолетни, а способни за привређивање. Величина нужног дела потомака лишеног одређује се од тако утврђеног законског наследног дела. Тиме се штите интереси свих потомака лишеног, нико се од њих не доводи у неравноправан положај, а овакво поимање, утисак је, одговара и претпостављеној вољи завештаоца, чија намера приликом лишења и јесте да заштити и материјално збрине све потомке лишеног нужног наследника (Крстић, 2012: 246).

¹⁷ Члан 50. Закона о наслеђивању Републике Српске, *Сл. гласник Р. Српске*, 1/09 недвосмислено регулише последице лишења: „Ако је потомак који је имао право на нужни дио презадужен или је расипник, завјешталац га може лишити у цјелини или дјелимично његовог нужног дијела у корист његових малољетних или пунољетних потомака који су неспособни за привређивање.“

8. Утицај промена у величини законских наследних делова наследника у првом и другом законском наследном реду на величину нужних делова нужних наследника

Законом о наслеђивању Републике Србије дефинисани су услови под којима може доћи до промена у величини законских наследних делова наследника првог и другог наследног реда. У првом наследном реду може доћи само до смањења наследног дела супружника до два пута, уз истовремено повећање наследних делова свих осталих потомака који наслеђују, уколико постоји оставиочево дете коме преживели супружник није родитељ, а имовина супружника је већа од оне коју би добио поделом заоставштине на једнаке делове, и уколико суд оцени такав захтев оправданим.¹⁸ У другом наследном реду законски део супружника може бити умањен до четвртине, уколико заједница живота са оставиоцем није трајала дуже време, а оставиочева наслеђена добра чине више од половине његове посебне имовине, и уколико наследник, у чију корист ће ићи смањење наследног дела супружника, поднесе захтев у року од годину дана од делације.¹⁹ Наследни део родитеља и супружника оставиоца у другом наследном реду може бити повећан на плодуюживање, изузетно и у својину, уколико ова лица немају нужних средстава за живот и поднесу захтев у року од годину дана од смрти оставиоца.²⁰

Поставља се питање да ли повећање, односно смањење законских делова нужних наследника има утицаја на величину њихових нужних делова? С обзиром да одлука суда којом се утврђује оправданост захтева за промену у величини законских делова има ретроактивно дејство, те да се сматра да су наследници, у чију корист или на чију штету је дошло до промене законског дела, измењени наследни део „стекли“ тренутком отварања наслеђа, у домаћој теорији заузет је јединствен став да промене у величини законских наследних делова утичу и на величину нужних делова (нпр. Благојевић, 1955: 140; Антић, 1983: 324-327; Видић, 2006: 804). Стога се нужни део нужног наследника у сваком конкретном случају одређује од законског дела који му је одлуком суда утврђен.²¹

18 Чл. 9 ст. 3 ЗОН.

19 Чл. 26 ст. 1 ЗОН.

20 Чл. 23 и чл. 31 ЗОН.

21 Овакво поимање утицаја промена у величини наследних делова може у специфичним ситуацијама за последицу имати да лица која би могла бити нужни наследници, услед одлуке суда да не добију ништа на име законског наследног дела, не би могла ни захтевати намирење нужног дела од оставиочевих завештајних наследника, испорукопримаца или поклонопримаца. Тако, када су без нужних средстава за живот, а заоставштина је тако мале вредности да би њеном поделом запали у оскудицу,

Међутим, то неће бити једноставан задатак у случајевима када се на име законског дела не добија део заоставштине у својину, већ на плодуюживање. Тако, када је истакнут захтев за смањење наследног дела супружника у другом наследном реду, пре доношења одлуке суда о истакнутом захтеву, супружник је овлашћен да уместо наслеђа у својину изабере половину заоставштине на доживотно уживање.²² Како у том случају одредити величину и вредност нужног дела супружника? Како одредити величину нужног дела и осталих нужних наследника, узимајући у обзир да закон не прецизира шта се дешава са тзв. својинским вишком који преостане након извршеног избора супружника?²³

На први поглед, утисак је да се решење намеће само по себи када је реч о величини нужног дела супружника, и да би му у случају избора половине заоставштине на плодуюживање, на име нужног дела припала четвртина од обрачунске вредности заоставштине на плодуюживање (тако: Антић, Балиновац, 1996: 218; Видић, 2005: 91). Овакво поимање намеће низ практичних питања, с обзиром да одређивање нужног дела није циљ по себи, већ је његов смисао у утврђивању да ли је законом резервисани удео нужног наследника повређен и у којој мери треба бити намирен, односно допуњен: Како израчунати вредност коју супружник треба да добије (узимајући том приликом у обзир и вредност плодуюживања које супружник има на половини заоставштине на име законског наследног дела, а која свакако постоји, јер супружник у супротном не би ни имао шта да изабере)? Да ли би нужном наследнику припао, на име нужног дела, новчани износ, као што је то правило у нас, или би му нужни део

законодавац предвиђа могућност да супружник или родитељи наследе целокупну заоставштину у својину (чл. 23 ст. 2 и чл. 31 ст. 4 ЗОН). У том случају право на нужни део за оне наследнике који трпе повећање, и који нису ништа ни добили из заоставштине представља *nudum ius*, док би се нужни део наследника који је наследио целу заоставштину, утврђивао у законом дефинисаном проценту за конкретног нужног наследника (за супружника 1/2, а за родитеље 1/3).

22 Чл. 28 ст. 1 ЗОН.

23 Постоје више различитих схватања о судбини тзв. својинског вишка – дела заоставштине који остаје без титулара када се супружник определи за плодуюживање на половини заоставштине. Према једном схватању, у случају да су сви наследници тражили смањење наследног дела супружника, својински вишак се дели између њих, а ако је само неко од санаследника истакао захтев – он ће припасти супружнику оставиоца (Антић, Балиновац, 1996: 183-185). Према другом схватању, у сваком случају би својински вишак требало бити додељен оним наследницима који су истакли захтев за смањењем наследног дела супружника (Ђурђевић, 2001: 168). Постоји и мишљење да би својински вишак требао припасти свим наследницима другог законског наследног реда, независно од тога да ли су захтевали смањење наследног дела супружника (Стојановић, 2011: 128).

био намирен у виду аликвотног дела? Ако више поклонопримаца дугује намирење нужног дела, колико ће дужан бити да плати свако од њих, или на који начин ће се плодуживање остварити, ако одлуком суда буде промењена правна природа нужног дела у стварноправну, а плодуживање треба конституисати на више поклоњених добара? Коначно, колики је нужни део осталих наследника, којима јесте увећан наследни део, али који трпе плодуживање супружника, и који у делу који су наследили имају *nuda proprietas*? Све су то питања на која је веома тешко одговорити.

Сличан проблем јавља се у вези са утврђивањем величине нужног дела и када на име увећања законског наследног дела супружник или родитељи добију део заоставштине на доживотно уживање. По редовном току ствари, наследник који је истакао захтев задржава законом утврђени наследни део у својину, а на име повећања добија плодуживање на делу или целини заоставштине. Уколико, рецимо, супруга, поред половине свог наследног дела, на име увећања добије плодуживање на преосталом делу заоставштине, колики ће њен нужни део бити – да ли би имала смисла конструкција по којој супрузи на име нужног дела припада четвртина заоставштине у својину и четвртина на плодуживање? Наш одговор је одричан. Посебно, можда још сложеније, питање је колики је нужни део родитеља у том случају, који деле другу половину заоставштине као законски наследници, али чије је право делимично или у потпуности оптерећено плодуживање супружника.

Напоменимо, на крају, да је на сва ова, чини нам се веома сложена питања, македонски законодавац дао веома једноставан одговор, прописујући да законске одредбе о повећању или смањењу законских наследних делова немају утицаја на величину нужног дела.²⁴

9. Закључак

Прихватајући систем појединачног нужног дела, домаћи законодавац определио се да се величина нужних делова нужних наследника одређује у сваком конкретном случају од величине законског наследног дела, при чему је за сваку категорију нужних наследника законом дефинисано у ком се разломку (проценту) од законског дела утврђује нужни део. Премда на први поглед делује једноставно, утврђивање нужног дела значајно усложњавају одређене околности, које могу имати утицаја на величину и вредност нужних делова.

Постојање разлога који нужног наследника чине недостојним и неспособним за наслеђивање, као и искључење из наслеђа и давање

²⁴ Видети: чл. 31 ст. 2 ЗОНМК.

негативне наследничке изјаве, имају идентично дејство на величину нужних делова. Лица која из наведених разлога не наслеђују, треба третирати као да нису доживела тренутак делације, те се њихов наследни део распоређује према правилима редовног законског наслеђивања, а од тако утврђеног законског дела одређују се нужни делови осталих нужних наследника. Стога, нужни део нужног наследника који не може или не жели да наследи може прирасти, делимично или у потпуности, нужним деловима једног или више осталих нужних наследника, а може у потпуности отићи у расположиви део заоставштине, у ком случају нужни делови нужних наследника остају непромењени.

„Одрицање“ од права на нужни део, односно нетражење нужног дела, не може се поистоветити са негативном наследничком изјавом. Нужни наследник у том случају задржава свој законски наследни део, те законски, самим тим и нужни делови осталих наследника остају непромењени. До промене у величини нужних делова не долази ни у случају када се нужни наследник одрекне наследног дела у корист санаследника, јер се тиме не увећава наследни део пријемника, већ њему наследни део уступиоца бива уступљен као поклон.

Лишење права на нужни део је институт који је изазвао бројна опречна мишљења у теорији, када су у питању правне последице које производи. По нашем схватању, уколико оставилац није у завештању определио распоред наследног дела лишеног потомка у корист његових десцендата, треба сматрати као да је лишени умро пре оставиоца. Лишење би ишло у корист свих потомака лишеног нужног наследника, а не само у корист оних потомака чије је постојање у тренутку смрти оставиоца услов за пуноважност лишења.

Промене у величини законских наследних делова свакако имају утицаја на величину нужних делова. Међутим, у случајевима када је законски део наследника у целини или делимично утврђен судском одлуком у виду плодуживања, одређивање вредности нужног дела, и обима његове повреде веома је дискутабилно, и скопчано са готово непремостивим препрекама. Стога, велико је питање да ли је оправдано утврђивање величине нужног дела, када се на име законског наследног дела добија део заоставштине на плодуживање, на идентичан начин као и када се део заоставштине наслеђује у својину.

Литература

- Антић, О. (2009). *Наследно право*. Београд: Службени гласник;
- Антић, О., Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос;
- Антић, О. (1983). *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација. Београд;
- Бабић, И. (2005). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Службени лист СЦГ;
- Vazala. В. (1957). *Nužno nasljedstvo*. *Naša zakonitost*. 3-4 (XI). 136-154;
- Благојевић, Б. (1976). *Наследно право у Југославији*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства;
- Благојевић, Б. (1955). *Нужни наследници и величина нужног дела*. *Анали Правног факултета у Београду*. 2. 136-141;
- Видић, Ј. (2006). *Нужни део у српском и европском праву*. *Правни живот*. 10. 789-825;
- Видић, Ј. (2005). *Нужно наслеђивање у домаћем и упоредном праву*, магистарска теза. Нови Сад;
- Vizner, В. (1967). *О правној судбини нужног дијела у случају одрицања нужног насљедника од насљедства*. *Правни живот*. 6. 6-13;
- Ђорђевић, В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Ниш;
- Ђурђевић, Д. (2010). *Институције наследног права*. Београд: Службени гласник;
- Ђурђевић, Д. (2001). *Смањење наследног дела супружника у другом наследном реду до једне четвртине*. *Правни живот*. 10. 151-172;
- Закон за наслеђивањето Македоније. *Службени весник на Република Македонија*. Бр. 47 (1996);
- Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник Р. Србије*. Бр. 46 (1995);
- Закон о наслеђивању Републике Српске. *Службени гласник Р. Српске*. Бр. 1 (2009);
- Крећ, М., Павић, Ђ. (1964). *Коментар Закона о насљеђивању са судском праксом*. Загреб: Народне новине;
- Крстић, Н. (2012). *Концептуална мимоилажења у регулисању нужног наслеђивања у Републици Србији и Републици Српској*. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 59. 229-248;
- Марковић, С. (1981). *Наследно право*. Београд: Службени лист СФРЈ;

Раџић, Ђ. (1958). *Odricanje od nasljedstva u korist određenog nasljednika*. *Анали Правног факултета у Београду*. 4. 438-452.

Пресуда Врховног суда Србије Гж-794/55, *Збирка судских одлука Савезног врховног суда*. I/1 (1956);

Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*. Крагујевац: Правни факултет Крагујевац;

Станојевић, Д. (1959). *Одређивање нужног дела у вези са одрицањем појединих нужних наследника од наслеђа*. *Анали Правног факултета у Београду*. 2. 211-216.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу;

Стојановић, Н. (2009). *Наследничка заједница*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу;

Стојановић, Н., Крстић, Н. (2008). *Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у Републици Србији de lege lata и de lege ferenda*. Актуелна питања грађанске кодификације: зборник радова. Правни факултет у Нишу. 215-232; Code Civil des Français из 1804. године;

Чавдар, К. (1996). *Коментар на Законот за наследувањето*. Скопје: Агенција „Академик“.

Novak Krstić, LL.M.
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Assessing the Amount of Compulsory Portion

Summary

In this paper, the author deals with an issue of assessing the amount of compulsory portion of compulsory heirs. In particular, the author focuses on considering the effects of the inability or unwillingness to succeed, as well as the changes in the amount of the legal portions (i.e. the amount of each forced portion). In case of indignitas and incapitas to inherit, as well as in case of renouncing the inheritance rights and exhereditio nota causa, the author thinks that the legal portions of other legal heirs should be determined under the presumption that the heir (who cannot or does not want to inherit) died before the deceased. The institute exhereditio bona mente has the same legal effects but the hereditary portion of the deprived successor may belong only to his descendants, on the basis of the right of representation (ius representationis). When a compulsory heir does not require only the compulsory (forced) portion but wants to retain his legal portion, the legal and the compulsory portions of other compulsory heirs remain unchanged. The greatest dilemmas emerge from the effect that changes in the amount of the legal hereditary portions exert on the amount of the forced portions, especially when the legal portion partially or fully includes the usufruct right. The author questions the justifiability of assessing the amount of the compulsory share on the basis of the legal portion when it appears in the form of a usufruct right because it significantly complicates the assessment of the value of the compulsory portion, its possible violation and the scope of its violation.

Key words: compulsory portion, legal portion, compulsory heirs, succession.

Марко Димитријевић,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.221

Рад примљен: 19.09.2013.
Рад прихваћен: 07.10.2013.

ПОРЕСКА КОНКУРЕНЦИЈА: ТЕОРИЈСКИ ОСВРТ¹

Апстракт: Хармонизација домаћих правних прописа са комунитарним правом Европске Уније, присутна је и у области пореског права. Поред тренда пореске хармонизације уочава се и тренд пореске конкуренције, која се може схватити као одсуство сарадње између пореских јурисдикција држава у борби за привлачење иностраног капитала, најчешће у виду директних страних инвестиција. Предмет анализе у овом раду јесу позитивни и негативни ефекти пореске конкуренције на укупно пореско оптерећење, кроз правну анализу пореских подстицаја за привлачење иностраног капитала у области корпоративних пореза и њихов утицај на привредни развој.

Кључне речи: пореска конкуренција, порески подстицаји, стране директне инвестиције, мултинационалне компаније.

1. Увод

Пореска конкуренција, поред пореске хармонизације, представља значајну тенденцију у међународном пореском праву. О њој говоримо када порески систем једне државе или другог нивоа политичко-територијалне јединице утиче на порески систем другог колективитета у смислу укупно убраних пореских прихода (Goodspeed, 1998: 579-582). Питање пореске конкуренције не представља новину у пореском праву. Својевремено је економиста Чарлс Тибо (*Charles Tibeout*) говорио о могућности бирача да „гласају ногама“, у смислу да одаберу за себе „савршену комбинацију пореских дужности и доприноса (услуга) јавног сектора између конкурентских пореских јурисдикција“ (Tibeout, 1954: 416-424). Фактори који утичу на економске

markod1985@prafak.ni.ac.rs

1 Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ бр.179046, које финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

ефекте пореске конкуренције јесу спољна трговина, постојање економије обима, ефекат преливања јавних добара, као и могућност јавног сектора да произведе добра која снижавају приватне трошкове производње (Wilson, 2000: 297-304). У теорији се прави дистинкција између ефеката *хоризонталне* и *вертикалне* пореске конкуренције. *Хоризонтална пореска конкуренција* се одиграва између јединица које се налазе на истом нивоу власти нпр. локалних или централних јединица власти, када опорезују мобилну основицу (јер само једна од њих утврђује висину пореске основице). *Вертикална пореска конкуренција* се односи на јединице које се налазе на различитим нивоима власти уколико оне опорезују исту основицу.

2. Основне поставке пореске конкуренције

Предмет анализе у раду јесу ефекти хоризонталне пореске конкуренције који се јављају у виду „*превише*“ или „*премало*“ опорезивања, зависно од тога да ли говоримо о узводном (*upstream*) или низводном (*downstream*) облику хоризонталне пореске конкуренције (McGuire, 1991: 153-164). Потребно је напоменути да ефекти пореске конкуренције зависе од конкретног пореског облика који је предмет „*надметања*“. Такође, низводна пореска конкуренција карактеристична је за земље са неразвијеним привредама, претежно отвореног типа, које се ослањају у свом пореском систему на капиталне порезе. Пракса је показала да то за последицу има дисторзивне ефекте на одлуке о алокацији капитала, јер се пореске стопе код ових пореза утврђују на нижем нивоу него обично, а то резултира нижи квалитет услуга које пружа јавни сектор (Zodrow, Meizskowski, 1986: 356-370). У екстремном облику овај модел конкуренције би значео да се пореске стопе могу свести на нулу (тзв. негативни порези), јер би заговорници такве конкуренције сматрали да капитал нема користи од јавних добара (мада се, по нашем мишљењу, овај аргумент не може прихватити јер маргинализује значај јавних добара и њихове позитивне екстерне ефекте).

Проблем „*превише*“ или „*премало*“ опорезивања би се хипотетички могао решити узимањем у обзир политичког амбијента у коме се доноси одлука о висини пореских стопа. Наиме, било би неопходно кумулативно испунити два битна услова ефикасности: 1) да производни фактори буду равномерно распоређени у обема пореским јурисдикцијама; 2) да се омогући ефикасно пружање јавних добара свим пореским обвезницима (Goodspeed, 1995: 279-296). У условима асиметричних информација и несавршености тржишта могуће је да се први услов не може испунити, због чега, од предложеног решења не можемо очекивати жељене резултате.

Деструктивна хоризонтална пореска конкуренција се опажа у условима када влада поседује „тржишну моћ“, а типичан пример јесте опорезивање извоза добара и услуга (Goodspeed, 1998: 582). Уколико једна јединица поопштри пореске стопе у циљу повећања пореских прихода, поставља се питање како то утиче на понашање друге јединице и на њену одлуку о промени висине своје пореске стопе? Хипотетички посматрано, она би могла да смањи своје трошкове и да тако снизи пореску стопу или да пак повећа пореску стопу на висину пореских стопа прве јединице (што би било могуће само под условом да је еластичност у односу пореске основице и пореске стопе константна и да повећање пореске стопе утиче на повећање прихода). Свакако је могуће и да због губитка аликотног дела друштвеног благостања по другу пореску јединицу, њена реакција буде смањење пореских стопа у циљу успостављања нарушене равнотеже (Beslez, Rosen, 1997: 144). На основу свега напред поменутог, можемо закључити да је тешко мерити ефекте пореске конкуренције у пракси. Ти ефекти се не могу окарактерисати као искључиво „лоши или добри“, независно од услова у којима се пореска конкуренција одиграва.

2.1. Улога мултинационалних компанија у пореској конкуренцији

Квалитет јавних добара је фактор који веома утиче на пореску конкуренцију. Разлика у висини пореске стопе може да потиче из различите тражње за јавним добрима. Виша пореска стопа у одређеном подручју може да представља сигнал мултинационалним компанијама да на том подручју постоји високо квалификована радна снага или изграђена инфраструктура због које су оне спремне да плате виши износ пореза (Holz-Eakin, 1994: 13-20). Фактор политичке, правне и економске стабилности као и отвореност земље према иностранству такође, по нашем мишљењу, одређује правац и смер пореске конкуренције. Инвеститор је често више заинтересован да у земљи у којој улаже капитал постоји слобода предузетништва, ефикасно правосуђе и адекватна заштита права страних држављана у односу са домаћим резидентима, него за ниске пореске стопе домаћих пореза. У финансијској литератури се истиче да пореска конкуренција у области опорезивања капитала представља негативну појаву за разлику од опорезивања других производних фактора (рада). Данас се сматра да је процес финансијске либерализације (који се мери преко обима међународне трговине) фактор који води оштријем опорезивању капитала (Bretschger, Hettich, 2010: 3-4). Глобализација има низ различитих утицаја на висину јавних расхода и пореских издатака. Ограничавањем свог фискалног суверенитета државе чине квалитативне промене у структури фискалне политике. У теорији се утицај глобализације на фискалну политику

објашњава тзв. *хипотезом ефикасности (компензације)*. Иако се овом хипотезом предвиђа ерозија пореског система, истовремено се сугерише да влада треба да повећа јавне издатке не би ли грађанима осигурала благостање и заштитила их од економских ризика које глобализација носи са собом (Garrett, Mitschell, 1998: 1-3).

Пореска конкуренција на подручју ЕУ своје корене има у Мастрихтском уговору (1992). Наиме, њиме су створени услови за слободно кретање, капитала, роба и услуга у циљу формирања слободног заједничког тржишта. Међутим, ове слободе су резултирале и у фискалним екстерналијама у државама чланицама у виду „сељења“ пореских основица (Vogiatzoglou, 2004: 120). На овом месту морамо указати на проблем разграничавања *фискалних ефеката* јединственог унутрашњег тржишта ЕУ, са једне стране и *фискалних аспеката* истог, са друге стране. Наиме, *фискални ефекти* који се огледају у повећаном обиму спољне трговине и инвестиција осигурани су споразумом, али се његови *фискални аспекти* у виду пореске конкуренције између земаља чланица нису могли предвидети уговором и настали су као његова нус-последница. Стога је питање пореске конкуренције предмет расправа још од оснивања заједничког тржишта, а посебну димензију добило је приликом оснивања економске и монетране уније. У литератури се сматра да оптимално опорезивања капитала за заједницу држава или једну мању групу постоји у ситуацији када се сви субјекти суочавају са идентичним пореским оптерећењима, независно од подручја не коме се инвестира капитал (Horst, 1980: 793-798). За разлику од другачијих пореских стопа са којима се суочавају инвеститори у погледу плаћања висококвалификоване радне снаге (опорезивање људског капитала), где се диференцирано опорезивање подразумева (због различитих нивоа знања), код опорезивања капитала постоји другачија ситуација.

Пореска конкуренција мења структуру трошкова производње, који не потичу од коришћења различитих технологија и повећане продуктивности (као у случају опорезивања људског капитала), већ је резултат административних регулатива (пореских закона). Иако се о пореској хармонизацији непосредних пореза не може говорити као једнообразном решењу овог проблема, не треба заборавити на чињеницу да је и пореска хармонизација посредних пореза својевремено, такође, представљала контроверзно питање (због страха од губитка у квалитету јавних добара које државе чланице ЕУ пружају својим грађанима). Касније се испоставило да су те бојазни биле непотребне, јер се у супранационалној организацији каква је ЕУ, ефекат преливања јавних добара спознаје у пуном светлу, што значи да се губитак у квалитету јавних добара које пружа једна држава чланица може надоместити вишим квалитетом јавног добра од

стране друге државе чланице, односно међувладиним интервенцијама и договорима (Lahiri, 1998: 255-266). Пореска конкуренција у ЕУ није у складу са вредностима покривеним уговором, али не треба испустити из вида да она није само у вези са економском интеграцијом земаља чланица ЕУ, већ је део процеса глобализације, где снижавање пореских стопа корпоративних пореза постаје општи тренд у светској економији, који није везан само за ЕУ (Devereux, Pearson, 1989: 6-13).

За улагање иностраног капитала, порески диференцијали нису од толиког значаја колико фактори правне и политичке стабилности. Ипак, за стационарање филијала мултинационалних компанија, седишта стварне ефективне управе и рачуноводствених департмана итекако јесу.

Један од начина да се изврши евалуација компанија чија је улога у снижавању пореских стопа доминантна јесте да идентификујемо главне мултинационалне компаније које обликују пословно окружење и климу. У теорији, се истучу *две значајне хипотезе* о томе за које је компаније напор за снижавањем пореских стопа најдрагоценији. *Прва* хипотеза полази од намере мултинационалних компанија да умањи тзв. вишак иностраних пореских кредита. Тако нпр. за неке компаније тзв. „*Измена америчког пореског законика*“ (*The Tax Reform Act*)- означила је умањење пореске стопе са 46 на 34 процента. То је значило да компаније чији је укупна просечна пореска стопа иницијално виша од 46 процента сада настоје да искористе све прилике да умање иностране пореске стопе за разлику од компанија чије је пореска обавеза нижа од 34 процента (или је била пре измена законика). *Друга* хипотеза полази од тога да је за компанију значајније да умањи пореске стопе на доходак који оствари у иностранству кроз своје филијале. Без обзира на промене која глобализација капитала доноси са собом, пореске стопе нису постале блаже у свим гранама индустрије (нпр. у производним индустријама каква је електронска није дошло до значајнијег пада.

Отварање базних компанија, off-shore компанија и могућност вршења утањене капитализације детерминише одлуке мултинационалних компанија приликом пореског планирања. Својевремено је држава *Луксембург* прва усвојила порески закон којим се дозвољава оснивање холдинг компанија у тој земљи. Током 90-их година прошлог века велики број сличних закона је усвојен у земљама ЕУ. У *Ирској* је нпр. установљен тзв. међународни финансијски центар у *Даблину*, који представља режим у коме компанија плаћа порез по сниженој стопи од 10 процената, ако пружа фискалне услуге нерезидентима. *Белгија* има сличан закон којим се координационим центрима за обављање услуга рекламирања, консалтинга

и истраживања, дозвољава да задрже највећи део свог профита. Слични преференцијални режими постоје у *Норвешкој* (где се погодности пружају компанијама које пружају финансијске услуге), *Италији* (у *Трсту* постоји тзв. оф-схоре финансијски центар и осигуравајуће друштво), *Француској* (преференцијалне пореске режиме уживају седштва ефективне управе) и друго (Pinto, 2010: 255-278). Мултинационалне компаније пореску диференцијацију користе као својеврсну платформу за међународно пореско планирање. Тако нпр. координациони центар у *Белгији* може да помогне филијали у *Немачкој* да умањи своју пореску обавезу (обе јединице су економски посматрано део исте мултинационалне компаније, иако су правно самостани ентитети). Заправо, координациони центар продаје бренд (име) филијали, која за то од истог центра прима позајмицу да би платила ту услугу. Ова трансакција снижава опорезиви профит на два начина, јер плаћена цена снижава трошкове у оствареном приходу филијале (*трансферна цена*), али и камата на позајмицу филијале не улази у основицу, већ се од ње одбија (*утањена капитализација*). Примећујемо да сложени механизми пореског планирања наносе велику штету буџету, јер порески обвезници свој терет преваљују на обвезнике са мањом економском снагом и за такво понашање остају несанкционисани. Трошкове од тако изгубљених пореских прихода тешко је проценити. Само на подручју САД-а се сматра да више од половине иностраних компанија „виртуелно“ измирује своје обавезе према држави и да су губици по буџет премашили износ од 35 милијарди долара (Dicken, 1998: 247-250).

2.2. Позитивне и негативне последице пореске конкуренције

Класична теорија пореске конкуренције заснива се на следећим двома премисама да ће се ниво укупног пореског оптерећења временом смањити и да ће се порески терет временом преместити са мобилних (мисли се на капитал) на немобилне пореске основице тј. рад и потрошњу (Genschel, 2011: 4-6). Значајно повећање јавних расхода током 80-тих и 90-их година прошлог века треба тражити у чињеници да су 60-их и 70-их година (периоду нафтних рецесија), државе у свом програму економске политике прихватале концепт тзв. „*државе благостања*“ (тј. државе која показује бригу за своје грађане, тако што повећава пензионе трансфере и шири све нивое здравствене заштите и социјалне заштите уопштено гледано). Овим програмом створени су „законски трошкови“ које је било тешко контролисати, јер су се плаћања вршила по условима који нису биле законске природе, већ је величина и износ трансфера зависио од демографских трендова, здравственог статуса, развоја тржишта рада и других фактора (Cordes, 2000: 98).

Модерна теорија преиспитује ове премисе сумњајући у њихову валидност. Истиче се, да би у свету без пореске конкуренције, ниво укупног пореског терета био знатно виши из разлога што се раст јавних расхода не може контролисати (успорити). Такође, велики буџетски дефицити (настали због емисије јавне потрошње) не представљају дуготрајно и одрживо решење за надомештавање јаза између стагнације прихода, са једне стране и нарасталих расхода, са друге стране. Протеклих двадесет година доста се радило на *фискалној консолидацији*, која се између осталог ослања и на повећање пореских прихода. Студија која је обухватила 15 значајних облика фискалне консолидације показује да се чак 10 од њих ослањало на повећање укупног нивоа опорезивања, а само 5 на „сечење“ државних расхода (Economic Outlook 59, 2000). Као што смо већ напоменули, ниже пореске стопе корпоративних пореза не значе нужно и повећање прилива иностраних инвестиција (превасходно директних). У одсуству пореске конкуренције, опорезивање профита било би строжије, али последице нелојалне пореске конкуренције делују још опасније по стање буџета. Решење овог проблема је у консолидацији пореске основице уз уважавање принципа пореске неутралности, једнакости између компанија, стабилности прихода и друго.

Неки аутори сматрају да за одређивање својства пореског обвезника као одлучујућу чињеницу треба узети држављанство (националност), а не фискално резиденство, кроз интеграцију корпоративног са персоналним профитом (Goretr, Mooij, 2001: 211-216). Као алтернативни начини опорезивања све више на значају добијају модели дуалног опорезивања, где се приходи од рада и капитала опорезују одвојено. Такође, одсуство билатералних уговора између земаља чланица ствара проблем двоструког правног опорезивања што би се могло решити моделом пореске конвенције или мултилатералног споразума (Gaetan, 2000: 38).

3. Међународни правни инструменти за регулисање пореске конкуренције

Због свега напред поменутог ОЕЦД је усвојио „*Извештај о нефер (штетној) пореској конкуренцији (The OECD Report on Harmfull Tax Competition)*“. У њему су дате опште смернице за одређивање земаља са статусом пореских рајева и штетних преференцијалних пореских режима, уз предлог мера и инструмената које државе могу предузимати у сузбијању ефеката овог вида штетне конкуренције. У том смислу се предлаже увођење принципа „3 РС“, тј. „*уздржати се, приказати, уклонити*“ (*refrain, review, remove*). Овај принцип подразумева да државе чланице имају политичку одговорност и

обавезу да се уздрже од усвајања нових фискалних мера којим се поспешује конкуренција, да учине транспарентним све нелојалне пореске праксе и да уклоне из домаћег пореског законодавства све појавне облике штетних преференцијалних пореских режима на период од пет година. Такође, овим документом се предвиђа конституисање међународног тела тзв. „Форума о штетним пореским праксама“ (*Forum on Harmful Tax Practices*), који ће бити задужен за имплементацију поменутих циљева. Овај документ представља први значајан покушај сузбијања штетних последица пореске конкуренције, који оснажује све унилатералне, билатералне и мултилатералне покушаје држава у постизању глобалног економског благостања (Wiener, Hugh, Ault, 1998: 602).

Извештај ОЕЦД-а се фокусира на географски мобилне активности, какве су финансијске и друге услуге, као и провизије од нематеријалних улагања. У њему се узима у обзир утицај пореских јурисдикција на финансијске одлуке, кроз анализу решења у опорезивању добити. Морамо нагласити да усвајањем овог документа није доведена у питање слобода држава чланица у креирању програма фискалне политике, али се подразумева поштовање одређених међународних стандарда. То значи, да иако једна од земаља чланица одређене поступке види као облик штетне пореске конкуренције, друга земља их тако не мора видети, нити се те радње могу окарактерисати као штетне под условима предвиђеним извештајем. Тако нпр. држава може да пружи додатне пореске подстицаје намењене повећању прилива инвестиција, али они сами по себи не морају бити штетни, јер ниска пореска стопа није довољна да бисмо донели закључак о постојању штетних радњи, независно од других чињеница и околности. Са друге стране, постоје одређени поступци који *per se* представљају облике штетне пореске конкуренције. Како је ова појава присутна не само у земљама чланицама ОЕЦД-а, већ и земљама нечланицама, вођени су велики напори да што више земаља у свету ратификује поменути *Извештај* у своје домаће законодавство. Нарочито је значајно *друго поглавље*, које идентификује факторе за препознавање пореских рајева и преференцијалних пореских режима. Морамо истаћи да се овим не идентификује порески режим неке конкретне државе као штетан, већ се даје један општи теоријски образац за препознавање таквих режима.

Стога, у анализи морамо направити дистинкцију између *две групе земаља, првих* које имају ниске пореске стопе, али нису укључене у пореску конкуренцију и *других* земаља, које ниске пореске стопе доводе у везу са специјалним потребама и факторима који се препознају као лоша пореска пракса. Наиме, у *првом* случају се ради о земљама које остварују издашне приходе, док се у *другом* случају ради о државама које се у остваривању

буџетских прихода не ослањају на опорезивање добити (или постоји само њено незнатно опорезивање) или се ради о повољнијем пореском третману добити од уобичајеног. У последњем се ради о пореским рајевима, који се могу схватити као „пореске јурисдикције у којима нема номиналног опорезивања или пак само оно постоји, уз одсуство административних обавеза о давању пореских информација, а у циљу редуцирања ефективног опорезивања добити под том јурисдикцијом“ (Turner, 2010: 7-33). Кључни фактор за препознавање пореских рајева јесте одсуство номиналног опорезивања добити, док остали фактори који јесу потребни, али не и нужни подразумевају: одсуство размене пореских информација, нетранспарентност у извршењу пореских радњи, правне и административне провизије и одсуство неких „суштинских“ активности. Можемо приметити да сви поменути услови (изузев првог) наликују правном стандарду, чија се садржина мора утврђивати у сваком случају конкретно, зависно од ситуационих околности и друштвених оквира у којима се једна земља налази. Свакако, одсуство у размени информација може представљати много више од самог процеса нелојалне пореске конкуренције, јер отвара сумњу за постојањем пореских кривичних дела. Ефикасна алокације може се постићи једино иницијативом јавне власти у смислу додељивања „корективних субвенција“ сваком пореском региону у висини прихода који он остварује, уз истовремени трансфер дохотка између њихових извршних органа власти (Wilson, 1999: 276).

Битни фактори за препознавање преференцијалних пореских режима су: постојање тзв. „*нулте пореске стопе*“; постојање тзв. „*режима ограђеног прстена- (ring fenced regime)*“, нетранспарентност и одсуство размене пореских информација. Нарочито је значајно постојање *ограђеног пореског прстена*, који подразумева да резиденти немају могућност остваривања прихода коришћењем предметног пореског режима, или постоји када нерезиденти немају приступ домаћем тржишту (овде долази до ограничавања пореских упада у одређене делове (гране) тржишта или упада одређених инвеститора, чиме се спречава феномен „урушавања“ националне пореске основице. У *Извештају* ОЕЦД-а се указује на додатне факторе који се морају узети у обзир у одређивању пореских рајева и преференцијалних пореских режима, а то су: немогућност подвођења међународним принципима трансферних плаћања, променљиве пореске основице и стопе, постојање тајних провизија и генерално промовисње идеје о минимизирању значаја опорезивања по друштво (Commission of European Communities, 1997). Овим документом се предлаже 19 конкретних мера за сузбијање ефеката штетне пореске конкуренције, груписаних у *три поља*: *домаћа легислатива, порески споразуми и међународна сарадња*. Што

се тиче *домаће легислативе*, предлаже се усвајања правила еквивалентним правилима тзв. „контроле иностраних компанија у земљи резиденства (*controlled foreign corporation-ЦФН*)“, јер се тако доприноси ограничавању штетних ефеката пореске конкуренције (16 земаља ОЕЦД-а је усвојило поменуто правило). Порески споразуми као алтернативна мера, имају бројне недостатке јер се лако могу злоупотребити, па се тако „користе“ и од стране земаља које нису потписнице предметног пореског аранжмана. Поменути недостаци могу се уколони обавезом размене информација између пореских администрација.

Конституисање „Форума за нефер пореску конкуренцију“, по нашем мишљењу, јесте значајан корак у борби против неправичне конкуренције, али његове одлуке о евентуалним злоупотребама немају принудни карактер. Одговор на питање да ли се одлуке ипак морају поштовати због политичких консеквенци је крајње дискутабилан (зависно од тога у којим земљама су стационирани центри моћи и одлучивања). Можемо приметити да Форум обавља „квасисудску функцију“ као и функцију посредовања у дијалогу између земаља чланица и земаља нечланица. Један од првих задатака Форума је био да начини листу земаља пореских рајева у циљу закључивања споразума о размени информацијама са овим земљама. Министри финансија земаља чланица ЕУ су 1997. године у Луксембургу усвојили „Кодекс о понашању компанија у сфери опорезивања пословне добити (*Code of Conduct*)“. И поред мањкавости ових докумената и различитих мотива ЕУ и САД-а за њихову примену, несумњиво је да они представљају значајан механизам осујећења „трке до дна“ која се води међу пореским јурисдикцијама. Тако се спречава доношење инвестиционих одлука мотивисаних искључиво пореским разлозима, повећање укупног пореског терета на мање мобилне производне факторе и ограничавају могућности за вршење законите нелегитимне пореске евазије. Европска Унија, данас, експериментира са волунтаристичким инструментима сузбијања штетне пореске конкуренције, који се генусно означавају синтагмом „правила о понашању компанија“. Тачније, ради се о ширењу добре праксе и конвергенције фискалних циљева земаља чланица (Radaelli, 2003: 513-514). Сматра се да се жељени циљеви могу постићи не само доношењем посебних пореских закона, већ коришћењем тзв. „отвореног метода координације“ (који се базира на заједничким уверењима, учењу, искуствима и доброј пракси) кроз заједничку платформу у виду супранационалне организације каква је ЕУ. Ипак, Кодекс није у потпуности идентичан отвореном методу координације, јер се њиме само жели успоставити „заједнички правац уверења“ о томе шта је прихватљива, а шта штетна пореска конкуренције, а не амбициозни циљ стварања заједничке пореске

политике ЕУ (што је на терену непосредног опорезивања тешко изводиво због непристајања чланица на ограничавање фискалног суверенитета). Можемо приметити да поменута координација има извор у тзв. *меком (секундарном) праву* ЕУ које има примарни значај у областима где је тешко постићи политички консензус (Snyder, 2001: 197-224). Морамо се запитати да ли алтернативни начин решавања проблема пореске конкуренције који он доноси представља добар пут за решавање проблема нелојалне пореске конкуренције. Критичари замерају на томе што је примена Кодекса отпочела у тајности, без укључења представничких тела држава чланица (EU Corporate Tax Reform, 2001).

Његова употреба је већ донела одређене резултате, јер државе приликом креирања пореског законодавства, а нарочито дерогације закона о о корпоративном опорезивању воде рачуна о критеријумима предвиђеним Кодексом. Свакако, поред правног, економског и политичког значаја овог међународног пореског документа морамо истаћи и његов идеолошки значај, јер управо стварање заједничке свести о значају елиминисања ефеката штетне пореске конкуренције међу државама представља први корак ка стварању ефикасне европске правне регулативе.

4. Пореска конкуренција и привредни раст

Корпоративни порези условљавају стопу акумулације капитала, па сами тим и висину бруто домаћег производа (БДП) *per capita*. Како је доношење инвестиционе одлуке детерминисано трошком реализације инвестиције, са једне стране и стопом инвестиционе ефикасности (што је утврђено временом повраћаја инвестиција), са друге стране, логично се намеће одговор да је утицај корпоративног пореза на БДП негативан уколико се њиме период инвестиционог повраћаја продужава. (Johansson, Heady, Jens, Brys, Vartia, 2008: 31). Ефекат привлачења инвестиција зависи од степена отворености домаће привреде. На овом месту бисмо додали и фактор степена развијености привреде, јер ти ефекти нису идентични у развијеним и слабо развијеним земљама, нити су њихове правно-економске последице истог интезитета по БДП. Стога, не можемо недвосмислено прихватити тезу о „негативном утицају“ корпоративног пореза на БДП, на начин на који су то истицали представници класичне економске теорије. Студија ОЕЦД-а која је обухватила 14 земаља чланица кроз 21 грану индустрије показала је следеће корелације: *прво-* повећање трошкова инвестиција смањује њихов обим, али је то својствено земљама са високо профитабилним индустријским гранама (*по нашем мишљењу*, та теза се не може применити у мање развијеним земљама); *друго-* трошкови инвестирања капитала имају

различите реперкусије, зависно од величине компаније. Сматра се да су „млађе“ фирме мање профитабилне од „старијих“, већ брендираних фирми (сматрамо да је у питању релативна претпоставка!) или да имају више користи од пореских подстицаја или редуцираних пореских стопа (што је, по нашем мишљењу, прихватљивије објашњење); *треће*-депресијацијски губитак капитала такође је условљен пореском стопом (Fundamental Reform on Capital Income Tax, 2007). Креатори економске политике настоје да фундаменталним пореским реформама избегну проблеме у виду дисторзије укупног нивоа инвестирања, подривања већ предузетих инвестиционих пројеката, локације пореске основице и негативног утицаја на статусноправне промене (Tax Effect on Foreign Direct Investment, 2007).

Поред анализе правне оправданости традиционалних пореских подстицаја, предмет анализе би требало да буду и порески подстицаји за истраживање и развој, који у домаћем пореском праву представљају релативно нову пореску олакшицу. Трансфер технике, технологије и знања представља битну компоненту привредног развоја сваке земље, те стога мора постојати и адекватна студија о ефикасности поменутог подстицаја у пореском праву. Свакако да умањење пореза по основу улагања у области иновације делује стимулативније него тзв. директна подршка државе (у виду закључених уговора са потенцијалним проналазачима-носиоцима патентног права), јер је она нефискалне природе, а уговор се закључује само са неколицином одабраних истраживача уз стално присутан проблем асиметричних информација и аликвотни губитак дела друштвеног благостања (Palazzi, 2004: 31). Како је научно достигнуће предмет општег друштвеног добра, место пореских подстицаја у систему пореза на добит корпорација добија на посебном значају.

Теза по којој порески подстицаји овог пореза производе дисторзивне ефекте се не може прихватити, јер је њихов *ratio legis* управо та иста дисторзија у виду привлачења иностраног капитала на територију одређене земље. У одсуству подстицаја до тога не би ни дошло, па чак и уколико конкретног улагања капитала у одређеном тренутку нема, не можемо рећи да је подстицај неефикасан (разлог неулагања је чешће асиметрија информација између потенцијалних инвеститора и домаћих компанија). Алтернативни начин посматрања ефикасности корпоративних пореских подстицаја би могао бити и следећи: „опорезивање капитала искривљује понашања инвеститора, а порески подстицаји умањују економске дисторзије (јер представљају бољу алтернативу него негативне пореске стопе“ (Margalioth, 2010: 23-44).

Схватање да су порески подстицаји опасни и друштвено штетни, у смислу да њихови трошкови премашују користи, не одговара слици која данас постоји у привредној сфери друштвеног живота. Ако тврдимо да нису ефикасни то би значило да бар немају „лажну вредност у пореском праву“, па сами тим не могу ни бити штетни. Ако инвеститор није привучен, ни његово понашање не може бити „искривљено“ и порески приходи онда нису изгубљени. Наведена примедба би се могла прихватити једино уколико би порески обвезник на неки начин могао да искористи предности олакшице, а да при томе не инвестира или уколико би инвеститор уложио капитал и без пореског подстицаја, а опет стекао какву корист од њега (Bird, 2000: 221). Овај аргумент могао да се односи на све видове државне интервенције у привреди, па обухвата и пореске и непореске регулативе. Ради се о правно-техничком питању израде и имплементације законских решења и проблема правних празнина, односно изигравања смисла правних норми и њиховог коришћења за постизање личног интереса. У финансијској литератури је до пре петнаестак година постојао прећутни консензус о томе како је значај пореских подстицаја за привлачење иностраног капитала миноран (јер се сматрало да су одлучујући фактори обим и величина домаћег тржишта, знање и макроекономска и политичка стабилност). Ипак, **глобализација** захтева преиспитивање свих поменутих фактора заједно, јер су многе од ранијих детерминанти престале да постоје (стварањем зона слободне трговина и царинских унија, инструменти спољнотрговинске политике изгубили су на значају).

5. Закључак

Процес пореске конкуренције се не може искључиво означити као „лош“ или као „добар“ тренд у међународним пореским односима, независно од правних, економских и политичких околности у којима се конкуренција одвија. Негативне последице пореске конкуренције (у виду вршења законите нелегитимне пореске евазије) могу се ограничити усвајањем одређених споразума и адекватним пореским реформама, којима се државама намеће обавеза размене пореских информација, у циљу достизања оптималног нивоа привредног развоја. Кодекс о понашању компанија и Водич ОЕЦД-а о штетној пореској конкуренцији представљају значајне међународне документе за сузбијање лоших последица пореске конкуренције, због чега је неопходно да их што већи број држава у свету ратификује у своја пореска законодавства. Сматрамо да су позитивни ефекти овог процеса значајнији од негативних, јер омогућавају прилив иностраног капитала у земље у развоју у виду страних директних инвестиција.

Литература

- Beslez, T.J., Rosen, H. (1997). *Vertical Externalities in Tax Settings: Evidence from Gasoline and Cigarette*, Princeton: Princeton Centar for Economic Policy Studies.
- Bird, R. (2000). *Tax Incentives for Investments in Developing Countries*. Fiscal Reform and Structural Change in Developing Countries, vol.I
- Bretschger, L., Hettich F. (2010). *Globalization, Capital Mobility and Tax Competition: Theory and Evidence for OECD Countries*, Paris: OECD Working Papers.
- Cordes, J. (2000). *How Yesterdays Decision Affect Today's Budget and Fiscal Options? U The New World Fiscal Order, Implications for Industrialized Nations*. Washington D. C: The Urban Institute Press.
- Commission of the European Communities. (1997). *A Package to Tackle Harmful Tax Competition in the European Union*, COM (97) 564 Final, Brussels.
- Devereux, M., Pearson, M. (1989). *Corporate Tax Harmonization and Economic Efficiency*. London: Institute of Fiscal Studies.
- EU Corporate Tax Reform*. (2001). Washington D.C: Centre for European Policy Studies.
- Economic Outlook 59*.(2000). Paris: OECD Publication Centar.
- Gaetan, N. (2000). *Corporate Tax Competition and Coordination in the European Union: What Do We Know? Where Do We Stand?* European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs Publications, Belgium, BU1-1/13.
- Garrett, G., Mitchell, D. (1998). *International Risk and Social Insurance: Reassessing the Globalization-Welfare state Nexus*, Unpublished Working Paper. Yale University.
- Genschel, P. (2011). *Globalization, Tax Competition and the Fiscal Viability of the Welfare State*, MPiFG Working Paper 1(11). 4-6.
- Goodspeed, T.J. (2000). **Tax Structure in a Federation**. *Journal of Public Economics*. 75(3). 493-506.
- Goodspeed, T.J. (1995). Local Income Taxation, Pigouvian Solution. *Public Policies, Reginal Science and Urban Economics*.25(3). 279-296.
- Goodspeed, T.J. (1998). Tax Competition, Benefit Taxes and Fiscal Federalism. *National Tax Journal*. 51(3).579-582.
- Goretr, J., Mooij, R. (2001). *Capital Income Taxation in the European Union: Trends and Trade-Offs*, London: The Haque.

Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue. (1998). Paris: OECD Publication Center.

Holz-Eakin, D. (1994). Public-Sector Capital and the Productivity Puzzle. *Review of Economics and Statistics.* 76(1).13-20.

Horst, T. (1980). A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income. *Quarterly Journal of Economics.* 44(1).793-798.

Ian, G., Halsey, B., Stern P. (2002). *The Role and Effectiveness of Development Assistance: Lessons from World Bank Experience.* A Research Paper from Development Economics Vice Presidency of the World Bank, Washington, D. C.

Johansson, A., Heady C., Arnold J., Brys B., Vartia L. (2008). *Taxation and Economic Growth.* Paris: OECD Economic Department Working Papers no. 620, p. 31.

Lahiri, S., Raimondos, P. (1998). Public Good Provisions and the Welfare Effect on Indirect Tax Harmonization. *Journal of Public Economics.* 67(32). 255-266.

Margalioth, Y. (2010). *Tax Competition, Foreign Direct Investments and Growth: Using the Tax System to Promote Developing Countries.* U Chicago Law School Work-in-progress Workshop and IDC Law Faculty Seminar.

McGuire, T. (1991). *Federal Aid to States and Localities and the Appropriate Competitive Framework,* Washington, D.C: The Urban Institute Press.

Palazzi, P. (2011). Taxation and Innovation. Paris: OECD Taxation Working Papers No. 9.

Fundamental Reform of Corporate Income Tax (2007). OECD Tax Policy Studies No. 16.

Tax Effect on Foreign Direct Investments: Recent Evidence and Policy Analysis (2007). OECD Tax Policy Studies 17.

Pinto, C. (2000). *Harmful Tax Competition Within the European Union, Concept and Overview of Certain Tax Regimes in Selected Member State.* [Electronic version] Retrieved 20, July, from <http://www.lof.ni/article15.7.1023>.

Radaelli, C.M. (2003). The Code of Conduct Against Harmful Tax Coordination: Open Method of Coordination in Disguise?. *Public Administration.* 81(3).513-514.

Ruding, R. (1992). *Report of the Committee on Independent Experts on Company Taxation,* Luxembourg: Office for Official Publication of the European Communities.

Snyder, F. (2002). *Soft Law and Institutional Performance in the European Community.* U *Essays in honor of Emile Noel* (pp.123-145). London: Kluwer.

Tiebout, C. (1954). A Pure Theory of Local Expenditure. *Journal of Political Economy*, 64(1). 416-424.

Vogiatzoglou, K. (2004). Tax Competition Versus Fiscal Integration in Europe: A European Perspective. *Facta Universitatis, Economic and Organization*, 2(2). 120.

Wiener, J.M. , Ault, H.J. (1998). The OECD Report on Harmful Tax Competition, *National Tax Journal*. 51(3). 601-602.

Wilson, J. D. (1999). Theories of Tax Competition. *National Tax Journal*. 52(2). 297-304.

Zodrow, G., Meizskowski, P. (1986). Pigou, Tiebout, Property Taxation and the Underprovision of Local Public Goods. *Journal of Urban Economics*. 19(3). 356-370.

Marko Dimitrijević, LL.M.
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš,

Tax Competition: A Theoretical Overview

Summary

The subject matter of this analysis are positive and negative effects of tax competition on the total tax burden, including the legal analysis of tax incentives aimed at attracting foreign capital in the corporate tax system and their impact on economic development. The positive effects of competition are reflected in the inflow of foreign capital, while the negative effects (tax evasion) may be limited by tax treaties. The process of tax competition may not be merely designated as a "bad" or a "good" trend in the international tax relations without taking into account the legal, economic and political circumstances in which the competition takes place.

Key words: *tax competition, tax incentives, direct foreign investment, multinational companies*

ИНСПЕКЦИЈСКИ НАДЗОР НАД ПРИМЕНОМ ПРОПИСА У ОБЛАСТИ РАДА

Апстракт: У раду се анализирају основни елементи организације и функционисања инспекције рада, са освртом на проблеме са којима се суочава и њену модернизацију. Управно надзорна функција коју обавља посматра се кроз надзор над применом Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду и кроз остваривање заштите права запослених. Пажња је посвећена и овлашћењима и обавезама инспектора.

Кључне речи: инспекција рада, инспекцијски надзор, управна заштита права из радног односа.

1. Увод

Инспекцијски надзор над применом Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду представља облик остваривања управно-надзорне функције, која се може посматрати кроз обављање тог надзора над применом прописа у области рада и кроз остваривање заштите права запослених. Овај надзор, који врши Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, односно Инспекторат за рад у оквиру тог министарства, карактерише постојање посебних метода рада, те чињеница да су инспектори, државни службеници који обављају послове из делокруга Инспектората за рад, снабдевени посебним овлашћењима која им омогућавају обављање надзора, предузимање одговарајућих мера ради отклањања утврђених повреда и наметање одређених санкција. Имајући у виду значај и улогу инспекције рада потребно је и даље радити на успостављању и изградњи модерног система инспекције рада.

1 draganarado@sbb.rs

2. Појам и карактеристике инспекцијског надзора

Инспекцијски надзор представља однос који се успоставља између два субјекта од којих је један активан (онај који врши надзор), а други пасиван (онај над којим се врши надзор). Обавља се не само како би се дошло до сазнања о одређеним негативним појавама, већ и како би се те негативне појаве сузбиле, јер подразумева и “системско посматрање и оцењивање рада другог субјекта, на основу унапред утврђених мерила” и “могућност да активни субјект утиче на будући рад пасивног” (Лилић, 1995: 56).

Инспекцијски надзор је посебан, специфичан и специјализовани облик управног надзора. Чињеница да постоје други облици правног надзора указује на потребу њиховог диференцирања. Инспекцијски надзор не могу обављати недржавни субјекти, нити сви државни органи, већ само органи државне управе (инспекторати), јер представља интегрални део управне делатности (Богићевић, 1988: 155). Овај надзор карактерише и постојање посебних метода рада. Основни је непосредни увид у поступање и пословање правних и физичких лица. Омогућава инспекторима да се лично упознају са законитошћу поступања и пословања ових лица (Марковић, 1988: 146). Инспекцијски надзор карактерише и чињеница да су субјекти који обављају овај надзор снабдевени посебним овлашћењима. Та овлашћења су, пре свега, ауторитативног карактера. Обезбеђују несметано обављање инспекцијског надзора, предузимање одговарајућих мера ради отклањања утврђених недостатака и наметање одређених санкција (Богићевић, 1988: 157). Стога, овај надзор нема пандана у другим облицима правног надзора. Инспекцијски надзор над применом прописа у области рада не може супституисати ни судска заштита права из радног односа. Овим надзором, који се обавља и *ex officio*, независно од повреде права из радног односа, обезбеђује се доследна примена Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду, а њиховом доследном применом остваривање права из радног односа. Суд штити права из радног односа по тужбама запослених и других овлашћених субјекта, уколико су повређена, а њиховом заштитом обезбеђује доследну примену ових аката. Уколико запослени, коме је повређено право из радног односа, не покрене радни спор из страха од одмазде послодавца, финансијских или других разлога, а инспекција рада не интервенише, створио би се простор за арбитражност у њиховој примени и довело у питање функционисање радно-правног система (Лукић, 1991: 237). “Радно законодавство без инспекције је пре етички есеј, него обавезујућа социјална дисциплина”. Од тога како и у ком обиму функционише овај надзор зависи и ефикасност управног и правног система у целини (Шундерић, 2001: 510).

Инспекцијски надзор у области радних односа и безбедности и здравља на раду уређиваће се посебним законом², који је у фази нацрта. Предложена решења концепцијски се ослањају на она која постоје у упоредном праву и међународне стандарде, а њихово усвајање означиће нову етапу у успостављању и изградњи модерног система инспекције рада кроз реформу, реорганизацију и интеграцију инспекције рада (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012). Док не буду усвојена начелна питања инспекцијског надзора уређује Закон о државној управи и Закон о општем управном поступку, а његове специфичности материјални прописи у области рада.

3. Организација и надлежност инспекције рада

Организациони облик у коме се обављају инспекцијски послови у области радних односа и безбедности и здравља на раду одређен је Законом о државној управи³ и Законом о министарствима⁴. Законом о државној управи одређен је јединствено за све инспекцијске послове – ове и с њима повезане стручне послове обављају инспекторати, док је Законом о министарствима ближе одређен: “Инспекторат за рад, као орган управе у саставу Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, обавља инспекцијске послове и с њима повезане стручне послове у области радних односа и безбедности и здравља на раду”. Овај орган државне управе организационо је подељен на уже унутрашње јединице (одељења, одсеке и групе). У седишту министарства образовано је Одељење за другостепени управни поступак у области радних односа и безбедности и здравља на раду, Одсек за контролу ажурности и примену процедура и Одељење инспекције рада у Граду Београду. Изван седишта министарства, у окружним подручним јединицама у управним окрузима, образовано је дванаест одељења, дванаест одсека и једна група инспекције рада (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2011).

Инспекторатом за рад руководи директор. Поред положаја и овлашћења руководиоца органа управе, директор има овлашћење да решава у управним стварима из делокруга органа управе на чијем се челу налази и одлучује о правима и дужностима запослених у њему. Директора и његове помоћнике поставља Влада на пет година, на предлог министра, у складу са законом који уређује положај државних службеника.⁵

2 Чл. 18. Закона о државној управи, *Сл. гласник РС*, 79/05, 101/07, 95/10.

3 Чл. 29. Закона о државној управи.

4 Чл. 17. Закона о министарствима, *Сл. гласник РС*, 72/2012.

5 Чл. 30. Закона о државној управи.

Послове из делокруга Инспектората за рад обављају инспектори, који имају статус државних службеника. Та чињеница указује да кандидати, који се желе запослити у овом органу државне управе, морају имати стручну спрему одређене врсте и степена и испуњавати друге услове за заснивање радног односа предвиђене Законом о државним службеницима⁶. Полазећи од принципа једнаког третмана жена и мушкараца, кандидатима су под једнаким условима доступна сва радна места, а приликом избора кандидата, који се заснива на стручној оспособљености, знањима и вештинама, мора се водити рачуна о томе да заступљеност полова, али и национални састав и број особа са инвалидитетом, одсликава у највећој могућој мери структуру становништва. Статус и услови рада обезбеђују инспекторима стабилност запослења и чине независним од сваке промене власти и сваког недопуштеног утицаја са стране. Инспектори су самостални у раду и поступају у складу са Уставом, законом и другим прописом, према правилима струке, непристрасно и политички неутрално. Нико не сме вршити утицај на њих да нешто чине или да чине супротно прописима.⁷ О свакој појави битнијег нарушавања самосталности и незаконитог утицаја на њихов рад морају обавестити функционера који руководи органом управе. Требало би им обезбедити пристојне плате, а сукоб њихових интереса спречити применом правила о спречавању сукоба интереса државних службеника⁸. У светлу реформе инспекције рада пажњу би требало посветити оспособљавању инспектора како би свако од њих самостално обавио надзор по свим питањима из области радних односа и безбедности и здравља на раду до одређеног степена сложености материје (“општи инспектор”), а ако током инспекцијског надзора уочи евентуалне сложеније проблеме у области која је предмет надзора, надзор ће извршити инспектор рада посебно стручан за ту област („специјалиста“). Пажњу би требало посветити и информационој опремљености инспекције рада у циљу ефикасне размене података и електронских докумената и уопште решавању проблема техничке природе, који су присутни већ годинама, а у знатној мери отежавају рад инспектора (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012).

Што се тиче надлежности, инспекција рада обавља надзор над применом Закона о раду и других прописа о радним односима, општим аката и уговора о раду којима се уређују права, обавезе и одговорности из радног односа.⁹ Тако, инспекција рада обавља надзор над применом: Закона о

6 Чл. 45. Закона о државним службеницима, *Сл. гласник РС*, 79/05, 81/05- испр., 64/07, 67/07 – испр., 116/2008, 104/2009.

7 Чл. 5. и 6. Закона о државним службеницима.

8 Чл. 25-31. Закона о државним службеницима.

9 Чл. 268. Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13.

безбедности и здрављу на раду, Закона о спречавању злостављања на раду, Закона о равноправности полова, Закона о штрајку, Закона о волонтирању, Закона о привредним друштвима у делу који се односи на безбедност и здравље на раду, Закона о приватним предузетницима, Закона о заштити становништва од изложености дуванском диму у делу који се односи на забрану пушења у затвореном радном простору, прописа о мерама и нормативима о безбедности и здрављу на раду, прописа о техничким мерама које се односе на безбедност и здравље на раду, стандарда и опште признатих мера о безбедности и здрављу на раду. Такође, обавља надзор над применом: Општег колективног уговора, посебних колективних уговора и колективних уговора закључених на нивоу послодавца, правилника, итд. Дакле, обавља надзор над применом свих аката којима се уређују права, обавезе и одговорности из радног односа, осим уколико је другачије предвиђено. Тако, надзор над применом Закона о државним службеницима и других прописа којима се уређују права, обавезе и одговорности државних службеника обавља управна инспекција, због специфичности радно-правног положаја државних службеника. У номо-техничком погледу надлежност инспекције рада је изражена као право, али и дужност, инспекције рада да непосредно поступа у случајевима предвиђеним законом и другим прописом и када је, с обзиром на утврђено чињенично стање, потребно обавити овај надзор, и поводом захтева странке. Приликом одређивања надлежности настојало се да буде што шире одређена како би инспекција рада обављала надзор над применом што ширег дијапазона аката којима се уређују права, обавезе и одговорности из радног односа, полазећи од тога да одређивање надлежности представља правни основ за њен рад.

4. Карактер и садржина поступка инспекцијског надзора

Инспекција рада обавља надзор у складу са годишњим планом рада, који сачињава Одсек за контролу ажурности и примену процедура. У складу са планом рада и сходно утврђеним стратешким циљевима дефинисаних у складу са Стратегијом о придруживању Европској унији и Стратегијом за смањење сиромаштва¹⁰, утврђују се приоритетне активности

¹⁰ Стратешки циљеви су: смањење броја повреда на раду, професионалних обољења и болести у вези са радом, сузбијање рада на црно и повреда радно-правних института; промоција развоја националне културе превенције у области безбедности и здравља на раду и радних односа, са освртом на сектор малих и средњих предузећа и виокоризичне секторе; приоритетно решавање проблема вулнерабилних категорија запослених; изградња модерног система инспекције рада прилагођеног стандардима Европске уније, кроз реформу, реорганизацију и интеграцију инспекције рада. Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012.

Инспектората за рад¹¹. Ефикасност планирања и остварени резултати сагледавају се праћењем спровођења плана рада. С тим у вези, Одсек за контролу ажурности и примену процедура сачињава редовни месечни, квартални, шестомесечни и годишњи извештај о раду Инспектората за рад (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012), а објављивањем извештаја обезбеђује транспарентност рада овог органа државне управе.

У вези са иницијативом за покретање поступка инспекцијског надзора могућа је примена два начела: начела официјелности и начела приватне максиме.

Што се тиче покретања поступка инспекцијског надзора по службеној дужности, Закон о општем управном поступку садржи општу одредбу према којој орган управе покреће поступак по службеној дужности у случајевима предвиђеним законом и другим прописима и када утврди или сазна да, с обзиром на утврђено чињенично стање, треба покренути поступак ради заштите јавног интереса. Приликом покретања поступка узима у обзир евентуалне представке грађана и организација и упозорења надлежних органа¹² и, с тим у вези, обавештава их о утврђеном чињеничном стању и предузетим мерама, уколико их је било. Другим речима, инспекција рада, поступајући по службеној дужности, обавља потпуни, циљани и контролни надзор, као и надзор поводом смртне, тешке и колективне повреде на раду. Потпуним надзором обухваћени су сви радноправни институти, почев од нормативне уређености радних односа општим актом и уговором о раду до примене одредаба Закона о раду, других прописа о радним односима, општих акта и уговора о раду. Циљани надзор може бити делимични и појачани. Делимичним надзором обухваћен је, у целости или делимично, одређени радноправни институт за кога се, на основу добијених информација, претпоставља да је повређен. Углавном је ненајављен послодавцу и ефикаснији у односу на потпуни надзор. Појачани надзор обавља се у одређеној делатности на локалном нивоу уз учешће већег броја инспектора у трајању од једног до два дана. Контролним надзором испитује се да ли је и у којој мери послодавац поступио по решењу инспектора (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2011).

11 Приоритетне активности тичу се: сузбијања рада на црно; организовање кампања ради контроле примене изабраних радно-правних института; ефикасног рада по представкама, нарочито волнерабилних категорија запослених; успостављања сарадње са социјалним партнерима како би се предупредили потенцијални спорови. Министарство рада, запошљавање и социјалне политике, 2012.

12 Чл. 114. Закона о општем управном поступку, *Сл. лист СРЈ*, 33/97, 31/01. *Сл. гласник РС*, 30/10.

Инспекција рада поступа поводом захтева странке када се запослени обрати захтевом за одлагање извршења решења послодавца о отказу уговора о раду¹³, послодавац захтевом за утврђивање испуњености прописаних услова у области безбедности и здравља на раду пре почетка обављања делатности¹⁴, као и у другим случајевима предвиђеним законом. Захтев, поднет у писаној форми или усмено на записник, мора садржати све елементе потребне да би се по њему могло поступити.¹⁵ Инспекција рада поступа и по анонимним пријавама. По анонимним пријавама које се односе на рад на црно поступа увек, а по онима које се тичу других повреда Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду, када сматра да је то потребно. Ово због претпоставке да лица, која раде на црно или су запослена, не желе да открију идентитет због страха од губитка посла или другог разлога, иако имају интерес да заснују радни однос или заштите права из радног односа. Таква пракса показала се корисном, јер се путем оваквих пријава шире сазнања инспекције рада о повредама прописа у области рада и омогућава њихово ефикасније сузбијање (Стојшић, 2008: 16). Инспектор не доноси формални акт о покретању поступка, већ се сматра да је поступак покренуо када предузме ма коју радњу у циљу његовог вођења. Уколико утврди да нема услова за покретање поступка, доноси закључак о одбацивању захтева против кога је допуштена посебна жалба.¹⁶

Инспектор обавља надзор у току радног времена послодавца. Код послодавца код којих је организован рад у сменама, циљани надзор може обавити и у поподневним часовима и ноћу, када се очекује највећи ефекат у односу на утврђивање стања примене Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду. Долазак може најавити послодавцу или овлашћеном лицу, осим уколико сматра да то може штетно утицати на ефикасност надзора, јер би омогућило послодавцу да прикрије право стање. Инспектор има обавезу да: покаже легитимацију којом доказује својство инспектора одговорном и заинтересованом лицу, на његов захтев; поступа по основним начелима општег управног поступка; поступа професионално, љубазно и пристојно, уз поштовање личности и достојанства сваког лица; чува службену, трговачку или другу тајну коју сазна приликом обављања надзора, а према подацима које сазна том приликом и сваком захтеву, представци и упозорењу односи се као према службеној тајни, не само за време вршења функције, већ и по престанку

13 Чл. 271. Закона о раду.

14 Чл. 18. Закона о безбедности и заштити здравља на раду, *Службени гласник РС*, 101/05.

15 Чл. 57. Закона о општем управном поступку.

16 Чл. 115. Закона о општем управном поступку.

њеног вршења, под претњом примене санкција. Тако, послодавцу или овлашћеном лицу не сме открити да надзор обавља поводом захтева странке. То правило представља основ за успостављање поверења између инспектора и других лица, пре свега, запослених и оних која раде на црно; сачини записник о обављеном надзору, сходно одредбама члана 64-68 Закона о општем управном поступку (Марковић, 1998: 149).

Инспекцијским надзором инспектор испитује спровођење Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду. Кључни проблеми са којима се суочава том приликом тичу се недовршености и неконзистентности прописа у области рада. Тако, пропуст Закона о раду да предвиди регистровање свих закључених уговора о раду (а не само закључених уговора о раду за обављање послова ван просторија послодавца и послова кућног помоћног особља) и рок од три дана у коме је послодавац дужан да поднесе пријаву на обавезно социјално осигурање предвиђен Законом о пензијском и инвалидском осигурању омогућава послодавцу да обезвреди утврђено стање накнадним достављањем уговора о раду закљученог, по правилу, дан, два пре обављања надзора, уз изјаву да је пријава на социјално осигурање у току и да ће бити извршена у року (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012). У обављању надзора инспектор има право, али и обавезу, да: прегледа опште и појединачне акте, евиденцију и другу документацију; саслуша и узима изјаве од одговорних и заинтересованих лица; прегледа пословне просторије, објекте, постројења, уређаје, средства и опрему за личну заштиту, предмете, робу; узима узорке ради анализе и експертизе; наређује мерења која обавља стручна организација када послодавац врши мерења у одређеним областима, а резултати извршеног мерења пружају основ за то; послодавцима, запосленима и њиховим представницима и синдикату даје обавештења и савете о мерама чијом се применом обезбеђује извршавање закона; предузима друге радње на које је овлашћен.¹⁷

Инспектор има двојака овлашћења, овлашћења мериторног и иницијативног карактера. Користећи овлашћења мериторног карактера, инспектор предузима, односно налаже предузимање одговарајућих мера, ради сузбијања и отклањања повреда Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду. Другим речима, користећи ова овлашћења инспектор: доноси решење којим налаже отклањање утврђених повреда¹⁸; доноси решење о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду¹⁹; изриче мандатну казну поводом учињених прекршаја које Закон о раду, с обзиром на висину запређене новчане казне, квалификује као

17 Чл. 63. Закона о безбедности и здрављу на раду.

18 Чл. 269. Закона о раду.

19 Чл. 271. Закона о раду.

лакше;²⁰ забрањује рад запосленог на радном месту док трају околности које угрожавају његову безбедност и здравље²¹. Користећи овлашћења иницијативног карактера, инспектор покреће поступак пред надлежним државним органом поводом утврђених повреда за чије отклањање није надлежан.

Када утврди повреду Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду по било ком радно-правном институту²², инспектор налаже послодавцу да је отклони, иако тиме запослени може бити стављен у (не)повољнији положај од оног који је утврђен објективним правом. Решењем којим налаже њено отклањање не може мериторно одлучивати о радно-правном статусу запосленог. Он има овлашћење, али и обавезу, да наложи послодавцу да је отклони, а надлежни орган код послодавца, поступајући по решењу, мериторно одлучује о радно-правном положају запосленог (Ивошевић, 2006: 500). Решењем, које у писаној форми доставља послодавцу, одређује рок за њено отклањање, имајући у виду околности конкретног случаја. Тако, када примена мера, односно потреба за усаглашавањем са прописаним мерама заштите безбедности и здравља на раду, изискује већа инвестициона улагања, а живот и здравље запослених нису теже угрожени, може наложити послодавцу да сачини посебан програм о поступном отклањању недостатка у утврђеним роковима. Рок одређен решењем може продужити на молбу послодавца пре истека, уколико за то постоји оправдан разлог²³.

Када послодавац откаже запосленом уговор о раду, запослени, се може обратити инспекцији рада захтевом за одлагање извршења решења о отказу уговора о раду, уколико је против њега покренуо радни спор. Захтев, у писаној форми или усмено на записник, може поднети у року од 30 дана од дана покретања радног спора. Подношење захтева не значи аутоматски одлагање извршења решења о отказу уговора о раду. Инспектор доноси решење о одлагању његовог извршења, уколико утврди

20 Чл. 276. Закона о раду.

21 Чл. 66. Закона о безбедности и здрављу на раду.

22 Најчешће повреде тичу се института: зарада (уговори о раду не садрже елементе за утврђивање радног учинка, предвиђа се могућност стимулације или „дестимулације“, али се не утврђују елементи на основу којих се може утврдити њихов основ и висина, не доставља се обрачун зараде или накнаде зараде, не уплаћују се допринос за обавезно социјално осигурање); прековременог рада (не доноси се решење о увођењу прековременог рада, не исплаћује увећана зарада по том основу, не води се одговарајућа евиденција); рада на одређено време (злоупотребе узастопног заснивања овог атипичног облика радног односа); заснивања радног односа (незакључивање уговора о раду или другог уговора пре ступања запосленог на рад). Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012.

23 Чл. 89. Закона о општем управном поступку.

да је право запосленог очигледно повређено. Ову објективну околност оцењује у сваком конкретном случају, на основу субјективног уверења и дискреционог права, у границама овлашћења утврђених законом и другим прописом. Како Закон о раду не садржи смернице о томе које чињенице чине повреду права запосленог очигледном, значење овог атрибута треба потражити у правној теорији, где превладава став да повреда мора бити грубља, односно битно утицати на законитост решења о отказу уговора о раду, и очигледна, односно видљива у смислу да се до закључка о повреди може доћи и без обимнијег доказивања, а извесно је да ће због те повреде суд поништити решење послодавца. Приликом одлучивања инспекција рада приоритет даје захтевима вулнерабилних категорија запослених. О захтевима ове категорије запослених одлучује у року од 2 дана од дана подношења захтева, иако је Законом о раду предвиђен рок од 15 дана за доношење решења о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012: 15). Доношењем решења инспекција рада обезбеђује континуитет у остваривању права из радног односа у случају незаконитог престанка радног односа и интервенише по коначној одлуци послодавца одлагањем њеног извршења до доношења правоснажне судске одлуке, када престаје њено и почиње правно дејство правоснажне судске одлуке. У том смислу, делује као привремена мера (Ивошевић, 2006: 499).

По својој правној природи, решење представља управни акт, акт приликом чијег се доношења примењује Закон о општем управном поступку. Донето ради отклањања утврђене повреде, мора се извршити како би се обезбедила доследна примена Закона о раду, других прописа о радним односима, општих аката и уговора о раду. Поступајући по њему, послодавац отклања утврђену незаконитост или неправилност и о томе обавештава инспектора, у писаној форми или усмено на записник, у предвиђеном року. У противном, чини прекршај. Плаћањем изречене новчане казне не ослобађа се обавезе да поступи по решењу. Уз констатацију о плаћеној новчаној казни, а непоступању по решењу, инспектор подноси нови захтев за покретање прекршајног поступка (Пљакић, 1998: 205).

Против решења је допуштена жалба. Може је изјавити и запослени и послодавац. Запослени, уколико је решењем одбијен захтев за одлагање извршења решења о отказу уговора о раду или захтев за заштиту права, а послодавац, уколико је решењем наложено отклањање утврђених повреда. Рок у коме је могу изјавити је преклузиван и износи 8 дана од дана достављања решења. Подноси је министру надлежном за рад, запошљавање и социјалну политику, који о њој одлучује у року од 15 дана ода дана пријема. Уколико министар не одлучи о жалби у том року, подносилац може покренути управни спор због другостепеног ћутања управе, осим ако је жалба поднета против решења о одлагању извршења

решења о отказу уговора о раду. Управни спор тада не може покренути, јер је контрола појединачног акта послодавца обезбеђена у радном спору. Жалба има суспензивно дејство, осим ако је поднета против решења о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду.

Инспектор изриче мандатну казну поводом утврђених повреда којима је учињен прекршај из члана 276 Закона о раду, а поводом утврђених повреда којима је учињен прекршај из члана 273-275 овог закона, као и поводом утврђених повреда којима је учињено кривично дело или привредни преступ, покреће одговарајући поступак пред надлежним државним органом, независно од доношења решења којим налаже отклањање повреде. Иако број покренутих поступака и висина изречених казни није индикатор ефикасности рада инспекције рада, застарелост поступака услед дуготрајног вођења и ублажавања прописаних санкција у значајној мери утиче на ефикасност њеног рада. С тим у вези, а имајући у виду решења у упоредном праву, корисно би било установити орган за вођење прекршајног поступка при Инспекторату за рад (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2010).

Дакле, у зависности од резултата надзора, инспектор предузима одговарајуће мере превентивног, корективног и репресивног карактера. Приликом избора мере мора водити рачуна о сврси инспекцијског надзора и ефектима који се постижу изабраном мером, а његова способност и вештина да процени ситуацију и делује на најефикаснији начин долази до изражаја. Превентивним мерама требало би дати предност у односу на корективне и репресивне. Послодавци имају позитиван однос према њима, а доследна примена Закона о раду, других прописа о радним односима, општих акта и уговора о раду може се ефикасно обезбедити тако што би се спречиле њихове повреде. Огледају се у разговорима, указивању, упозоравању, сарадњи, стручној и другој помоћи, саветовању, итд. Примењују се, превасходно, у поступку остваривања права запослених пред надлежним органом код послодавца, када за то постоји потреба. Долазе до изражаја и у поступку заштите права запослених. У том поступку инспектор има дискреционо право да одлучи о њиховој примени. Примениће их када утврђене повреде не могу изазвати теже последице по права запослених, или њихову безбедност и здравље, а послодавац показује спремност да их отклони у кратком року. Корективне и репресивне мере долазе до изражаја у поступку заштите права запослених. Корективне мере имплицирају доношење решења којим се налаже послодавцу отклањање утврђених повреда и одлаже извршења решења о отказу уговора о раду, а репресивне покретање поступка поводом утврђених повреда којима је учињен прекршај, кривично дело или привредни преступ (Јовановић, 2010: 352).

5. Одговорност инспектора

Инспектор за свој рад сноси личну одговорност, која може бити дисциплинска, материјална, кривична и прекршајна.²⁴ Одговорност за кривично дело и прекршај не искључује дисциплинску одговорност.

Инспектор подлеже дисциплинској одговорности због повреде радне дужности. Повреде радне дужности, предвиђене Законом о државним службеницима, могу бити лакше и теже. Инспектор чини тежу повреду дужности из радног односу уколико се непрофесионално односи према учесницима у поступку, односно: ода службену тајну; недолично, насилнички или увредљиво се понаша према странкама; омета странке у остваривању права и интереса пред државним органима. Посебно је одговоран уколико пропусти да врши законом дата овлашћења, односно: не предузме, не предложи или не одреди меру за коју је овлашћен; не предложи или не покрене поступак пред надлежним државним органом; прекорачи границе овлашћења.²⁵

Инспектор подлеже материјалној одговорности за штету коју на раду или у вези са радом намерно или из крајње непажње проузрокује државном органу. Постојање и висину штете, као и околности под којима је проузрокована, утврђује руководилац или лице које он овласти, с тим да висину штете може утврдити у паушалном износу, ако би утврђивање њене висине проузроковало несразмерне трошкове. Уколико се питање надокнаде штете не реши споразумно, држани орган може остварити право на надокнаду штете у парничном поступку. Инспектор се може ослободити одговорности, уколико је штету проузроковао извршењем налога претпостављеног, који је изјавио да извршење налога не може проузроковати штету. За штету коју инспектор на раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу незаконитим или неправилним радом одговара Република Србија, с тим да се оштећени може непосредно обратити инспектору захтевом за надокнаду штете, ако је штету проузроковао намерно. Уколико Република Србија надокнади штету трећем лицу коју је инспектор проузроковао намерно или из крајње непажње, има права да од инспектора захтева накнаду исплаћеног износа.²⁶

Инспектор подлеже прекршајној и кривичној одговорности, ако се у његовим радњама стекну елементи бића прекршаја и кривичног дела. У радњама инспектора стичу се елементи бића кривичног дела: изнуђивања исказа (ако употреби силу, претњу или друго недопуштено средство, или недопуштен начин у намери да изнуди исказ или изјаву од учесника у

24 Чл. 107 – 124. Закона о државним службеницима.

25 Чл. 109. Закона о државним службеницима.

26 Чл. 121-124. Закона о државним службеницима.

поступку); злоупотребе службеног положаја (ако искоришћавањем службеног положаја или овлашћења, прекорачењем граница службеног овлашћења или невршењем службене дужности прибави себи или другом какву корист, другом нанесе штету или теже повреди права другог); повреде права на подношење правног средства (ако учесника у поступку спречи у остваривању право на подношење правног средства или поднеска); примање мита (ако захтева или прими поклон или другу корист, или обећање поклона или друге користи за себе или другог, да у оквиру свог службеног овлашћења изврши службену радњу коју не би смео извршити, или да не изврши службену радњу коју би морао извршити); итд.

6. Сарадња

Инспекција рада мора деловати у широј сарадњи и партнерству, уколико жели бити делотворна и свој утицај учини максималним.

Сарадња са странкама и другим учесницима у поступку омогућава инспектору да правилно и потпуно утврди чињенично стање. Тим пре што неке релевантне чињенице може утврдити једино увидом у документацију коју само послодавац може ставити на увид, јер не постоји други начин да се оне утврде или тај други начин није довољан. Успостављању сарадње највише доприноси инспектор, јер од његовог става и начина комуникације зависи понашање и спремност на сарадњу учесника у поступку који и сами доприносе њеном успостављању. С тим у вези, апострофирају се обавезе послодавца према инспектору. Поменућемо обавезу послодавца да омогући инспектору: улазак у објекте и просторије у свако доба када су запослени на раду; увид у доказе о стабилности објекта; увид у примењене мере безбедности и здравља на средствима за рад; увид у средства и опрему за личну заштиту на раду; увид у податке и евиденцију о производњи, коришћењу и складиштењу опасних материја. Непоступање по овим обавезама представља прекршај²⁷. Послодавац, или лице које он овласти, има право, али и обавезу, да учествује у поступку, даје изјаве и изјасни се о релевантним чињеницама. Инспектор позива представнике запослених да присуствују надзору и може тражити од њих изјашњења о релевантним чињеницама (Министарство за рад, запошљавања и социјалне политике, 2012).

Сарадња инспекције рада са другим органима управе омогућава остваривање основне функције државне управе – примену закона и других прописа. С тим у вези, органи државне управе имају обавезу да међусобно сарађују, једни другима пружају правну помоћ и достављају потребне

²⁷ Чл. 64. Закона о безбедности и здрављу на раду.

податке и обавештења.²⁸ Инспекција рада сарађује са: грађевинском инспекцијом у области безбедности и здравља на раду код послодаваца који се баве изградњом грађевинских објеката, тржишном инспекцијом у области рада контроле рада на црно, пореском полицијом у области контроле исплате зарада и других примања из радног односа, итд. (Стојшић, 2008: 17). Стога, било би корисно: образовати координационо тело како би се заједнички послови планирали и ефикасно спроводили и избегла непотребна учесталост надзора; побољшати информациони систем инспекцијских органа ради размене података и електронских докумената у планирању и спровођењу надзора (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012).

Посебан однос инспекција рада има са Министарством унутрашњих послова и службама овог органа на подручјима на којима делују њихове унутрашње јединице. На захтев овог министарства, инспекција рада пружа потребне информације и доставља тражене списе. Код послодавца за које постоји сумња да ће пружити вербални или физички отпор, ово министарство пружа инспекторима физичку заштиту и обезбеђује несметано обављање надзора, на њихов захтев (Стојшић, 2008: 18).

Сарадња инспекције рада са правосудним органима омогућава ефикасан рад сваког органа понаособ. На захтев ових органа, инспекција рада пружа потребне информације и доставља тражене списе. У поступку пред надлежним судом има својство странке, право да учествује у њему и користи предвиђена правна средства (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012:20)

Други органи и организације и трећа лица која учине вероватним свој правни интерес могу добити информације од инспекције рада о току и резултатима надзора (Стојшић, 2008: 18).

Инспекција рада обавештава јавност о свом раду преко средстава јавног информисања или на други прикладан начин (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, 2012: 89).

7. Напомене за крај

Инспекцијском надзору у области радних односа и безбедности и здравља на раду, иако је оцењен као неделотворан од стране стручне јавности, придаје се велики значај. Од тога како и на који начин функционише зависи ефикасност правног система у целини. С тим у вези, треба радити на модернизацији система инспекције рада кроз реформу, реорганизацију и интеграцију инспекције рада, јер ће резултати такве модернизације битно утицати на друге преображаје у друштву.

²⁸ Чл. 64. Закона о државној управи.

Литература

Богићевић, Ч. (1998). Правни надзор инспекције рада. *Радно и социјално право*. 3-6. 155-166.

Драшковић, Д. (1998). Инспекција рада и њени акти и радње у вршењу инспекцијског надзора. *Радно и социјално право*. 3-6. 167-184.

Ивошевић, З. (2006). *Коментар Закона о раду*. Београд: Савремена администрација.

Јовановић, П. (2012). *Радно право, Шесто измењено и допуњено издање*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Београду.

Лилић, С. (1995). *Управно право*. Београд: Савремена администрација.

Лукић, П. (1991). *Коментар Закона о радним односима Републике Србије, Прво издање*. Београд: ДД "Драган Срњић" ПЈ Правно економски центар Београд.

Министарство рада, запошљавања и социјалне политике. *Извештај о раду Инспектората за рад за 2012. годину* (2012).

Министарство рада, запошљавања и социјалне политике. *Извештај о раду Инспектората за рад за 2011. годину* (2011).

Марковић, Б. (1998). Инспекцијски надзор у теорији и пракси у југословенском правном систему. *Радно и социјално право*. 3-6. 134-154.

Пљакић, Љ. (1998). Правне последице инспекцијског надзора и контроле у области радних односа. *Радно и социјално право*. 3-6. 198-205.

Стојшић, Љ. (2008). Овлашћења и обавезе инспектора рада. *Правна пракса*. 6. 13-19.

Шундерић, Б. (2001). *Право Међународне организације рада*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Закон о државној управи. *Службени гласник РС*. Бр. 79 (2005), 101 (2007), 95 (2010).

Закон о државним службеницима. *Службени гласник РС*. Бр. 79 (2005), 81 (2005) - испр., 64 (2007), 67 (2007) – испр., 116 (2008), 104 (2009).

Закон о министарствима. *Службени гласник РС*. Бр. 72 (2012).

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 24 (2005), 61 (2005), 54 (2009), 32 (2013).

Закон о безбедности и здрављу на раду. *Службени гласник РС*. Бр. 101 (2005).

Закон о општем управном поступку. *Службени лист СРЈ*. Бр. 33 (1997), 31 (2001). *Службени гласник, РС*. Бр. 39 (2010).

Dragana Radovanović, LL.D.

***Labour Inspection and Supervision over the
Application of Labour Regulations***

Summary

In this paper, the author analyses the basic elements of the organization and duties of the Labor Inspectorate, with specific reference to the issues that labour inspectors deal with and the issues pertaining to the prospective modernization of this administrative authority.

The administrative and supervisory authorities which have been vested in the Labor Inspectorate include the supervision of the application of Labor Law provisions and other labour regulations, general acts, employment contracts, as well as the protection of employees' rights. In particular, the author focuses on the duties and authorities of the Labor Inspector.

Key words: *labour inspection, inspector's supervision, administrative protection of employment rights*