

10-352

Универзитет у Нишу  
Правни факултет

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**



Ниш, 2007

Иш. 4585

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

*Издавач*

Правни факултет у Нишу

*За издавача*

Проф. др Невена Петрушић, декан

*Главни и одговорни уредник*

Проф. др Милан Петровић

*Чланови редакционог одбора из земље*

Проф. др Милан Петровић

Проф. др Предраг Димитријевић

Проф. др Миомира Костић

Проф. др Драган Николић

Проф. др Љубица Николић

Мр Мира Симовић

*Чланови редакционог одбора из иностранства*

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

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

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан први

Скопље, Македонија

Проф. др Анатолий Капустин, професор Универзитета Дружба народова, Москва, Русија

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

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

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

Рилски, Благоевград, Бугарска

*Секретар Редакционог одбора:* др Дејан Јанићијевић

*Преводи:* др Дејан Јанићијевић

*Технички уредник:* Ненад Милошевић

*Штампа:* „Свен“, Ниш

*Тираж:* 150

## САДРЖАЈ

**Проф. др Милорад Рочкомановић**

ПРИНЦИП НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ И РЕШАВАЊЕ СЛУЧАЈЕВА  
МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА – ОД БАЗИЧНЕ ИДЕЈЕ ДО  
РЕАЛИЗАЦИЈЕ СВРХЕ КОЛИЗИОНИХ НОРМИ..... 1  
*THE PRINCIPLE OF THE CLOSEST RELATION AND THE SOLUTION OF CASES  
OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW – FROM THE BASIC IDEA TO THE  
REALIZATION OF THE GOAL OF THE COLLISION RULES*

**Проф. др Александар Ђурић**

САВРЕМЕНА УЛОГА, ЗАДАЦИ И РЕФОРМА УНИВЕРЗИТЕТА..... (27)  
*СОВРЕМЕННАЯ РОЛЬ И ЗАДАЧИ УНИВЕРСИТЕТА*

**Проф. др Драган Јовашевић**

ПРИМЕНА ИНСТИТУТА НУЖНЕ ОДБРАНЕ  
У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ КРИВИЧНОГ ПРАВА ..... (51)  
*THE APPLICATION OF THE INDUCED DEFENSE  
INSTITUTE IN THE THEORY AND PRACTICE OF CRIMINAL LAW*

**Проф. др Слободанка Константиновић-Вилић**

**Проф. др Миомира Костић**

ДИВЕРЗИОНИ МОДЕЛИ И АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ  
ПРИМЕЊЕНЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У СУКОБУ СА ЗАКОНОМ..... (87)  
*DIVERSION MODELS AND ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS  
APPLIED TOWARD MINOR OFFENDERS*

**Др Видоје Спасић**

ОСВРТ НА ОДГОВОРНОСТ ИНТЕРНЕТ СЕРВИС ПРОВАЈДЕРА  
(ИСП) У МЕЂУНАРОДНОМ И УПОРЕДНОМ ПРАВУ ..... (103)  
*REVIEW TO RESPONSIBILITY OF ISP (INTERNET SERVICE PROVIDER)  
IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW*

**Др Дејан Јанићијевић**

ПРАВНИ ЗНАЧАЈ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА..... (127)  
*LEGAL SIGNIFICANCE OF THE ARBITRATION AGREEMENT*

**Мр Марко Трајковић**

МОРАЛНИ РЕЛАТИВИЗАМ У АНГЛО-АМЕРИЧКОЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ . (143)  
*THE MORAL RELATIVISM WITHIN THE ANGLO-AMERICAN JURISPRUDENCE*

**Александар Ђорђевић**

СВОД, ЗАКЛЕТВА, САКЛЕТВЕНИЦИ И ОРДАЛИЈЕ  
У СЛОВЕНСКИМ ИЗВОРИМА ПРАВА.....

159

СВОД, ПРИСЯГА, СОПРИСЯЖНЫЕ И ОРДАЛИИ  
В СЛАВЯНСКИХ ИСТОЧНИКАХ ПРАВА

**Маја Настић**

ПРАВО НА НЕПРИСТРАСТАН И НЕЗАВИСАН СУД.....  
THE RIGHT TO IMPARTIAL AND INDEPENDENT COURT

171

**Александар Мојисевић**

ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ЕКОНОМСКЕ АНАЛИЗЕ ПРАВА.....  
NOTION AND IMPORTANCE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

189

**Сања Марјановић**

ПРИЗНАЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА  
КАО ПРЕЈУДИЦИЈЕЛНО ПИТАЊЕ У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ.....  
THE RECOGNITION OF FOREIGN COURT JUDGMENTS  
AS PRELIMINARY ISSUE IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

209

**Душан Митић**

ПРАВНА ПРИРОДА ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА  
У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....  
LEGAL NATURE OF PUBLIC AGENCIES IN SERBIAN LEGAL SYSTEM

223

**ПРИНЦИП НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ И РЕШАВАЊЕ СЛУЧАЈЕВА  
МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА – ОД БАЗИЧНЕ ИДЕЈЕ  
ДО РЕАЛИЗАЦИЈЕ СВРХЕ КОЛИЗИОНИХ НОРМИ**

*Апстракт:* Овим чланком аутор је учинио напор да једном добро познатом и дискутованом проблему приђе аналитички. Предмет његовог интересовања биле су најчешће коришћене тачке везивања, њихов значај и домаћај у одређивању надлежног закона за регулисање односа ове гране права. Поред објективних (оне су најбројније), он указује и на тзв. субјективне факторе локализације, као што је аутономија воље страна код већине (али не и свих) уговора, у које сврстава и најближу везу као помоћно мерило за случај да, према околностима, постоји много ближа веза односа и неке друге државе, а не оне која је индикована колизионом нормом.

Посебно место припада тзв. генералним клаузулама одступања. Оне значе афирмацију темељног начела за решавање сукоба закона - принципа блискости, и требало би да допринесу проналажењу оног закона који је, с обзиром на околности, најпозванији да буде примењен, јер је у најтешњој вези са одређеним правом односно државом. Међутим, иако флексибилно, ово решење представља извор опасности од прекомерног ширења поља утицаја *lex fori*, уколико је по мишљењу судије оно „ближе“ (читај, повољније) за примену у датој ситуацији, с обзиром на то ко су стране у односу и какав је интерес за примену домаћег права у том случају.

**Кључне речи:** колизиона норма, фактори локализације, принцип најближе везе, генералне клаузуле одступања

## Уводне напомене

1. Добро је знано да је основна намена колизионих норми одређивање као надлежног оног националног закона који, по схватању домаћег законодавца, стоји у најприснијој вези са питањем на које се она односи. Опредељивањем за одређени тип контакта са правним подручјем неке, било које, домаће или стране, државе и занемаривањем других врста веза, законодавац указује на пут превазилажења евентуалног сукоба закона (интереса инволвираних држава у конкретном примеру) и показује које је национално право најпованије да буде примењено на конкретни случај.

Суштина колизионог метода у Међународном приватном праву огледа се, дакле, у настојању да се та локализација односно избор националног закона „кристализује“ помоћу једне „тачке везивања“ за одређено питање, ситуацију или читаву категорију правних односа. Разуме се да определљивање за одређену везну околност и, посредством ње, за одређено национално право као меродавно, не искључује могућност установљавања још које одлучне околности.

Ситуација је заправо супротна. Упоредна анализа колизионих норми потврђује да се поред једне, рекли би смо, главне одлучујуће чињенице, усваја надлежност закона на бази неке друге тачке везивања, при чему иста служи као алтернативно, али потпуно једнако вредно решење или као резервна варијанта, за случај да се из било којег разлога није реализовала претходна одлучна околност.

2. Концепт „најближе везе“ односа ове гране права са правним поретком одређене државе, као *ratio decidendi* за решавање случајева о којима говоримо, присутан је на сличан начин и приликом „дистрибуције“ судске надлежности у Међународном приватном праву. Том приликом државе, наиме, полазе од сличних разлога као и код определљивања за одређено решење о избору надлежног закона. Другим речима, надлежност националних судова базира, претежно, на оним истим темељима (критеријумима, основама) који су били руководни за домаћу државу када се, усвајањем одређеног колизионог решења, изјашњавала о закону који је, генерално и објективно, био најпримеренији за регулисање конкретне ситуације коју својим нормама покрива ова грана права, будући да је био у

најближем контакту са њом. Но, будући да ова проблематика излази из оквира задатка који смо себи поставили, ми се њом нећемо бавити.

3. Определивши се за ову тему као повод чланка који се налази пред вама, себи смо поставили неколико питања. Најпре, који су то и због чега су релевантни поједини фактори локализације правних ситуација из домена међународног приватног права, посредством којих се долази до решења сукоба закона., а други то нису. Друго, какав је значај „најближе везе“ као супсидијарног (резервног) решења односно тачке везивања код одређених питања и односа ове гране права. И најзад, да ли нека савремена решења о избору меродавног права, која су дошла од изражаја у новијим кодификацијама норми Међународног приватног права, и која почивају на принципу најтешњег контакта односа са одређеним националним законом (тзв. генералне клаузуле одступања), воде напуштању или само ублажавању ригидности колизионог начина уређивања тих односа и какав је њихов утицај на сигурност правног промета односно на индивидуална права и обавезе појединаца као његових непосредних актера.

## **1. Фактори локализације у Међународном приватном праву**

1.1. Односи међународног приватног права, услед њихове фактичке или правне „везаности“ за подручја најмање две државе, од законодавца захтевају да одабере онај вид контакта који му, с обзиром на врсту односа, њихов предмет, стране у њима или демографски карактер домаће државе, као и традиционална решења сукоба закона или морална схватања локалне средине, изгледа индикативнији за маркацију надлежног права (или суда) у поређењу са другим у конкретном случају. Те чињенице или фактори локализације су у великој већини случајева околности објективне природе, чињенице које се налазе у простору које се релативно лако могу идентификовати односно лоцирати.

С обзиром на врсту правних односа ове гране права, националном законодавцу стоји на располагању већи број тих

фактора. То могу бити: држављанство, пребивалиште или редовно боравиште физичког лица, територија државе у којој се налази предмет неког стварноправног односа (у вези стицања својине или неког другог стварног права, стављања хипотеке, заплене робе ради обезбеђивања наплате дуга, и сл.), место настанка уговорне облигације или штете као последица учињеног грађанскоправног деликта, држава у којој је предузет неки правни посао или у којој га треба реализовати (закључење брака, заснивање односа усвојења, састављање тестаментa, издавање менице, итд.).

1.2. Глобално узевши, све те везне околности деле се на факторе везивања објективног карактера (они су далеко бројнији у односу на остале) и на оне који су плод воље учесника у правном промету (тзв. аутономија воље страна). Постоје, међутим и такви случајеви у којим је вољом законодавца, у недостатку или због мањкавости споразума о меродавном закону (за уговорне или деликтне облигације, рецимо), органу примене колизионе нормe (суду, по правилу), дато овлашћење да се определи за неко национално право које се налази у „најближој вези“ са односом о којем је реч. Зато би ову одлучујућу чињеницу (принцип најближе везе) могли означити као објективно-субјективну, јер се до меродавног закона долази на основу низа чињеница које се објективно могу локализовати у простору, али одлуку о томе доноси суд ценећи њихову правну релевантност и потребан број.

1.3. Када говоримо о значају појединих фактора везе за одређивање меродавног закона за конкретни случај, однос или ситуацију из домена међународног приватног права, онда још једанпут подвлачимо да је ово питање условљено, у првом реду, предметом, природом и карактером односа о којем је реч. Због тога, иако сваки правни однос претпоставља постојање барем једне стране у њему (много су чешћи, ипак, они у којим се као актери појављују две стране), такви атрибути личности, какви су: држављанство, домицил или редовно боравиште физичког лица, добијају претежнији значај у односу на остале, но то само ако се ради о односима личног, породичног и, делимично, наследног права са елементом иностраности. У другим приликама, у зависности од врсте односа међународног приватног права, у први план избијају неке друге околности (н. пример, држава у којој је закључен брак, сачињен



тестамент, на чијој је територији непокретност на коју се ставља хипотека или која је предмет уговора о закупу, место у којем је штетник делао или у којем су се осетиле штетне последице истог, споразум страна уговорница, држава у којој се обавља рад, и сл.).

1.4. Пре но што се осврнемо на поједине факторе везе, њихов домаћај примене, индивидуалну вредност и могуће недостатке, рецимо и то да је приликом њихове селекције национални законодавац руковођен различитим, каткад, опречним разлозима. Полазећи од стандардне европске континенталне доктрине и преовлађујућих схватања, код избора тачке везивања води се рачуна о интересима страна у односима међународног приватног права, трећих лица, али и о потреби држава да, колико је то могуће, пронађу оправдање за ширење поља примене властитог права, а да притом озбиљно не доведу у питање шире интересе оличене у захтеву да се међународни правни промет у овом домену битно не спутава. Ово нарочито из разлога тзв. бумеранг – ефекта, који је, готово редовно, пратилац таквог ускогрудог односа, који се манифестује у ширењу обима властите законске или судске надлежности у међународном приватном праву., без обзира на одговарајући, и оправдани, интерес других земаља за применом властитих прописа у датој ситуацији.

#### **А. Тзв. објективни фактори локализације приликом конципирања колизионих норми**

1.1. У нашим претходним излагањима већ смо споменули изванредан број фактора локализације, као и њихову могућу употребу у појединим сегментима односа међународног приватног права. Такође, указали смо и на неке чиниоце од утицаја на њихов избор. У интересу добијања потпунијег увида у ову проблематику, која свакако представља основну преокупацију теорије о сукобу закона и начинима како га решити, укратко ћемо се осврнути на најчешће коришћене факторе везе и њихов опсег примене у упоредном законодавству и судској пракси неких држава.

1.2. *Држављанство* има карактер примарне одлучујуће чињенице код одређивања меродавног закона за личне, статусне, породичне и наследне односе физичких лица. У томе предњаче европске државе, као и већина земаља Азије и Африке. Притом се

обично наводи да је основни разлог за то њихов емиграциони карактер и настојање да се њихови држављани правно „вежу“ за домаће прописе и онда када се фактички налазе у домену примене страних закона државе у коју су емигрирали или се из других разлога налазе под њеном јурисдикцијом. Као додатни мотив у прилог томе наводи се да држављанство као тачку везивања одликује значајна постојаност, с обзиром на, по правилу, строге услове који се од странаца захтевају приликом стицања домаћег држављанства<sup>1</sup>.

1.3. Независно од понуђене аргументације, мислимо да се такво оправдање за место и улогу ове тачке везивања мора узети уз извесне резерве. Тврдња да је држављанство својствено искључиво емиграционим државама не важи без изузетка. Наиме, постоје државе које су задржале исти однос према њему као одлучујућој чињеници, иако су одавно престале да буду извозници дела домаће радно способне популације у економски моћне (по правилу, имиграционе) државе, постајући у међувремену и саме њихов увозник (н.пример, Италија, Немачка). Са друге стране, ова везна околност показује немоћ када треба одредити лични или наследни статут лица без држављанства (апатриди), као и оних који имају двојно држављанство, а да притом ни једно од њих није домаће. У таквим, реално могућим, случајевима, у први план избијају други фактори везе, попут пребивалишта или редовног боравишта (белгијско право, н.пример), уколико ови указују на једну од држава чији је то лице држављанин. Уколико се ни тај начин не би могла извршити његова национална „локализација“, такво лице ће из хуманих побуда и потреба решавања конкретног случаја, бити третирано као домаћи држављанин. или ће се ова одлучна чињеница дефинисати на бази низа релевантних околности које указују на ближу везу истог са неком државом (тзв. принцип ефективног држављанства).

2.1. *Пребивалиште* (домицил) физичког лица као одлучна околност представља доминанту, углавном, у државама имиграције, као и у Швајцарској, В.Британији, САД, скандинавским земљама и у већини држава латинске Америке. Та констатација вреди за она иста питања за која је такву улогу имало држављанство у претходно

---

<sup>1</sup> Потврда за то јесте и општеприхваћен принцип да је за оцену да ли једно лице поседује домаће држављанство меродавно право те исте државе (*lex fori*).

цитираним примерима. односа. међународног приватног права. Ово опредељење у пуном је складу са настојањем ових земаља да правно обавезу она лица која су трајно настањена на њиховој територији, независно од њихове националне припадности. На тај начин оне остварују потпуну правну контролу над њима још од момента уласка на домаћу територију, и без обзира на то какво је решење о избору меродавног права заступљено у домовини тих лица. у конкретном случају. Томе у прилог говори и надлежност локалних судова по критеријуму домицила туженика. (тзв.тенденција *to stay at home*).

Будући да по дефиницији домицил представља место у држави у којој је једно лице вољно и трајно настањено, то би се дало претпоставити да се у њему одвијају његове основне животне активности, да у њему живи са породицом, поседује имовину, ради, и слично. Међутим, у пракси се показало да не мора увек бити тако. Понајпре зато што је за сам појам пребивалишта у смислу међународног приватног права неопходно да постоји несумњиво изражена воља (намера) на страни оног ко претендује на његово задобијање у домаћој држави (*animus semper vivendi*). С обзиром да у националним законима, по правилу, нису садржани елементи на бази којих би се таква намера могла поуздано установити, отуд и основна слабост овог фактора везивања. О томе, уосталом, говоре примери из судске праксе једног броја држава у свету.<sup>2</sup>

2.2. Околност да у класичном појму домицила преовладавају правни, а не фактички моменти, учинила је да се догађало да једно лице само формално има пријављено пребивалиште у дотичној

---

<sup>2</sup> Полазећи од једног прецедента из далеке 1854. године, према којем ни једно лице у исто време не може имати два домицила, те за случај да има два дома (*home*) у различитим државама, треба узети да му је пребивалиште тамо где му се налази главни дом (случај *Forbes*, 1854. Кау 341,367), енглески судови изгледа нису имали једнака мерила када је ваљало утврдити где се заиста налази домицил једног лица. Тако је у случају *Ramsay* из 1830. године суд стао на становиште да једомицил једног Шкота остао у Шкотској, мада је исти 35 година живео оу Ливерпулу као подстанар, али и са својом породицом, сматрајући да је од одлучног значаја било то што је поменуто лице у тестаменту себе описало као Глазговљанина. Насупрот томе, у случају *Huntly v. Gaskell* из 1906. суд је узео да је домицил једног Шкота био у Енглеској, само зато јер би применом шкотског закона о наслеђивању некретнина (које су чиниле предмет његовог завештања и налазиле су се у Шкотској) била ограничена његова слобода тестирања.

држави, а да му се истински центар животних активности налази у другој држави. Таквог недостатка постала је свесна и правна наука која је у неким државама утицала да се донекле промени његово поимање. Тако, рецимо, у праву САД (чл.16 и 18. *Restatement-a II*) за стицање вољног домицила (*domicile of choice*) неопходно је да једно лице и физички буде присутно у једном месту, као и да постоји његова намера да га, макар и привремено, учини својим домом .

Чини се, ипак, да белгијски закон о међународном приватном праву из 2004. године најбоље одражава промену курса у дефинисању ове везне околности. У чл. 4 закона каже се се под домицилом разуме место (држава) у коме је једно лице евидентирано у посебном регистру или се налази на листи чекања странаца која је установљена у Белгији.

3.1. *Редовно боравиште* представља место у једној држави у којој је неко лице социјално интегрисано односно у којем се оно налази извесно дуже време, а да то није уједно и место његовог домицила. Као и када се ради о условима за заснивање пребивалишта у домаћој држави, тако се и за постојање редовног боравишта тражи дужи боравак, али без манифестације намере трајног живљења у њему. Другим речима, за концепт редовног боравишта није неопходан вољни моменат (*animus semper vivendi*), који представља главну карактеристику појма домицила у смислу међународног приватног права.

Међутим, ни његовом елиминацијом, чини се, није унето више правне сигурности у погледу правне ситуације једног лица, с обзиром да од праксе органа домаће државе зависи закључак о томе. Један од начина за превазилажење таквог стања ствари јесте прецизније одређење његових „градивних“ елемената у националном законодавству, управо онако како је то учинио белгијски законодавац. У смислу тог закона под редовним боравиштем разуме се „место у којем је једно физичко лице настањено, без обзира да ли је томе претходила његова регистрација или претходна дозвола боравка односно настањивања .Да би се оно утврдило односно стекло, нарочито је потребно повести рачуна о околностима које указују на трајност веза са тим местом или на његову намеру да одржава такве везе са њим.“

3.2. У критичком осврту на изложене карактеристике одлучујућих чињеница о којим је претходно било речи, посебно када се ради о домицилу, потребно је указати на неке његове специфичности и тумачење у пракси судова у Великој Британији. Право ове државе, наиме, упркос једног броја прописа који су унели значајне помаке у концепту пребивалишта (удате жене, на пример), још увек се ослања на схватања судске праксе, при чему је задржано схватање да се према овом закону цени пословна способност физичких лица, но једино код предузимања послова неимовинског карактера. Пословна способност у материји имовинских правних послова, пак, остаје потчињена закону државе у којој долази до њиховог закључивања односно предузимања.

Према неким изворима, међутим, постоји јака тенденција да се проблем пословне способности у уговорној материји реши законом који је надлежан за сам уговор (*proper law of the contract*). Разлог за то тражи се у захтевима савремене трговине (н.пример, *Charrou v. Montreee Trust Co.*, 1958). Исто образложење важи и када је реч о меничној способности, где без изузетка важи правило *lex loci actus*. Тај закон је уједно и *proper law* за меницу<sup>3</sup>.

Иако би се дало претпоставити да је способност за склапање брака у праву ове државе регулисана законом домицила вереника, с обзиром да се ради о заснивању неимовинског односа, то ипак није случај, већ се она уређује законом државе склапања брака (*lex loci celebrationis*).<sup>4</sup>

4.1. *Место налажења ствари* је везна околност помоћу које се долази до меродавног закона за стицање права на стварима, као што је својина, залога, службености, или друга ограничена стварна права. Држава у којој се ствар налази у одлучном тренутку представља врло чврсту тачку ослоња приликом избора реалног статута. То поготову важи када се ради о праву својине (и другим стварним правима) на непокретностима. Томе у прилог говори њихова статичност, тако да се у сваком моменту тачно зна где је њихова локација. Због тога правило *loci ubi res est* има вишевековну

<sup>3</sup> Cit. H.P.Glenn: La capacite de la persone en droit international prive francais et anglais, Paris, Dalloz, стр. 156, 157, 159.

<sup>4</sup> Glenn, исто, стр. 225.

универзалну примену у овој области међународног приватног права. Шта више, надлежност реалног статута (*lex rei sitae*) у већем броју држава вреди и у погледу наслеђивања и садржине наследних права на овој врсти објеката. „Везивна“ снага ове чињенице имала је утицај и на нека законодавства да, без обзира на другачије одређење домаће колизионе норме у материји наслеђивања (нпр., држављанство или домицил оставиоца као тачке везивања), уваже односно поведу рачуна о прописима државе у којој се налазе непокретне ствари које чине предмет наслеђивања. У оваквом гесту треба видети доказ да ова врста ствари чини резервисани домен сваке државе, а да локални прописи о њиховом стицању, без обзира на основ, неретко спадају у област тзв. полицијских закона односно норми непосредне примене.

4.2. Упркос апсолутне правне извесности у односу на утврђивање *situsa* непокретности и непромењивост ове околности, ствари стоје другачије ако је у питању правни режим стицања стварних права на покретним стварима. Подложне премештању из једног места (државе) у друго, каткад из разлога врло практичне природе, који наликују *fraus legis*, „проналажење“ ових ствари у простору ради утврђивања реалног статута, чини да је то место оно у коме се оне налазе у датом тренутку (заснивања ових права на њима), или оно у држави у коју су упућене као њихову крајњу дестинацију (тзв. ствари у транзиту).

Према актуелном стању ствари преовладава прво решење, јер се приликом конципирања колизионе норме *lex rei sitae* дефинише као општи реални статут. Но, ако су у питању покретне ствари који транзитирају преко територије неколико држава пре него што доспеју на своје коначно одредиште, а у међувремену дође, рецимо, до њихове продаје (танкер нафте, контејнер робе укрцане на брод, шлепер јужног вођа, и сл.), могућа су два решења. Једно је надлежност закона у држави у којој су те ствари дате на превоз и друго (доминантно) оно које важи у држави у којој је њихово крајње одредиште.

4.3. У неким скорашњим кодификација норма међународног приватног права (нпр., у Белгији) посебно се правно регулише проблем надлежног закона у односу на она покретна добра која представљају културну баштину државе, а на нелегалан начин су

изашла из домаће државе. Исто тако и у односу на украдене покретне ствари које су изнете ван домаће територије: У првом случају меродаван је закон државе којој су та добра припадала у моменту њиховог илегалног изношења из ње, или, по њеном избору, закон државе у којој су тренутно лоцирана. Но, ако домаћи закон не познаје правну заштиту савесног држаоца, држава се може одредити за заштиту коју јој обезбеђује закон земље у којој се те ствари налазе у тренутку потраживања (чл.90).

У случају крађе покретних ствари њихов власник може бирати између закона државе у којој су се оне налазиле у време крађе и оног који је на правној снази у држави када се исте потражују. Опредељење за овај други закон препоручује се уколико домаћа држава не познаје било какву правну заштиту савесног држаоца, а она је иначе прописана законима државе у којој се ствар налази у тренутку истицања захтева за њен повраћај (чл.92).

4.4. У осврту на изложено констатујемо неколико ствари. Најпре, да место налажења ствари представља доминантно решење приликом одређивања реалног статута уопште, а не као некада само у вези са непокретним добрима. Друго, овом закону подвргава се читав низ питања, као што су: постојање, природа, садржина и обим стварних права, ко су њихови титулари, преносивост, као и начин стицања, преношење и гашење истих. Прописи државе у којој је непокретна ствар лоцирана искључиво су меродавни и приликом оцене форме уговора који за предмет има ова добра. И најзад, оно што још једанпут потврђује велику снагу „зрачења“ *lex rei sitae*, то је да се, према схватању дела теорије и праксе међународног приватног права у В.Британији и САД, овом закону, између осталог, подвргава и пословна способност за закључивање уговора чији предмет представљају<sup>5</sup>.

Разлози за овако широко постављену надлежност локалног права проналазе се у економској вредности и стратешком значају ове врсте ствари. Као део државне територије, оне чине елемент њеног суверенитета, због чега су страни интересенти за њихову куповину

---

<sup>5</sup> Слично поступа и Португалско право под условом да закон *situs* непокретности захтева властиту примену када је реч о самој могућности заснивања стварних права на овим објектима.

или временски ограничену експлоатацију (закуп) у томе ограничени или потпуно онемогућени. То поготову вреди ако су у близини границе или других подручја битних за државну безбедност.<sup>6</sup>

5.1. Место предузимања правног акта представља веома старо колизионо правило помоћу којег се долази до закона надлежног за облик истог (*locus regit actum*). То практично значи да се према прописима локалног закона цени да ли један уговор треба да буде закључен у некој посебној форми (и у којој), да ли је за његову формалну ваљаност нужна службена овера државног органа или да ли његове одредбе треба да буду потписане од уговорних партнера, и слично. Прописи овог закона, надаље, дају одговор на питање да ли је за склапање брака нужна цивилна форма или је, пак, довољно да то буде облик који је пуноважан по националном закону једног или оба вереника.

Прихватање ове везне околности било је мотивисано олакшавањем међународног правног саобраћаја, будући да је налагала обавезу поштовања закона у вези са формом оне државе у којој су страна лица предузимала такав акт. На тај начин био би остварен непосредан увид и контрола правног промета од стране локалних власти и избегнут ризик њихове ништавости ако би домаћи држављани у иностранству пред страним органима били обавезни да то чине искључиво поштујући захтеве о форми из њиховог *lex patriae*. Разуме се да је респектовањем облика правног акта локалног права уједно и на линији остваривања једног ширег, правнополитичког циља – заштите интереса домаће државе у којој је акт предузет, као и обезбеђивање сигурности у правном промету.

5.2. Међутим уколико се проблем посматра из перспективе актера у правном саобраћају, ствари стоје другачије. Независно од природне склоности појединца да избегне претеране формалности уопште, па и код заснивања односа међународног приватног права, сигурно је да ослобађање од сваке форме реално није могуће. Зато је решење пронађено у факултативности овог колизионог правила, што подразумева могућност коришћења још неког облика за одређени

---

<sup>6</sup> Због тога није без основа тврдња да се у надлежности *lex rei sitae* на најубедљивији начин потврђује концепт закона нужне (непосредне) примене.



правни однос. На тај начин оставило би се више простора код оцене његове формалне ваљаности, ако би истовремено била прихваћена још нека алтернатива као резервно решење.

Имајући то на уму, велик број држава, у закону или пракси, одступио је од захтева да се искључиво поштује она форма коју познаје локални закон. Разуме се, изузеци постоје у мањем броју, у закону фиксираним, примерима. Правило о факултативном карактеру форме *locus regit actum* ипак нема исти домашај у свим областима ове гране права. Оно је, сигурно, најочљивије у области тестаментата у међународном приватном праву: Наиме, сматраће се формално ваљаним тестамент, поднет као основ за расподелу имовине једног лица, ако је сачињен у складу са прописима о форми у месту састављања, *lex nationalis*, *lex domicilii* тестатора, *lex fori* или *lex rei sitae* (само ако се завештање односи на непокретну имовину)<sup>7</sup>.

5.3. Друга област у којој је присутно такво схватање јесте материја уговорних односа. Поред основне тачке везивања, уговор је формално пуноважан и када је закључен у облику који налаже закон надлежан за његову садржину (узајамна права и обавезе уговарача). Према томе, од тога како је одређен статут уговора, избором уговарача, на бази објективних околности случаја или полазећи од критеријума најближе везе, оцена формалне пуноважности овог акта подлеже примени различитих прописа и, сходно томе, са различитим исходом.

Исти принцип заступљен је и у Римском уговору из 1980: на облик уговора примењује се закон који важи у месту у коме је између уговарача постигнута сагласност о уговору или *lex causae* (чл.9 т.1 и 2)<sup>8</sup>.

Када је реч о форми брака склопљеног у иностранству између домаћих држављана, а пред тамошњим овлашћеним органима, сем

<sup>7</sup> Ово је решење Хашке конвенције о сукобу закона код форме тестаментата из 1961.год. које је, поред већег броја држава, у важности и за Србију од 1974.год.

<sup>8</sup> Једном приликом француски Касациони суд је, ценећи форму уговора о поклону новца депонованог у једној швајцарској банци стао на становиште да то питање треба решити француским законом, сматрајући да је место закључења уговора о поклону указивало на француску, јер је ту постигнута сагласност воља о томе. Поклонодавац је била једна Белгијанка француског порекла, чији је последњи домицил био у француској (Cass., 23.1.2001.)



врло ретких изузетака, када се инсистира на стриктном поштовању домаћих прописа о томе, највећи број држава, поред надлежности *lex loci celebrationis*, усваја допунска решења, повећавајући на тај начин шансе за опстанак брака на правној снази, упркос непоштовања домаћег права у том погледу. Најчешће се предвиђа надлежност националног закона вереника или само једног од њих. У том смислу су, рецимо, одредбе аустријског и пољског закона.

5.4. За разлику од принципијелног става француске судске праксе, према коме постоји обавезност цивилне форме брака који се закључује у домаћој држави пред органом локалне заједнице (принцип датира из 1955. год. почев од случаја *Caraslanis*), италијански судови показују велику толеранцију у том погледу. Наиме, упркос правилу да религиозној форми брака нужно претходи брак склопљен у грађанској форми, признају се у Италији и бракови који су склопљени у религиозној форми националног закона вереника.<sup>9</sup>

Национална законодавства (попут грчког закона бр.1250 из 1982.) уводе право вереника да могу бирати форму брака ако до његовог склапања долази у иностранству. На тај начин створени су услови за признање цивилних бракова домаћих држављана, иако у односима чисто унутрашњег права једина допуштена форма јесте црквени брак. Слично поступа и шпанско право у односу на домаће држављане, под условом да није утврђена њихова фразулозноста у односу на прописану (црквену) форму брака која важи за домаће држављане католичке вере у овој држави.

5.5. На крају, треба рећи да од питања форме брака ваља разликовати извесне формалности, које се у неким државама појављују као додатни услови. Они се, превасходно, тичу њихових властитих држављана када склапају брак у иностраној држави пред тамошњим органима (н.пример, дозвола за склапање брака, боравак у иностраној држави у одређеном трајању, нужност претходног оглашавања брачне церемоније, и сл.). У погледу тих формалности, уместо правила *lex loci celebrationis*, примењује се закон државе која то захтева (*lex fori*).

Посебан облик брака чине тзв. *common law marriages*, који почивају на простој сагласности лица да ступе у ову заједницу

---

<sup>9</sup> У питању су били вереници муслиманске вере који су определили да склопе брак у једној памији (види: Rev. Crit.de d.i.p., 1982, str.297)

живота Мада претпостављају договор о томе, с обзиром да до тога долази без присуства надлежних државних органа и без уобичајене брачне церемоније, правило је да се овакве везе не могу сматрати браком, већ обичним конкубинатом. Зато се оне не могу признати, како из формалних, тако и из суштинских разлога, у државама у којима се може поставити питање њихове пуноважности.<sup>10</sup>

6.1 Место проузроковања грађанскоправног деликта чини ослонац законодавцу када треба да одабере колизионо решење за таква питања, каква су: противправност понашања, деликтна способност или одговорност, врста и обим штете која се накнађује, разлози који доводе до деобе одговорности или умањења обавезе на страни штетника, и сл. Ситуација у вези са „локализацијом“ ове чињенице потпуно је јасна ако и радња и њена последица указују на једну исту државу Проблеми настају уколико то није случај. Отуд је на судској пракси, ако о томе нема упутства у закону, да пружи тумачење о томе где се налази место деликта и, сходно томе, одреди шта представља *lex loci delicti* у конкретном случају.

6.2. Један од основних разлога опредељивања за ову одлучну околност по схватању дела науке међународног приватног права, налази се у томе да се ради о једном недопустивом (противправном) понашању, које је веома слично кривичном делу, па је зато примена истог у функцији заштите домаћег правног поретка. Ово становиште подложно је критици из више разлога. Један од најбитнијих је тај да је сврха одговорности у материји кривичног права кажњавање појединца и превенирање будућих кривичних дела, док је у сфери одговорности за проузроковану штету акценат стављен на уштрб који трпи једно лице у његовој имовини. Осим тога, деликтна понашања, која, по правилу, нису планирана, обухватају знатно шири круг лица обавезних на накнаду штете проузроковане другима, у поређењу са починиоцима кривичних и других правно кажњивих дела, која одговарају првенствено личношћу, под условом да су кривично одговорна, а тек субсидијарно својим имовинским добрима.

6.3. Класично колизионо решење (*lex loci delicti commissi*) може се показати недовољно утемељеним, уколико се не води рачуна и о осталим елементима везивања противправног понашања за

---

<sup>10</sup> Оваква заједница живота изједначава се са браком у неким од САД, као и у Шкотској и неким латино-америчким државама (тзв. *uniones de hechos*)

другу државу, захваљујући којим се може показати да деликт има ближи однос са њом, него са оном у којој је уследила радња која је била узрок штете. Све то, свакако, утицало је на померање тежишта одређивања надлежног права ка неким другим факторима везивања, најпре у пракси судова, а потом и у националним законима.

Без намере да се детаљније бавимо одступањима или неким другим „умекшавањима“ ригидности правила *lex loci delicti*, констатујмо, најпре, да се у том поступку, који треба да исправи општост колизионе норме, акценат ставља на заједничко држављанство или редовно боравиште страна у тако насталом односу, на место (државу) у којој су наступили и узрок и последица, или, ако то не би било могуће, на примену закона по принципу блискости тако настале облигације и одређене државе (такво је, рецимо, решење белгијског закона).

6.4. Илустрације ради ту тенденцију приказаћемо и на примеру енглеског права, које је у овој материји прошло кроз три развојне фазе. Према решењима *common law* искључиво се примењивао закон државе деликта, уколико је разлог за тужбу настао у овој држави. Без икаквог утицаја на то била је чињеница да, рецимо, сви остали елементи указју на јачу повезаност случаја са неком другом државом (н. пример, *Mettal and Rohthoff AG v. Donaldons Lufkin & Janrette Inc.*, 1990). Притом, енглески закон меродаван је и за квалификацију понашања као противправног. Зато је једном приликом (*Diamond v. Bank of London and Montreal*, 1979, ₤.333) поводом штете која је настала захваљујући немарном професионалном обавештењу у држави добијања те информације, било примењено енглеско право, без обзира на чињеницу где је настала штета. Разлог за то нађен је у околности да је баш у тој држави настао разлог тужбе.

За случај да је разлог тужбе настао у некој другој држави, тужилац је морао да докаже да су чињенице које повлаче одговорност и противправност радње (или пропуштања) једнако третиране и у Енглеској и у држави у којој је деликт почињен. Другим речима, противправност мора постојати и по једном и по другом закону да би тужилац успео са својим захтевом. Само тада енглески

суд може применити страни *lex loci delicti* (*Boys v. Chaplin*, 1971, АС. 356)<sup>11</sup>.

У последњој етапи еволуције енглеске судске праксе потврђен је принцип о могућој примени страног закона, када је енглески суд примењивао страно право, без обзира на чињеницу што је деликт био почињен у иностранству (н.пример, *Red Sea Insurance Co.Ltd. v. Bouygues SA*, 1995).

6.5. Иако најновији законски прописи у овој држави из 1995.год. (*Private Int. Law – Miscellaneous Provisions Act*) не дефинишу појам деликта<sup>12</sup> генерално колизионо правило, садржано у *Sect. II* закона, указује на надлежност права државе проузроковања деликта. Проблем искрсава ако све релевантне околности не указују на исту државу. Тада уместо поузданог ослоња добијамо правну фикцију места деликта (*A.Brigs*). У циљу превазилажења таквих случајева, предвиђа се надлежност закона државе у којој су се догодиле најзначајније околности из којих је настао деликт. Према неким схватањима, очито је у питању принцип најтешње везе, који је већ раније био постављен од стране *common law*.

Међутим, до примене страног *lex loci* не долази ако би домаћи суд морао да примени стране јавноправне прописе у области кривичног или фискалног права, норме које у енглеском праву иначе имају императивни карактер (*mandatory rules*) или стране прописе о процедури, а поступак се одвија пред домаћим судом.

## **Б. Тзв.субјективни фактори локализације**

1.1. Значајан број држава у свету допушта да посао око утврђивања индивидуално најпогоднијег права обаве сами учесници у правном промету. Таква слобода важи, по правилу, за већину

---

<sup>11</sup> Чињенично стање случаја: енглески суд применио је властито право на захтев једног енглеског војника који је страдао у саобраћајном удесу на Малти, при чему је виновник штете био, такође, енглески турист. Суд је сматрао да је примена *lex fori* умеснија од локалног права (државе удеса), јер је случај био у ближем контакту са Енглеском, него са Малтом.

<sup>12</sup> Према Brigs–у (*Conflict of Laws*, Oxford, Univ. Press., 2001, стр.180) под овим би требало разумети не само она понашања која се по енглеским законима третирају као недозвољена, већ обухвата све тужбене разлоге који су у једном општем смислу третирани као противправни.

уговора међународног приватног права, уколико таква могућност не би била искључена с обзиром на њихов предмет или значај за домаћу државу, као и с обзиром на нужност заштите темељних правних принципа *lex fori*. Стога, општи оквир страначке аутономије у смислу ове гране права, чине прописи императивног карактера и установа јавни поредак домаће државе у којој се то питање поставља. Захваљујући неким новим кодификацијама норми међународног приватног права (н.пример, белгијски закон из 2004.године), домен те слободе значајно је проширен ван уобичајених лимита, тако да им је та могућност призната и када се ради о меродавном закону за одређивање висине накнаде штете која је проистекла из грађанско-правног деликта, у материји развода брака, брачног имовинског режима, обавези издржавања, тестаменталног наслеђивања, и сл.

2.1. Осим тога, једна од одлика правног домета ове слободе страна у односима које својим нормама покрива међународно приватно право, јесте да, независно од начелно значајних могућности за њену реализацију, национални законодавац и на други начин врши њено сужавање. Дијапазон коришћених средстава у том правцу иде од поменутог условљавања поштовања императивних норми и јавног поретка *lex fori*, па до њеног ограничавања (у закону) или потпуног искључивања, уколико би избором надлежног права били повређени интереси оне од страна која се сматра „слабијом“ у датом односу (н.пример, радник у уговору о раду или потрошачи код уговора који се закључују са њима). Идентична ситуација важи и у домену одређивања надлежног закона у материји стварноправних односа поводом непокретности, уговора о обавезном осигурању, и сл.

3.1. Надаље, аутономија воље уговорних страна, као одлучна околност приликом одређивања надлежног права за оцјену права и обавеза које су постале спорне, претежно због неизвршавања или манљивог извршавања уговорних обавеза, мора да буде изражена на законом предвиђен начин. Прописи неких држава захтевају, такође, да између изабраног статута уговора (*lex autonomiae, lex contractus*) и једне државе, мора постојати одређена, стварна односно разумна веза, како би клаузула о томе била призната као ваљана односно пуноважна. (н.пример, у Пољској, САД, Енглеској, Аустрији). Право Португалије, пак, тражи да би учињени избор могао бити правноваљан, потребно је, поред осталог, и да он произилази из неког „озбиљног интереса уговарача“ (чл.41 Грађанског законика).

4.1. Још су стриктнија ограничења аутономије воље страна када домаће право допушта једино избор једног са листе закона који је садржан у њему (н.пример, избор између закона државе у којој је уговор закључен или у којој треба да буде извршен, надлежност *lex fori* односно заједничког *lex patriae* страна у односу, итд.). Тада се њихово право претвара у обавезу, уколико не желе да њихов однос буде регулисан помоћу неке из категорије објективних тачака везивања или коришћењем критеријума најближе везе на бази тих истих околности.<sup>13</sup>

Извесни практични проблеми могу настати за националне судове ако нема клаузуле о избору или услед њене непуноноважности из било ког разлога. Ово тим пре и више када у законима или у судској пракси нема редоследа у примени алтернативних решења о меродавном праву за однос у питању, што је и иначе врло чест случај. Према схватању дела доктрине у В. Британији, тада се примењује закон државе са којој је уговорни однос у најближој вези односно са којом показује *the most real connection*. (*Graveson*). Зато, тврди се, сваки уговор има свој *proper law*, чак и онда када недостаје одредба о избору. Тада се закон уговора одређује узимањем у обзир појединих околности, као што су: место закључења уговора, место његовог извршења, али учињени избор мора бити узет у обзир и тада када је он оправдан другим чињеницама објективног карактера (н.пример, *Vita Food Productions Inc.v. Unus Shipping Co.*, 1939, A.C.277).

5.1. Одређивање меродавног закона може бити учењено и помоћу принципа тзв. карактеристичне престације, која је унапред фиксирана у закону за одређену врсту уговорног односа. Такав вид одређивања меродавног закона као супсидијарног (резервног) решења познат је у неким, претежно, новијим, кодификацијама норми међународног приватног права. Он почива на ставу о томе да у сваком уговору постоји обавеза једне уговорне стране која се издваја, која је типичнија у односу на чинидбу друге. Она, дакле, даје печат конкретном правном односу и посредством ње остварује се ближа веза између конкретеног уговора и одређене државе.

---

<sup>13</sup> Тако, рецимо, право Бразила допушта избор статута уговора само ако је и место његовог-извршења у Бразилу.

6.1. У критичком осврту на улогу аутономије воље као околности субјективног карактера приликом одређивања меродавног закона за уговор (или неки други однос ове гране права), треба казати следеће.

Без обзира на њен релативно значајан опсег примене, с обзиром на разноврсна ограничења која потичу из *lex fori* (попут јавног поретка и когентних норми домаће државе, које се односе на сам предмет или начин извршења уговора, монетарне прописе, и сл.), као и оних која потичу из лимитираног броја алтернатива у избору закона уколико недостаје споразум о томе, те одсуства унапред (по броју и квалитету) утврђених мерила и редоследа њиховог коришћења, чини се да све више на значају добијају неке друге околности. Иако објективне по својој природи, њихова „везивна снага“ у знатној мери зависи и од оцене судова једне државе, при чему се, по правилу, предност даје њиховом збиру, а много ређе њиховим појединачним узимањем у обзир. Таквим поступком остварује се темељно начело сукоба закона – одређивање меродавног права на основу блискости контакта између предмета колизионе норме и права неке државе.

7.1. На питање, да ли се у таквом поступању могу наслутити знаци напуштања колизионог метода, као класичног начина долажења до решења избора права у конкретној ситуацији, мислимо да се може одговорити негативно. Најпре, зато што откривање „најближе везе“ долази тек у одсуству изричите клаузуле о меродавном закону. Иако се у подлози такве солуције налазе искључиво објективни моменти (околности, фактори), као што су: држављанство, редовно боравиште или домицил физичког лица, заједничко држављанство или боравиште страна у односу, место предузимања правног акта, *lex fori*, место настанка или извршења једног уговора или другог правног акта, држава у којој се налази предмет неког стварно-правног односа, и томе слично, на тај начин није „протеран“ субјективизам из домена решења колизије закона. Ово стога што судија својом одлуком (о субсидијарно меродавном закону), на бази критеријума о степену и релевантности контакта односа са неком државом, надомешћује „мањак“ изазван непостојањем или непуноважношћу клаузуле о избору. На такву тврдњу без утицаја је различита терминологија о том феномену у појединим државама.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Тако, рецимо, француски судови често користе термин „околности случаја“, водећи притом рачуна и о поштовању принципа тзв. економије уговора. У новије



### **3. Тзв. клаузуле одступања**

1.1. Ради се о прописима који су, углавном, садржани у модерним кодификацијама норми међународног приватног права. Њихова суштина огледа се у корекцији класичног колизионог начина уређивања односа ове гране права. Њихова намена, пак, састоји се у налогу органу примене колизионе норме да одступи од примене оног националног закона на који је указала, ако утврди да се спорна ствар (питање, однос) налази у много приснијем контакту са неком другом државом, док су њене везе са државом чије је право индиковано колизионом нормом занемариве.

Таквим методом решавања питања колизије закона, међутим, није напуштен класичан начин одређивања надлежног права у односима ове гране права. Оно што се њиме врло снажно афирмише, то је принцип најближе везе и то, рекли бисмо, до крајњих граница. Једна од последица њиховог постојања јесте да колизиона норма у доброј мери губи карактер апстрактности, а избор меродавног закона све више постаје казуистичан. Ово због тога што се узимају у обзир све правно релевантне везе конкретног случаја (односа, ствари) са неком другом државом (или државама), чиме се избор *lex causae* своди на одређивање индивидуално најпогоднијег закона за примену.

2.1. Усвајањем клаузуле изузетка национални законодавац показује да овом проблему не прилази механички. За илустрацију те тврдње нека нам послужи решење белгијског закона о међународном приватном праву, који каже да се при избору меродавног закона „посебно води рачуна о предвидљивости (сазнатљивости, М.Р.) страног закона који се примењује, као и околности да је однос о коме се ради регуларно настао по одредбама међународног приватног права државе са којом показује да је у вези.“ Треба још напоменути да се ове клаузуле не примењују ако је меродавно право одређено споразумно (чл.19 закона).

Са друге стране, швајцарско право (закон из 1987. године) полази од истог концепта, али са нагласком на императивне одредбе

---

време у одређивању субсидијарно надлежног закона за уговор, домаћи судови везују се за *lex patriae communi* уговарача, а у његовом одсуству, приклањају се примени закона државе закључења или извршења уговора.

стране државе, уместо оне која је првобитно била индикована домаћом колизионом нормом: „Када легитимни и очито виши интереси са становишта швајцарске концепција права то налажу, примениће се императивне норме другог закона, а не оног на чију надлежност указује домаћа колизиона норма, под условом да ситуација има ближе везе са тим законом.“

3.1. У осврту на овај вид одступања од стандардног начина решавања сукоба закона треба указати на неколико ствари.

Најпре, да он по себи представља један много флексибилнији приступ централном питању међународног приватног права, у настојању да се дође до најприхватљивијег решења за једну или обе стране у односу. Тим поступком, чини се, покушава се оживети концепт о тзв. *the better law*, који води порекло из америчке теорије међународног приватног права. Затим, имајући у виду да се приликом одређивања „бољег права“ води рачуна једино о објективним факторима локализације односа, то овакав метод показује да ипак није сасвим ослобођен од субјективности оног чија је обавеза да открије које је то право, и које су и какве везе односа са једном државом имале одлучан значај на његову процену. Ако је овај концепт, рецимо, пожељан у области деликтних облигација (у вези са утврђивањем одговорности за наступелу штету или висином накнаде након њеног наступања), као самосталан или у комбинацији са принципом *favor victimae*, он нема једнаку применљивост у погледу неких других односа (н.пример, у домену стварноправних односа поводом непокретности, код породичних односа у ширем смислу или уговорних облигација са елементима иностраности). Ово нарочито зато што се код неких од њих обраћање класичним колизионим решењима (тачкама везивања) показује сасвим довољним и не изискује никакве корективе при избору надлежног права. Сем тога, у њима, више него другде, има места деловању закона нужне примене *lex fori*, али и за аутономију воље уговорних страна. На тај начин, рачунајући и са могућношћу позивања на институт јавног поретка, битно се смањују шансе обраћања на одредбе страних закона односно на њихову ефективну примену са једне стране, али се зато свакако проширује домашај примене домаћег права, са друге..

## Уместо закључка

1. С обзиром на сврху и крајњи циљ, колизиона норма указује на надлежност закона државе, који је, по схватању домаћег законодавца, објективно посматрано, у најближем односу са правним питањем (односом; ствари, чињеницом) које је било повод за њено доношење. Принцип најближе везе, дакле, чини основ за избор једног од више заинтересованих националних законодавстава за његово правно регулисање.

2. Независно од начина на који законодавац изражава своје поимање појединих одлучних околности, у виду одређивања само за једну од њих или, чешће, већи број истовремено, у алтернативном или кумулативном односу (ређе), утврђивање правно релевантне (довољно „тесне“) везе са подручјем једне државе, као приступ, није сасвим лишено неизвесности. Околности које му служе да право неке државе прогласи „најближим“ односу у питању, јесу чињенице објективног карактера, али је њихова оцена субјективна. Самим тим, поготово ако у закону нема одредаба којима се ближе одређује њихова појединачна вредност или недостаје постојана судска пракса о томе, питање одређивања меродавног закона према овом критеријуму постаје више фактичко, него правно.

3. Најближа веза, међутим, доживљава своју праву конкретизацију онда када јој је, вољом законодавца, признато својство резервног (помоћног) основа за одређивање надлежног права.. Сличне потешкоће као у претходном случају, када је најближа веза третирана као темељни принцип на коме почива колизиона норма, показују се нарочито приликом њене операционализације у пракси. Шта више, оне су и увећане ако се зна да је у неким случајевима, захваљујући изузетном значају конкретног питања или односа међународног приватног права за правни поредак *lex fori*, искључено обраћање на његове колизионе нормe. Наиме, за те случајеве домаћи законодавац налаже искључиву примену властитог права, независно од упутства из његове колизионе нормe (тзв. закони непосредне примене).

4. Критеријум најближе везе постаје неоперативан и онда када, помоћу колизионе нормe одређено странo право, својом евентуалном применом, доводи у питање садржину домаћег јавног

поретка. За разлику од закона који се непосредно примењују, и који стога потпуно „искључују из игре“ колизионе норме, у овом случају претпоставља се њено функционисање, али се превентивно отклањају негативни ефекти истог.

Разуме се да одређивање меродавног закона споразумом страна у односу (најчешће, уговорних) имплицира закључак да је то право „најближе“ њиховим потребама и очекивањима. Зато се у неким националним законима и изричито подвлачи да је истраживање најближег права у том случају искључено због опције неограничене аутономије воље, уколико су је стране у односу већ искористиле.

Milorad Ročkomanović, LL.D, Full Professor

**THE PRINCIPLE OF THE CLOSEST RELATION AND THE  
SOLUTION OF CASES OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW –  
FROM THE BASIC IDEA TO THE REALIZATION OF THE GOAL  
OF THE COLLISION RULES**

**Summary**

*The paper represents an attempt on the part of the author to acquaint the reader with the ways practiced by the competent law in regulating the relations in International Private Law. That is the reason the author brings forth the deciding factors and their influence upon the legislator for a concrete decision in the collision of laws. Apart from the objective, there are the subjective points of contact, at which the latter come to the surface through giving freedom to the parties in the given legal relationship (most often in the contracts with the elements of international character) to decide for themselves the law for their relationship. In addition, even when the legislator supposedly does not set any limits in that respect, the parties when choosing the law ought to take into account the cogent rules of home law, as well as the rules of public policy *lex fori*. The legislator, on the other hand, can authorize the judge not to apply the solution of the collision of laws prescribed by his collision rules, in case there is a stronger relation between that legal relation and some other country (general clause of exemption). By means of this method, which takes us to the disclosure of the closest to the relation in question, one wants to eliminate the abstractness of the collision rules, and in any concrete case, as much as it is possible, come to the individually most proper solution. However, this method has inherent dangers for the judge in charge of this matter. His decision will depend primarily on his knowledge, skill, sense of justice, but equally on the ability to be above the legal chauvinism, acknowledging the closer contact, which means “the stronger law” to the foreign law as “closer” in comparison with the home one.*

**Keywords:** *conflict of laws, localization factors, closest connection principle, general exception clauses*



Проф. д-р Александр Чирич,  
Юридический факультет  
Университета г. Ниш, Сербия

UDK: 378.014.24/3

## **СОВРЕМЕННАЯ РОЛЬ И ЗАДАЧИ УНИВЕРСИТЕТА<sup>1</sup>**

**Резюме:** Высшее образование является центральным двигателем общества знания, с неотъемлемой своей составной частью – научно-исследовательской работой. Знание есть мощь. Оно является основанием любого развития. **Банк знания** создает банк капитала, а банк капитала без знания приводит к его банкротству. При этом нужно иметь в виду, что высшее образование обеспечивает не только получение знаний, но и повышение социальной ценности высокообразованного населения, и удовлетворение потребности рынка труда.

Процесс **глобализации** охватывает все сферы жизни, в том числе и сферу **образования**. Одним из таких процессов является совместная интеграция европейских стран в общее Европейское образовательное пространство.

Считаем, что университеты европейских стран должны опираться на итоги, достигнутые в результате собственного развития. Одновременно перед ними стоит задача ответить и на новые требования современной эпохи, в которой мы живем. В Европе существует больше **4000 университетов**, осуществляющих научно-исследовательскую работу, образование или художественную деятельность. Начиная с Болонской декларации 1999 года, позднее на конференциях министров образования европейских стран состоявшихся в Праге (2001), Берлине (2003), Бергене (2005), подчеркивалось чрезвычайное общественное значение высшего образования. И **новый Закон Сербии о высшем образовании (2005)**

---

<sup>1</sup> Доклад реализован в рамках Проекта Но-149043 Д, Министерства науки и защиты окружающей среды Республики Сербии.

подчеркивает, что высшее образование представляет деятельность с особым общественным интересом.

Весьма значительным фактором дальнейшего развития университета являются руководящие принципы, касающиеся академических свобод и автономии, **гармонизации процесса образования и научно-исследовательской работы**, прежде всего, с национальными системами высшего образования европейских стран. Совершенствование академического движения, **мобильность преподавательского состава и студентов**, как и конкурентоспособность образовательных и исследовательских услуг, с целью оценки и переоценки качества и эффективности систем высшего образования, также являются неотъемлемой частью актуальной реформы. При этом нужно соблюдать этические, гуманитарные и демократические ценности европейской и национальной традиции каждого государства.

Университет имеет особый интерес постоянно укреплять культурные, художественные, спортивные, рекреативные и другие мероприятия от непосредственного значения за более качественное жизненно-духовное развитие студентов. Кроме лучших условий учебы, студентам надо обеспечивать возможности за развитие талантов и подтверждение собственной личности. Таким способом университет сближается с средой и своим окружением, как на внутреним, так и на широком международном уровне.

**Ключевые слова:** глобализация, университет, высокое образование, Болонски процес, Закон высшего образования Сербии, международное сотрудничество



## **1. Общественная роль и задачи университета в условиях применения Болонского процесса**

### **1.1. Университет и общее образовательное пространство**

Процесс **глобализации** охватывает все сферы жизни, в том числе и сферу **образования**. Одним из таких процессов является совместная интеграция европейских стран в общее Европейское образовательное пространство.

**Целью Болонского процесса** является расширение доступа к европейскому образованию, дальнейшее повышение его качества и привлекательности, расширение мобильности студентов и преподавателей. Надо подчеркнуть, что Болонская декларация не является директивным, обязательным для исполнения закона. Это рамочный документ, определяющий, прежде всего, процесс, направленный на формирование единого европейского образовательного пространства. Эта цель должна быть достигнута до 2010 года.

Декларацией предусматривается повышение конкурентоспособности европейской системы высшего образования на мировом рынке образовательных услуг. Болонский процесс, между прочим, бросает вызов всему преподавательскому сообществу. На Международном семинаре по вопросам образования в **Белграде** (октябрь 2005), с названием „Пан-европейская структура Болонский процесс - что после Бергена“, тридцать представителей из Албании, Хорватии, Латвии, Румынии, России, Сербии и Черногории, Словакии и Словении, приняли участие в семинаре. Они обсуждали выполнение Болонского процесса и перспективы на будущее. Рассматривался и вопрос профессионального статуса, надлежащих возможностей для исследовательской и преподавательской деятельности. Условия работы сотрудников университета и его статус являются жизненно важными элементами будущего высшего образования и научно-исследовательской работы в Европе.

Преподаватели должны участвовать в оценке своих университетов. Только так можно гарантировать качество «продукции» Неприемлемо, когда определение качества отдается рынку. При этом частные вузы должны отвечать тем же жестким стандартам, что и государственные. С другой стороны, высшее образование **рискует** утратить одну из своих самых сильных сторон - глубину и фундаментальность

Считаем, что университеты европейских стран должны опираться на итоги, достигнутые в результате собственного развития. Одновременно перед ними стоит задача ответить и на новые требования современной эпохи, в которой мы живем. В Европе существует больше **4000 университетов**, осуществляющих научно-исследовательскую работу, образование или художественную деятельность. Начиная с Болонской декларации 1999 года, позднее на конференциях министров образования европейских стран состоявшихся в Праге (2001), Берлине (2003), Бергене (2005), подчеркивалось чрезвычайное общественное значение высшего образования. И **новый Закон Сербии** о высшем образовании (2005) подчеркивает, что высшее образование представляет деятельность с особым общественным интересом.

Начиная с планетарного уровня, двигателем процесса глобализации является система быстрых перемен в национальных системах ценностей. Европейское пространство высшего образования характеризуют **два полюса** в развитии успешных высших учебных учреждений и университетов. С одной стороны, чувствуются сильные требования к знанию на уровне простого ежедневного конкретного непосредственного применения («знание-рыночный товар»), с другой, существует желание сохранить глубокие научно-фундаментальные ценности и тысячелетнюю высоко образовательную роль университета в обществе.

Весьма значительным фактором дальнейшего развития университета являются руководящие принципы, касающиеся академических свобод и автономии, **гармонизации процесса** образования и научно-исследовательской работы, прежде всего, с национальными системами высшего образования европейских стран. Совершенствование академического движения, **мобильность** преподавательского состава и студентов, как и афирмация конкурентоспособности образовательных и исследовательских услуг, с целью оценки и переоценки качества и эффективности систем высшего образования, также являются неотъемлемой частью актуальной реформы. При этом нужно соблюдать этические, гуманитарные и демократические ценности европейской и национальной традиции каждого государства.

Высшее образование является центральным двигателем общества знания, с неотъемлемой своей составной частью – научно-исследовательской работой. Знание есть мощь. Оно является основанием любого развития. **Банк знания** создает банк капитала, а банк капитала без знания приводит к его банкротству. При этом нужно иметь в виду, что высшее образование обеспечивает не только получение знаний, но и повышение социальной ценности высокообразованного населения и удовлетворение потребности рынка труда. При этом, Болонский процесс оценивается как средство защиты и совершенствования высшего образования и научно-исследовательской деятельности на европейском пространстве и, кроме того, как средство повышения прозрачности и мобильности. Высшее образование и наука, как основа деятельности университета, несут особую социальную ответственность за экономическое, социальное, культурное, экологическое и развитие общества в целом. Нельзя позволить, чтобы эта ответственность была снята. Государства и международное сообщество не должны допустить этого. Так как ГАТС, в рамках Международной торговой организации (WTO), не занимается обеспечением качества, существует реальная опасность, что это соглашение открывает рынок высшего образования для беззащитного получения прибыли.

## **1.2. Общество, государство и университет**

Университеты несут **ответственность** и должны быть подотчетны перед обществом, но с другой стороны они должны сохранять автономию, как предпосылку развития знаний и академической свободы. Высшее образование является общественным благом, и оно должно быть частью общественного сектора.

Надо подчеркнуть необходимость и важность роли государства в создании общих рамочных, юридических и других условий для непосредственного осуществления деятельности научно-образовательных учреждений. При этом и государство, и университет несут взаимную ответственность. Очевидно, что и государству, и высшим учебным заведениям зачастую **нелегко** в условиях коренных политических, хозяйственных, социальных, этнических, культурных и многих других перемен в современном обществе найти наилучшие решения сообразно равновесию между

существующей традицией, с одной стороны, и новаций современного времени, с другой. Такие и другие условия реализации реформ, привели к противоречиям, с которыми встречаются высшее образование и университет. Как в таких условиях найти соответствующие и целесообразные решения? Прежде всего, совместными усилиями, взаимным обменом опыта с помощью мероприятий на каждом уровне, включая как надлежащие органы каждого государства, так заинтересованные международные организации. Государство и университет являются фундаментальными ценностями каждого общества. Мы должны их сохранять и постоянно развивать.

**Государство и университет** имеют бесспорный совместный интерес, из которого происходит и их совместная задача – реализовать, на основании закона, следующие основные цели:

а) Эффективный «обмен научными, экспертными (специальными) знаниями, а также знаниями в области художественной работы»

б) Обеспечение научной, научно-экспертной и художественной работы;

в) Реализация права каждого лица, на основании равенства, получение высшего образования с возможностью постоянного совершенствования в течение всей жизни; и

г) Увеличение числа населения с высшим образованием.

Новая **планетарная тенденция** базируется на основе обмена фундаментальными ценностями цивилизованного общества, в первую очередь, знания для широкого круга населения, а не для элиты „образованных людей“. Надо подчеркнуть, что при этом, университет несет ответственность по соблюдению высокого рейтинга, качеством и традиционной общественной ролью которого всегда отличался. «**Общества знаний**» подразумевают наличие информированных и компетентных граждан, которые способны уверенно решать проблемы быстро меняющегося мира благодаря новым формам обучения и работы. Чтобы получить более широкий доступ к высшему образованию, нужна программа расширения университетов, параллельное наращивание форм и методов академических исследований. Необходимо, чтобы преподавательский

персонал был напрямую вовлечен в эти процессы в качестве разработчиков идей, а также специалистов, которые претворяют их в жизнь. Капиталовложения в будущее для достижения этих задач должны стать обязательными в рамках единого европейского плана – растущая доступность без соответствующих капиталовложений испортит и обесценит будущий академический «продукт»

## **2. Стратегические направления развития университета**

### **2.1. Общие замечания**

Начальной позицией каждого планирования является существующий уровень развития, как и объективная оценка всех факторов, которые могут повлиять на будущие направления реформы наших университетов (материальные, амбиентальные и другие). Человек является счастливым по мере своих возможностей. Оказывается, что в жизни все является вопросом меры. Мы считаем что **консервативные и ультрарадикальные направления** и подходы в реформе в одинаковой степени **нежелательны**. Поэтому мы должны на основе реалий четко обозначить стратегические направления дальнейшего развития наших университетов.

Прежде всего, это касается принципа автономии с ответственностью, предполагающей, что университеты имеют право формировать свою стратегию, выбирать свои приоритеты в обучении и проведении научных исследований, расходовать свои ресурсы, профилировать свои программы и устанавливать свои критерии для приема профессоров и учащихся.

Самая главная и **постоянная задача** университета состоит в обеспечении студентов, и других пользователей его услуг, всеми условиями для приобретения образования, которые пользуется спросом на внутренней и международной бирже знания. **Закон о высшем образовании Сербии**<sup>2</sup> в ст. 2. подчеркивает, что образование такого рода принадлежит международному, особенно европейскому образовательному, научному либо художественному пространству. Соответственно перед университетами ставится конкретная задача гармонизации как с Европейским пространством

---

<sup>2</sup> „Службени гласник Републике Србије“, бр.76/2005.

высшего образования (е. European Higher Education Area – **ЕНА**), так и с Европейским научно-исследовательским пространством (е. Europea Resserch Area – **ЕРА**). На основании документов и европейских стратегических планов (Лиссабон, 2000, Барселона 2002. и др.), Европейский Союз до 2010 года планирует достичь уровня самого развитого хозяйственного региона в глобальном масштабе на основании, прежде всего, применения знания как основного двигателя этого процесса и совокупного общественного прогресса.

Банк знания, полученного на основании научного исследования и его применения в практике, будет строителем банка капитала. В том смысле предусматривается, что вклад в отрасли исследования и в развитие до 2010 года, в каждом государстве – члене Европейского Союза достигнет уровня **3%** общественного производства. Сербия в 2000 году выделила на потребности науки приблизительно 1,5 евро на душу населения, а в 2003 году этот вклад вырос на 8,3 евро. В Словении в 2003 году вклад такого рода достиг 148 евро, в Союзе же он колеблется от 150 до 300 евро. **Капиталовложения** в будущее для достижения этих задач должны стать обязательными в рамках единого европейского плана – растущая доступность без соответствующих капиталовложений испортит и обесценит будущий академический «продукт»

Поскольку **кадры** играют незаменимую роль в применении полученных знаний, предусматривается, что территория Союза до 2010 года нуждается в обучении еще около **700 000** новых **исследователей**. При этом предложения, рассматриваемые в рамках Болонского процесса, **сводятся к следующему**: введение двухуровневого обучения; введение кредитной системы; контроль качества образования; расширение мобильности; обеспечение трудоустройства выпускников; обеспечение привлекательности европейской системы образования.

Исходя из общей стратегии университета, считаем особо важным осуществлять реформу образования на основании **равновесия** между нашей хорошей традицией и новыми вызовами современного времени, отраженными в Болонской декларации. Мир базируется на основе **быстрых перемен** и требований к реализации в жизни научных исследований и полученных знаний. Универ-

ситетская среда может очень **дорого заплатить** как за консерватизм, так и за непродуманный ультрарадикализм в проведении мероприятий, которые реально определены рамками объективной мощности абсорбции, как окружающей среды, так и самого университета. Так же и готовность академического содружества на осуществление реформы является весьма значительным условием и одновременно фактором с трудно прогнозируемым уровнем влияния на процесс реформ. В этом плане надо использовать практику постоянного обмена информацией и мнениями в амбиентальном комфорте академического уважения и взаимопонимания, несмотря на факт существующих различий. Задачи, которые перед нами стоят, сами по себе, оказываются достаточно сложными, так что позитивная коллегиальная атмосфера в работе всех факультетских и университетских органов, способствует восстановлению нормальных условий для ежедневного движения по пути достижения непосредственных целей. Короче говоря, развитие коллегиальности – важнейшая часть высшего образования.

Удовольствие является настоящим, постольку поскольку оно стимулирует нас на постоянные и новые усилия. Имея это в виду, мы просто должны постоянно быть довольными. Один человек, и даже группа людей, не сможет эффективно работать без привлечения широкой потенциальной энергии, которой располагает сообщество.

В стратегии университета необходимым является подход использования знания и потенциала существующей энергии. Задачи менеджмента университета, кроме всего остального, подразумевают приложение усилий к постоянному повышению уровня рабочих условий, а так же творческого и духовного уровня преподавателей и студентов на фоне реализации наших совместных интересов.

Глубоко беспокоит «Болонья» в связи с широким обсуждением глобализации и коммерциализации высшего образования в рамках всемирного рыночного хозяйства. Опыт неевропейских стран подтверждает опасения относительно того, что подобный процесс может разрушить ценность высшего образования и академических исследований, в частности, привести к тому, что будет невозможен объективный взгляд и анализ, без которых современное общество не могло бы существовать.

## **2.2. Факультеты и интегративная функция университетов в Сербии**

Реализация положений Болонской декларации проводится в контексте Концепции модернизации образования в Сербии на период до 2010 года и приоритетных направлений развития образовательной системы Сербии на основании Закона.

В Сербии и в странах бывшей Югославии (СФРЮ), университеты учреждались на основании соглашения о создании ассоциаций отдельных факультетов. При этом и факультет, и университет имели и сегодня имеют, независимо друг от друга, **статус юридического лица**. Компетенция университета охватывала корпус вопросов, имеющий общий совместный интерес для факультетов. Мы считаем, что институциональная автономия должна осуществляться в национальных рамках, она играет роль баланса с другими социальными проявлениями. Участие преподавательского персонала университета в решении любых вопросов является ключевым для борьбы с автократией и коммерциализацией.

Новый Закон о высшем образовании Сербии, принятый 10.сентября 2005 года, позволяет факультетам либо сохранить статус самостоятельного юридического лица, либо перенести его на университет. Пока на практике факультеты, находящиеся в государственной собственности, такое право не использовали и не перенесли собственный статус юридического лица на университет. Но все-таки, по новому законодательству университет получил некоторые права в рамках своей т.н. интегративной функции, которые являются обязательными как для университета, так и для каждого факультета в его составе. **Начало интегративной функции университета** подразумевает осуществление совместной единой политики всеми подразделениями в составе университета (библиотеки, информационные центры, университетские фонды ит.п.), но, в первую очередь, факультетами. При этом не предусматривается восстановление обязательного просторного и статусного институционального объединения членов университета. **Основной целью** функциональной интеграции университета, согласно Закону о высшем образовании, является: а) совершенствование качества преподавания; б) повышение уровня научно-исследовательской



работы и художественного творчества; в) применение единых стандартов в работе сервисных служб и стандартов для баз данных всех университетских факультетов и других подразделений в его составе; г) принятие программ обучения; д) обеспечение и контроль качества; е) утверждение политики приема студентов на каждый учебный год; ж) реализация процесса преподавательского выбора в определенном звании; з) выдача дипломов и приложений к дипломам.

Все эти задачи университета имеют своей целью объединить конкретные и Законом определенные части деятельности, осуществляемые факультетами и другими его организационными подразделениями, достичь более высокой эффективности в работе, сохранения финансовых средств и более быстрой реализаций реформ высшего образования.

Интегративная функция университета состоит в участии его представителей в работе надлежащих органов на уровне Республики. Надо заметить, что в этих органах представители отдельных факультетов представляют сам университет. Таким образом, университет включается в процесс принятия новых нормативных актов, очень важных для реформы высшего образования (например: стандартов аккредитации, оценки себестоимости, оценки качества высшего образования, условий и процедур получения разрешения на осуществление деятельности и др.).

Интегративная функция Университета подразумевает и его постоянную заботу в связи с реализацией конкретных проблем отдельных факультетов (например, вопрос обеспечения помещениями, пополнение оборудования и лабораторий и др.).

### **2.3. Болонские программы обучения, ECTS и начало мобильности**

Программы обучения, в интересах улучшения **эффективности обучения**, между прочим, должны обеспечить мобильность студентов и преподавателей, перемещение с одной на другую программу и должны быть максимально рациональными.

На данном этапе в университетах Сербии, которая присоединилась к Болонье 2003. года, применяются определенные

методы предусмотренные в Болонской декларации и идет процесс большой подготовки к официальной аккредитации отдельных программ, а так же и самих факультетов и университетов. Весь процесс должен реализоваться до сентября месяца 2009. года.

#### **2.4. Обязательство применения «Европейской системы перевода и накопления кредитов»**

Европейская система перевода и накопления кредитов (ECTS), уже широко применяется и представляет универсальный способ коммуникации на академическом институциональном уровне старого Континента.

**Конференция в Цюрихе** по переводу и накоплению кредитов, проведенная в октябре 2002 года Европейской ассоциацией вузов, подтвердила центральную роль ECTS в высшем образовании и в реформе университетов.

На сегодняшний день, ECTS применяется более, чем в сорока государствах — участниках Болонского процесса. Большое количество стран официально применяет ECTS как накопительную систему для своих собственных систем высшего образования, а другие страны, среди которых и Сербия, готовятся к ее широкому применению. В Сербии, на основании нового Закона, ECTS стала необходимой для получения аккредитации. Опыт показал что ECTS одновременно стимулирует каждый университет и факультет на реформу собственных образовательных программ, а так же и на самозвалюацию.

ECTS может быть применена для всех видов программ и подходит как для мобильных, так и для немобильных студентов. Она может быть использована для накопления в одном вузе и для перевода между вузами. Облегчает обучающимся переезд из страны в страну, внутри одной страны, города или региона, а также между различными учебными заведениями. Система **позволяет** гибкость в образовательной деятельности и является предпосылкой широких образовательных профилей обучения. Эти причины повлияли на принятие ECTS в Законе о высшем образовании Республики Сербии, из чего происходит беспорное обязательство факультетов и университетов ввести ее в жизнь и восстановить функционирование такого механизма в практике обучения.

## **2.5. Международное сотрудничество и программы обучения как необходимые условия мобильности**

Самоизоляция от мирового образовательного пространства имеет отрицательные последствия для любую национальную систему образования. В связи с этим, следует объединять усилия по развитию образования, сохраняя при этом национальные достижения и традиции. Это позволит сделать высшее образование более конкурентноспособным. Необходимо развивать международную интеграцию университетов, сохраняя все лучшее из собственного опыта.

Высшее образование и наука, с момента своего появления, не зависят от национальных границ, они транснациональны по своему характеру. В Европейском Союзе считается что не смогут найти свое место среди успешными вузами те университеты которые не осуществляют **стандарт** минимального присутствия на уровне **10%** иностранных студентов. Ихнее присутствие является подтверждением качества программ обучения, а также и основанием получения прибыли. Но, на пути мобильности еще стоят многие препятствия – от получения разрешения на въезд и проживания в стране до признания на родине полученных знаний и квалификации, финансовой поддержки, платы за обучение и профессиональных перспектив. Языковой барьер и экономические различия также влияют на мобильность. Это необходимо преодолеть. При этом надо поддерживать идею подготовки регулярных отчетов по социальному и финансовому положению студентов стран Европы, что поможет создать основу политики финансовой поддержки необеспеченных студентов и студентов из менее богатых стран для их вхождения в Европейское пространство высшего образования и науки. Это в первую очередь должно касаться молодежи из стран Центральной и Восточной Европы для предотвращения «утечки мозгов» из этих стран.

Университет должен создавать и обеспечить условия своим студентам и преподавателям побывать на партнерских учреждениях. **Низкая ступень** международной мобильности студентов на университетах в Сербии является последствием многочисленных факторов, предже всего, закрытости старых программ обучения, а так же и многолетней изоляции домашнего высокого образования из международной университетской сети и соответствующих фондов за поддержку этим процессам.

Универзитет должен на договорном основании с партнерскими вузами реализовать обмен студентами и преподавателями. Организация студенческих программ за получение совместных дипломов, или реализация конкретных программ обучения с участием нескольких партнерских университетов, представляет чрезвычайно хорошее основание мобильности. Университеты должны призывать к расширению программ мобильности как для студентов, так и для преподавателей. Низкий уровень мобильности противоречит одному из ключевых направлений развития обозначенных в Болонской декларации. Университеты обязаны расширять партнерские отношения с вузами в своей стране, а так же и с иностранными партнерами у которых есть актуальные, но и в необходимой мере совпадимые программы обучения.

## **2.6. Университет и положение студентов**

Министры высшего образования из 32 европейских государств подписали в Праге 2001. года **Пражскую декларацию** включившую в Болонский процесс вопрос укрепления роли студентов. Закон Сербии четко определил способ значительного участия студентов в процессе принятия почти всех более значительных решений касающихся процесса преподавания, контроля качества, управления високовузскими учреждениями и т.п. Студенческие парламенты стали обязательными органами университета и факультета.

Участие студентов в покрытии расходов обучения показывает тенденцию роста что, между прочем, является результатом недостаточного участия государства в материальной поддержке высшего образования в целом.

Студенты сталкиваются с большими трудностями финансового характера. В интересе реализации принципа **„одинаковые возможности для всех“**, которого справедливо поддерживает Национальный союз студентов (е. **„The National Union of Students“**), университет является обязанным предпринимать меры с целью обеспечения всем студентам, включая и студентов инвалидов, одинаковую возможность поступления на желаемую программу обучения.

Имея в виду заинтересованность международного сообщества за вопрос востановления единой образовательной системой, университет имеет возможность конкурировать за получение средств из международных источниках финансирования, поддерживающие реализацию таких целей. На фоне улучшения материального положения студентов, университет должен проявлять инициативу к государственным органам с целью обеспечения дополнительных средств за поднимание жизненного и рабочего стандарта студентов.

Отделным источником обеспечения средств является форма взаимного сотрудничества университета и хозяйственных организаций. В этом смысле и Европейская ассоциация высокообразовательных учреждений (е. „**European Association of Institutions in Higher Education – EURASHE**“), считает приоритетом дальнейшее ускорение **сотрудничества** студентов с деловыми субъектами и хозяйственными организациями. На **Университете в Нише**, в Сербии существует хороший опыт сотрудничества нескольких факультетов (среди них и Юридрический), с мультинациональной компании „**Филлип Морисс – ДИН**“, Ниш, с участием Института за международное образование из Будапешта. Через этот проект самые хорошие студенты получают стипендии и имеют финансовую поддержку в реализации своих конкретных студенческих проектов в хозяйстве и проектов представляющие интерес за развитие локального общества. Это хороший пример и надо его дальше развивать и расширять партнерские отношения университета такого рода.

Университет имеет особый интерес постоянно укреплять культурные, художественные, спортивные, рекративные и другие мероприятия от непосредственного значения за более качественное жизненно-духовное развитие студентов. Кроме лучших условий учебы, студентам надо обеспечивать возможности за развитие талантов и подтверждение собственной личности. Таким способом университет сближается с средой и своим окружением, как на внутренем, так и на широком международном уровне.

### **3. Научноисследовательская работа и применение знания в практике**

#### **3.1. Общие замечания**

В своем извещении об имплементации Болонского процесса, Европейская университетская ассоциация (е. „**European University Association–EUA**“) подчеркнула что приоритетом дальнейшего развития Болонского процесса является консолидация исследовательского сектора, как интегративной части высшего образования. В документе Европейской Комиссии „Роль университета в Европе знания“ (е. „**The role of the Universities in the Europe of Knowledge**“, 5.2.2003.), указывается что только 50% исследователей в Европе работает в хозяйственном секторе, пока этот процент в США составляет 83% а в Японии 66%. Данных об этом в странах транзиции нет, но в любом случае они на гороздо нижем уровне.

На основании Закона о высшем образовании Сербии, университет является самостоятельным высоковузовским учреждением, объединяющее образовательно-научную, исследовательскую, экспертную, либо художественную работу, как единный процесс высокого образования. Основной деятельностью университета является реализация процесса высшего образования. Оно имеет особое значение за Республику и является частью международного, в первой очереди, европейского образовательного, научного, а так же и художественного пространства. При этом, надо подчеркнуть что **университет без научной работы не имеет ождаемый и нужный академический уровень**. Она подразумевает исследование и производство знания, которое в процессе едукации получают студенты с целью его применения в практике. Университет имеет задачу, кроме индивидуальной, развивать креативную научную и художественную работу, организовать фундаментальные и апликативные исследования, а так же осуществлять технологическо-инновационные и экспертные виды деятельности. При этом, надо имет в виду что инновационная идея не рождается в научной сфере, а в отрасли общественных потребностей. Университет со своими научными потенциялами, базирующимся на кадрах как на свое самое ценное, с нужной инфраструктурной поддержшкой (современное оборудование, лаборатории, финансовые средства, хорошие

условия работы и т.п.), имеет чрезвычайное общественное значение. Фундаментальные исследования не являются этапом инновационного цикла, а потенциальным источником самого важного элемента инновационной деятельности - обеспечения знания и образовательных услуг через постоянный вид образования предпринимателя и менеджера.

### **3.2. Университет и хозяйство**

Университет имеет задачу прекратить практику так называемой „работы за голубое небо“ (**“blue sky work”**), которая отличается теоретической работой без практической реализации и без подтверждения в практике. Таким образом университет может преодолеть критику и замечания на основании которых „наука идет дорогой, а практика по лесу“. В последнем десятилетии, особенно в США и в Германии, резко увеличиваются т.н.з. инкубатор бизнес центры, как форма сотрудничества университета с хозяйством.

На плане научноисследовательской работы и ее взаимосвязи с хозяйством, на университете можно хорошо использовать форму научных парков через:

а) создания отраслевых инновационных инкубаторов при факультетах, имеющиеся кадрового и другого иновационного потенциала и

б) создания инкубатора на самом Университете на основе объединения инновационного потенциала факультетов, в составе университета.

Основные цели таких парков имеют свой внешний и внутренний вид. Так, как иновация подразумевает обучение за оспособление обучающихся лиц за инновационную практику, развитие инновационного предпринимательства находится в функции поднимания уровня научно-экспертного потенциала как ключевого фактора хозяйственного роста страны. При этом, процесс обучения поднимает способности не только студента, но и преподавателя. В этом смысле делается вклад в более качественное возобновление знания на университете и поднимается уровень его трансфера. „Знание нет знание знать, а знание есть знание - дать“.

Непосредственные внутренние цели содержат, прежде всего, иновационный и коммерческий интерес. Государство значительно

унижает средства университетам и они нуждаются за технологическими парками типа инновационных и научных бизнес инкубатор центров.

Шестая рамочная программа ЕС содержит подпрограмму инновационного развития мелких и средне развитых предприятий. Подпрограмма именно поддерживает исследования в отрасли современных техноинноваций. Этот документ повлиял созданию европейской сети иновационных регионов Союза. Приоритетные задачи в развитии хозяйства, соответственно национальным стратегиям и глобальном мировом направлении, базируются на увеличению уровня иновационной культуры и иновационного предпринимательства. Для функционирования всех типов бизнес инкубаторов нужно является интеракция с високообразовательными институтами, особенно с университетами.

### **3.3. Университет и финансовые вопросы**

Вклад государства и общества в университет не является ущербом. Наоборот, речь идет о расходах, при чем расходы такого рода представляют долгосрочные инвестиции общества в фундаментальные исследования, в техничеcko-технологический, экономический, социальный, здравоохранительный, култмассовый, духовный и каждый другой вид развития общества, на основании которого оно сравнивается с другими организованными обществами в своем окружении. Но, все таки, университету необходимо чем больше развивать способ приобретения собственных дополнительных средств, особенно осуществлением научноисследовательской деятельности, проектов и иновационного трансфера знания.

С другой стороны, не представляет интерес общества, студентов, работодателей и самих университетов простая коммерциализация высшего образования. Появляется все больше свидетельств того, что высокая плата не обеспечивает качества. Напротив, часто ведет к его снижению. Одно из видимых последствий прихода «рынка» в высшее образование – преобладание одних дисциплин над другими по экономическим причинам. Только реальная общественная защита поможет сохранить саму сущность понятия «университет»



Высшее образование является общественным благом. Никто не против частного сектора в высшем образовании, но не надо апладисментами приветствовать рост количества частных услуг и частных заведений, которые демонстрируют коммерциализацию высшего образования. Для обеспечения общественного характера высшего образования в интересах самого общества, студентов и преподавателей, необходимо требовать от частных университетов соблюдения высоких стандартов. Так же, и в общественных университетах необходимо защищать существующие стандарты от пользующей коммерциализации и эрозии качества.

#### **4. Заключительные замечания**

**Самая крупная задача** наших университетов по пути его дальнейшего развития, состоит в продолжении реализации реформ, особенно процесса создания новых программ обучения и совершенствования преподавания согласно стандартам международного уровня. Считаем очень важным подключить все существующие ресурсы и энергию людей, которые знают устранить объективно присутствие слабости которые являются нашей заботой и которые могут устроить равновесие между хорошей традицией национальных образовательной системой и вызовов современного времени. На этом плане очень важную роль имеют государства и межуниверситетское международное сотрудничество. Все вместе несем ответственность за реализацию таких целей и обеспечение соответствующего положения университета, который имеет общественную роль универсального значения.

Поэтому, считаем, что образование должно оставаться общественным благом, а не превращаться в товар. Надо определенно быть против коммерциализации образования и науки имея в виду что политика в области высшего образования и научных исследований является важной составляющей дискуссии о либерализации торговли услугами в рамках Международной торговой организации (WTO). Высшее образование и наука несут особую ответственность за экономическое, социальное, культурное, экологическое и развитие общества в целом. Поэтому нельзя позволить, чтобы эта ответственность была снята.

Высшее образование и наука являются проявлением деятельности университета гражданского общества. Следовательно, необходимо сохранить его общественный характер. Это чрезвычайно важно для генерации, передачи знаний и культуры, расширения их доступности и обеспечения непрерывного образования. Университеты несут ответственность и должны быть подотчетны перед обществом, но с другой стороны они должны сохранять автономию, что является необходимым условием развития знаний и академической свободы.

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

## **САВРЕМЕНА УЛОГА, ЗАДАЦИ И РЕФОРМА УНИВЕРЗИТЕТА<sup>3</sup>**

### *Резиме*

*Процес глобализације обухвата све сфере друштвеног живота, укључујући и област образовања, што представља основ заједничке интеграције европских земаља у јединствен Европски образовни простор. Нова планетарна тенденција почива на преносењу темељних цивилизацијских вредности на све шире слојеве становништва, а не на малобројну образовану елиту „учених људи“. Међутим, пред захтевом за што ширим образовањем, Универзитет је у обавези да очува постојећу традицију, висок рејтинг квалитета и изврности.*

*Циљ Болоњског процеса је ширење приступа европском образовању и даље подизање његовог квалитета. Ваља подвући да Декларација нема карактер императивне примене. Реч је о оквирном документу, који пре свега усмерава процес формирања јединственог европског образовног простора. Сматрамо да би универзитети европских држава требало да се наслањају на резултате које су остварили у процесу досадашњег сопственог развоја. Истовремено пред њима је задатак садржан у трагању за одговорима на нове изазове епохе, чији смо савременици. У Европи постоји више од **4000 универзитета** на којима се остварује образовање, научно-истраживачка, или уметничка делатност. Почевши од Болоњске декларације 1999. године, касније преко конференција министара образовања европских земаља одржаним у Прагу (2001.), Берлину (2003.), Бергену (2005.), истицан је изузетан друштвени значај високог образовања. И нови Закон Србије о високом образовању из*

---

<sup>3</sup> Доклад реализован у оквиру Пројекта Но-149043 Д, Министарства науке и заштите околине Републике Србије.

2005. године подвлачи да високо образовање представља делатност од посебног друштвеног интереса.

Полазећи од планетарног нивоа, истиче се да се покретачка снага савремених кретања у свету заснива на брзим променама у националним системима вредности. Европски простор високог образовања карактеришу **два пола** у развоју успешних високошколских универзитета и других високошколских установа. С једне стране, осећа се силна потреба за знањима на нивоу прости свакодневне конкретне непосредне примене («знање као тржишни производ»), а са друге стране, постоји тежња за очувањем дубоких научно-фундаменталних вредности и хиљадугодишње високообразовне улоге универзитета у друштву.

Веома значајан фактор даљег развоја наших универзитета заснива се на примени руководних начела, која се тичу **хармонизације процеса** образовања и научно-истраживачког рада, пре свега, са националним системима високог образовања европских држава. Унапређење академске покретљивости, **мобилност** наставничког кадра и студената, као и афирмација конкурентности образовних и истраживачких услуга, са циљем оцене квалитета и ефикасности система високог образовања, се такође јављају неопућивим делом актуелне реформе. При томе је неопходно сачувати етичке, хуманитарне и демократске вредности европске и националне традиције сваке државе.

Високо образовање је централни покретач друштва знања, са његовим неодвојивим саставним делом – научно-истраживачким радом. Универзитети не би пружили очекивани ниво уколико се на њима не би неговала научно-истраживачка делатност. При томе, високо образовање обезбеђује не само стицање знања, већ и повећање социјалне вредности високообразованог становништва, уз задовољавање потребе тржишта рада.

Будући да и **Закон Србије**, у чл. 2. наглашава припадност високог образовања наше земље међународном, а посебно европском образовном, научном, односно уметничком простору, пред нашим универзитетима се постављају додатни **задачи прилагођавања Европском високообразовном простору (e. European Higher Education Area – ЕНА)**, као и Европском истраживачком простору (**e. Europea Resserch Area – ERA**). Према документима и европским

стратешким плановима (Лисабон, 2000, Барселона 2002. и др.), **Европска унија** до 2010. године планира да на глобалном плану постане **најдинамичније привредно подручје** на подлози, пре свега, примене знања као основног покретача тог процеса и целокупног друштвеног напретка.

Конзервативизам универзитетске средине може нас **подједнако скупо** коштати као и непромишљено срљање у ултрарадикалне захвате које одређени реално дати и постојећи услови у окружењу или на нашим универзитетима не могу објективно апсорбовати. Сама спремност академске заједнице на промене је веома значајан, али истовремено и **непредвидив** фактор који ће битно утицати на реформске процесе у високом образовању.

**Кључне речи:** универзитет, високо образовање, Болоњски процес, Закон о високом образовању Србије, међународна сарадња



## **ПРИМЕНА ИНСТИТУТА НУЖНЕ ОДБРАНЕ У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ КРИВИЧНОГ ПРАВА**

**Апстракт:** За постојање кривичног дела, у сваком конкретном случају је потребно испуњење више објективних и субјективних односно материјалних и формалних елемената који чине опште биће (општи појам) кривичног дела. То су: дело човека, скривљеност, противправност и одређеност у закону. У случају одсуства неког од ових елемената, нема кривичног дела па ни кажњавања његовог учиниоца. Објективни основи који искључују противправност кривичног дела су законом изричито предвиђени. То су: дело малог значаја, нужна одбрана и крајња нужда. Међу овим општим основима историјски најдужу традицију и посебан значај има нужна одбрана. Према новим законским решењима, то је одбрана која је неопходно потребна да учинилац од свог или туђег добра одбије истовремени противправни напад. За постојање овог института општег дела кривичног права, потребно је кумулативно испуњење два елемента : а) напад и б) одбијање напада који морају да испуне законом предвиђене услове. Управо о појму, карактеристикама, правној природи, условима за постојање, облицима прекорачења и дометима примене овог института у теорији и пракси кривичног права говори овај рад.

**Кључне речи:** кривично дело, искључење противправности, напад, одбијање напада, истовременост, прекорачење, казна

## 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Правна теорија и филозофија права данас су сагласне да постоје одређена права човека која се сматрају природним правима, фундаменталним, иманентним и неотуђивим од постојања и бити самог човека. Међу тим основним, елементарним, универзалним природним правима човека свакако се по свом значају и садржини издваја право на живот. Практично од свих човекових права, право на живот у највећој мери поседује природно-правни супстрат (јер је очигледно да је живот у природном и логичном смислу неопходна претпоставка за постојање и остваривање свих осталих човекових права).

Основни циљ, намера и сврха човека је да живи. То је дубоко уврежено у његовој природи, својствима и нагонима, то је човекова „природна тежња“. Живот је појам који се обухвата чињенично и вредносно. Он представља добро као позитивно вредновану датост. Добро може бити погођено на разне начине (нпр. природним догађајима), док право човека може повредити односно угрозити само човек. Право је више од добра, оно увек садржи однос према другим људима. Зато и повреда односно угрожавање нечијег права на живот увек подразумева постојање вољне људске радње. Праву на живот, стога одговара обавеза сваког појединца да се уздржи од угрожавања или повреде туђег живота<sup>1</sup>.

Живот човека се штити од рођења до смрти. Он ужива и међународно правну и унутарправну (националну или интерну) заштиту. Сваки напад, повреда или угрожавање живота човека представља противправно и забрањено понашање. Она најтежа и најопаснија понашања су у Кривичном законнику<sup>2</sup> одређена као кривична дела. У нашем правном систему постоји више кривичних дела повреде и угрожавања живота човека. То значи да свако противправно угрожавање и повреда односно напад на живот човека, дакле предузимање активне делатности или пропуштања

<sup>1</sup> З. Стојановић, Право на живот као природно право човека, Правни живот, Београд, број 9/1997. године, стр.6

<sup>2</sup> Службени гласник Републике Србије број 85/2005 : Више : Д. Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са коментаром, Београд, 2007. године



којим се проузрокује последица по ово заштићено добро представља кривично дело одређено закоником за које је прописана одређена врста и мера казне.

## 2. ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ НЕУЖНЕ ОДБРАНЕ

Без постојања неког, и то било ког од општих елемената, нема ни кривичног дела. Но, у животу се могу појавити ситуације у којима једно лице, истина објективно оствари дело које по свом законском опису представља обележје неког кривичног дела одређеног у закону, али због постојања неких посебних околности нема ни кривичног дела. У том случају постоји један од основа који искључују постојање кривичног дела (односно његову противправност или кривицу). По свом значају, карактеру и дејству тако се издваја нужна одбрана као општи, објективни основ који искључује постојање кривичног дела<sup>3</sup>.

Нужна одбрана је од давнина сматрана правом (па чак у неким правним системима и дужношћу). Наша кривично правна теорија прихватила је у начелу објективно схватање правног основа института нужне одбране. Наиме, нема кривичног дела извршеног у стању нужне одбране. Дела нема јер не постоји његов битан, конститутивни елемент – противправност. Дело наиме није противправно јер је дозвољено управо одбијање истовременог противправног напада од свог добра. То одобрење на одбијање напада произилази из захтева правног поретка који увек одобрава заштиту угрожених правних добара ако је то у функцији заштите добара угрожених противправним нападом било које врсте<sup>4</sup>.

Према таквом схватању нужна одбрана се јавља у двојакој улози. То је, прво, самозаштита сваког од противправних напада.

---

<sup>3</sup> Љ. Радуловић, Убиство и нужна одбрана, Правни живот, Београд, број 9/1995. године, стр.131-139; М.М. Шћепановић, О нужној одбрани и крајњој нужди кроз судску праксу, правну доктрину и законодавство, Правни зборник, Подгорица, број 1-2/1996. године, стр.185-203; Д. Јовашевић, Значај нужне одбране и крајње нужде у кривичном праву Правни информатор, Београд, број 4/2005. године, стр.62-70

<sup>4</sup> Д. Јовашевић, Право на живот и нужна одбрана, Правни живот, Београд, број 9/1998. године, стр.43-45

Право на нужну одбрану се правда тиме што сходно нашем схватању материје права и противправности, у случају нужне одбране нападачево добро чија је повреда нужна за одбијање напада престаје да буде правно добро и с материјалног гледишта једна потреба постојања друштва – државе те нема другог елемента у појму противправност. Полазећи пак од гледишта нападнутог, нужна одбрана се појављује као једна потреба постојања друштва – државе пошто ова не може да да у случају нужне одбране правну заштиту од напада коју је примила на себе<sup>5</sup>.

Сходно одредби чл. 19. ст. 2. Кривичног законика Републике Србије (КЗ РС) нужна одбрана је одбрана која је неопходно потребна да учинилац од свог добра или добра другог одбије истовремени противправни напад<sup>6</sup>. Дело учињено у нужној одбрани је дозвољено јер и сам законодавац сматра да је учинилац таквог дела овлашћен на његово предузимање.

Из законске дефиниције произилази да нужну одбрану у смислу института кривичног права чине два елемента : 1) постојање напада и 2) одбијање напада (одбрана)<sup>7</sup>. Али сваки напад не даје право на нужну одбрану, нити је свако одбијање напада – нужна одбрана. И напад и одбијање напада морају да испуне кумулативно законом одређене услове.

## 1. Услови за постојање напада

Напад је свака радња која је управљена на повреду или угрожавање правног добра или правног интереса неког лица<sup>8</sup>. Он се најчешће предузима радњом чињења, а само изузетно може и нечињењем. Да би напад био релевантан са становишта института нужне одбране, он мора да испуњава одређене услове и то : 1) напад може бити предузет од човека, 2) напад мора бити усмерен против

---

<sup>5</sup> Више : Ј. Авакумовић, *Нужна одбрана*, Београд, 1883. године; Б. Игњатовић, *Нужна одбрана у теорији и пракси*, Добој, 1967. године

<sup>6</sup> Д. Јовашевић, *Нужна одбрана и крајња нужда у новом кривичном законодавству Србије и Црне Горе*, Зборник радова, Казнено законодавство – прогресивна или регресивна решења, Будва, 2005. године, стр.327-339

<sup>7</sup> Д. Јовашевић, *Кривично право*, Општи део, Београд, 2006. године, стр.90-92

<sup>8</sup> Ј.Шиловић, *Нужна одбрана*, Загреб, 1910.године, стр.97

било ког правног добра или правног интереса човека, 3) напад мора бити противправан и 4) напад мора бити стваран<sup>9</sup>.

1) *Напад може бити предузет само од човека.* – Уколико напад не долази од човека већ од животиње или неке природне силе, онда постоји опасност као елеменат крајње нужде, али не и нужна одбрана. Међутим, ако је човек усмерио природну силу (бујицу, одрон земље или камена) да би угрозио другог или неко његово правно добро или ако је животиња (опасан пас, бик или опасан коњ) само средство којим се угрожава заштићено добро, онда се такође ради о нужној одбрани. Када окривљени пса кога је на њега нахушкао оштећени ножем повреди чини кривично дело оштећења туђе ствари у нужној одбрани. Приватни тужилац је нахушкао свог пса вучјака да уједе окривљеног повицима „држи га, држи га“ па је окривљени тада дограбио нож којим је замахвао испред себе спречавајући пса да му се приближи и тада га је закачио ножем и повредио<sup>10</sup>.

Напад може долазити од било ког човека без обзира на његову: узраст, урачунљивост и кривицу. Он може бити извршен било којом радњом, чињењем или нечињењем као и употребом било ког средства или начина које је подобно за повреду или угрожавање неког правног добра<sup>11</sup>. Оптужени је деловао у нужној одбрани након што је оштећени као физички јачи и снажнији те и познавалац боксерске вештине без повода напао оптуженог, притиснуо га уза зид и песницом ударио у пределу лица, па је оптужени одбијајући напад употребио пиштољ и испалио један метак у стомак оштећеног наносећи му тешку телесну повреду<sup>12</sup>.

Дакле, нужна одбрана је дозвољена у случају постојања напада (тренутног или садашњег) као и у случају постојања напада који предстоји. Када напад непосредно предстоји фактичко је питање које суд утврђује у сваком конкретном случају оценом свих околности учињеног дела и личности учиниоца. Напад непосредно

<sup>9</sup> Д. Јовашевић, Кривичноправни значај института нужне одбране, Правни зборник, Подгорица, број 1-2/1998. године, стр.128-143

<sup>10</sup> пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2878/91

<sup>11</sup> П.Новоселац, Кривично право, Кривично дјело и његови елементи, Осијек, 1990. године, стр.35-36

<sup>12</sup> пресуда Врховног суда Црне Горе Кж. 104/94

предстоји када постоји могућност (времено и месно) блиског извршења нападне делатности<sup>13</sup>. Но, то не значи да је нужна одбрана дозвољена против будућих, временски и просторно неодређених, али наговештених напада. Мере опреза и превентивне заштите против наговештених или очекиваних напада, допуштене су само ако не прелазе неопходне мере тога тренутка.

2) *Напад мора бити усмерен против било којег правног добра или правног интереса.* – Добра која се нападају или угрожавају нападом у смислу нужне одбране могу бити различита<sup>14</sup>. Најчешће се напада живот и телесни интегритет, али то могу бити и имовина, част, углед, полна слобода, морал. Објект или предмет напада могу бити било која правна добра или правни интереси. Закон не наводи изричито која су то добра која су предмет напада у смислу нужне одбране. Тако напад може бити управљен против било ког правног добра нападнутог лица, али и против било ког правног добра другог физичког или правног лица. Тако напад може бити усмерен на повреду имовине предузећа, установа или других организација, али и против безбедности државе и њеног уставног уређења.

Дакле, нужна одбрана постоји не само у случају одбијања напада од свог правног добра већ и код одбијања напада од било ког добра другог лица (физичког или правног) ако оно само није у могућности да такав напад одбије. У кривичноправној теорији има схватања који случајеве одбијања напада од других лица не сматрају нужном одбраном већ то називају „нужна помоћ“. У сваком случају обим и потреба одбране зависе у првом реду од природе правног добра које је нападнуто или угрожено.

3) *Напад мора бити противправан.* – Напад је противправан када није заснована на неком правном пропису односно када се не предузима на основу неког законског овлашћења. Дакле, напад који

---

<sup>13</sup> Т. Живановић, Кривично право Краљевине Југославије, Општи део, Београд, 1935. године, стр.231

<sup>14</sup> Ретка су данас кривична законодавства која ограничавају примену института нужне одбране на заштиту одређених добара. Тако нпр. члан 3. став 1. аустријског кривичног законика примену овог института везује само за напад на живот, телесни интегритет, здравље, слободу и имовину ( Е. Foregger, Е. Serini, Strafgesetzbuch, Wien, 1989. године, str.4)

је предузет у вршењу службе на основу законског овлашћења није противправан и против њега није дозвољена нужна одбрана<sup>15</sup>. Међутим, ако овлашћено лице прекорачи границе законског овлашћења, онда се такво прекорачење овлашћења претвара у противправан напад против кога је дозвољена нужна одбрана. Са друге стране, и прекорачење нужне одбране се претвара у противправан напад на који нападач има право одбране (јер се сада он налази у стању нужне одбране).

У том смислу нам судска пракса даје обиље интересантних примера: Када дође до међусобног обрачуна између оптужених у коме један на другог пуцају могуће је да се оба оптужена истовремено налазе у противправном нападу и да се ниједан од њих не може позивати на нужну одбрану<sup>16</sup>; Када је учинилац озбиљном претњом да ће напасти на живот или тело угрозио сигурност приватних тужилаца који су неовлашћено продрли у његов стан у коме се он налазио са породицом, узео пиштољ и уперио га у приватне тужиоце тиме је одбијао од себе и другог истовремени противправни напад приватних тужилаца<sup>17</sup>; Када су оба оптужена пуцала један на другога могу бити истовремено оглашени кривим за извршење кривичног дела убиства у покушају и да при томе ниједан од њих не буде у нужној одбрани или у њеном прекорачењу<sup>18</sup>; Када је окривљена, док су припадници полиције њеног сина који је пружио отпор приликом интервенције савлађивали, пришла и ударила мотком припадника полиције и нанела му телесну повреду, не може се позивати на нужну одбрану<sup>19</sup>.

Право на нужну одбрану постоји без обзира на то да ли је нападач свестан противправности свога напада или не. Наиме, довољно је да нападнуто лице напад схвата објективно. Није од значаја да ли је нападач крив или није, као ни то да ли је његово дело кажњиво. Противправан напад тако може да буде предузет и од детета или чак и од неурачунљивог лица. То даље значи да исто тако није дозвољена нужна одбрана на нужну одбрану.

<sup>15</sup> В. Марковић, Употреба средстава принуде и нужна одбрана, Правни информатор, Београд, број 3/2001. године, стр.62-66

<sup>16</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 512/91

<sup>17</sup> пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1621/96

<sup>18</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1349/92

<sup>19</sup> пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1742/2004

Но, у животу се могу јавити различите ситуације када нападнуто лице предвиђа могућност да доласком на одређено место и у одређено време због односа са неким лицем може бити нападнуто. Ако пак и тада дође до предвиђеног напада, и он се сматра противправним. Још је спорнија ситуација када лице скриви односно изазове напад. Дилеме нема ако је нападнути претходно угрозио нечији интегритет или имовину. Спор може настати ако се скривљени напад манифестује вербално или само конклюдентним радњама које иритирају, изазивају, провоцирају или омаловажавају, ниподаштавају нападача. Оптужени се не може позивати на нужну одбрану или њено прекорачење када је изазвао сукоб и инсценирао напад оштећених које је усмртио<sup>20</sup>.

Ту треба имати у виду социјалну компоненту института нужне одбране. Наиме, нужна одбрана постоји ради заштите права од неправда па стога злоупотреба овог института није дозвољена. Ако је нападнути смишљено изазвао или испровоцирао напад да би га искористио и тако повредио нападача (наводног) или неко његово добро, онда нападнути нема право на нужну одбрану. Такви су случајеви познати као фингирана нужна одбрана<sup>21</sup>.

Када суд нађе да је кривично дело извршено у нужној одбрани мора у изреци пресуде да наведе радње убијеног лица које представљају истовремени противправни напад на учиниоца<sup>22</sup>.

Ако суд нађе да је кривично дело извршено у нужној одбрани, мора у изреци пресуде дати опис напада<sup>23</sup>.

4) *Напад мора бити стваран.* – Он, наиме, мора да постоји реално, стварно у спољном свету. То значи да је потребно да је напад отпочео или да непосредно предстоји. Да ли напад постоји ли не, фактичко је питање које суд решава у сваком конкретном случају. Типичан пример стварног напада је угрожавање живота или тела другог лица. Ако напад не постоји стварно, већ је нападнуто лице имало погрешну или непотпуну представу односно илузију о његовом постојању, нема напада па ни основа за нужну одбрану. У таквом случају постоји путативна, уображена, привидна или

<sup>20</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1278/2003

<sup>21</sup> Lj. Bavcon, A. Šelih, Kazensko pravo, Splošnij del, Ljubljana, 1987. године, стр. 151

<sup>22</sup> пресуда Савезног суда Кзс. 15/95

<sup>23</sup> решење Округног суда у Београду Кж. 1810/96

тобожња нужна одбрана. Оваква одбрана не искључује постојање кривичног дела, али може бити основ за искључење кривице<sup>24</sup>.

Дакле, путативна нужна одбрана представља у ствари недостатак свести нападнутог о некој стварној околности напада. То је у ствари погрешна представа и уверење да постоји напад уперен на повреду неког његовог добра. Ова заблуда може да се односи и на свест о противправности напада (када постоји правна заблуда). Другим речима, путативна нужна одбрана се своди на неотклоњиву заблуду у ширем или у ужем смислу да се нападнути налази у стању реално и објективно потребне нужне одбране. Приликом оцене постојања нужне одбране или њеног прекорачења мора се догађај посматрати у целини, а то значи да се догађај не може свести и ограничити само на оно што се дешавало између оптуженог и покојног (дакле оштећеног) непосредно пре пуцања из пиштоља<sup>25</sup>.

## 2. Услови за постојање одбране

Одбрана или одбијање напада је свака радња нападнутог лица која је усмерена на отклањање, спречавање или одбијање напада. Одбијањем напада и сам нападнути повређује или угрожава неко правно добро нападача. Ова повреда или угрожавање представљају у суштини формална обележја неког кривичног дела из законика (најчешће се ради о кривичном делу против живота или телесног интегритета)<sup>26</sup>. Тек ако нападнути у одбијању напада учини кривично дело према неком нападачевом добру може се говорити о постојању института нужне одбране<sup>27</sup>. Као нужна одбрана се сматра не само одбрана од напада којим се угрожава сигурност живота нападнутог лица већ свака одбрана од истовременог и противправног напада уколико је таква одбрана била неопходно потребна за одбијање напада<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> З. Стојановић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 1999. године, стр.22-24

<sup>25</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 474/91

<sup>26</sup> Ђ. Марјановић, Македонско кривично право, Опш дел, Скопље, 1998. године, стр.183

<sup>27</sup> В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Ј. Здравковић, Нужна одбрана у кривичном праву, Ниш, 2004. године, стр.58-69

<sup>28</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 260/70

За појам потребне одбране у смислу казненог права апсолутно је потребно да се незаконит напад одбије кажњивим делом према нападачу. Јер ако одбијање тога не би било каквим кажњивим делом, онда би то био догађај који би стајао ван сфере казненог права<sup>29</sup>. И одбрана као елеменат нужне одбране мора да испуњава одређене услове<sup>30</sup> да би била кривично правно релевантна и то: 1) одбрана се састоји у одбијању напада, 2) одбрана мора бити управљена против добра нападача, 3) одбрана мора бити истовремена са нападом и 4) одбрана мора бити неопходно потребна за одбијање напада.

1) *Одбрана се мора састојати у одбијању напада.* – Ако пак одбрана није управљена на одбијање или спречавање напада, онда она и није елеменат нужне одбране. Одбрана у ствари зависи од постојања напада. Какав је био напад, таква мора бити и одбрана. Нападнуто лице није дужно да измиче пред нападачем, већ је напротив у циљу одбране правног добра овлашћено да истовременим противправним нападом на нападачева правна добра осујети односно онемогући постојећи противправни напад<sup>31</sup>.

2) *Одбрана мора бити управљена против нападача и то против било ког његовог правног добра или правног интереса.* – Та добра могу бити различита као што су: живот, тело, имовина, част, углед, достојанство личности, иако се у пракси најчешће јавља управо живот и телесни интегритет нападача. Но, у животу се могу десити и такве ситуације када дође до повреде или угрожавања правног добра и нападача, али и неког трећег лица. Тада у односу на добра нападача нападнути поступа у нужној одбрани, а у односу на повреду добара трећег лица налази се у крајњој нужди (ако су испуњени сви закоником прописани услови)<sup>32</sup>. То значи да

<sup>29</sup> Ђ. Авакумовић, Теорија казненог права, Београд, 1887-1889. године, стр.279

<sup>30</sup> У правној теорији заступана су и другачија схватања о условима који су потребни за постојање правно релевантне нужне одбране. Тако се као услови нужне одбране сматрају : 1) одбрана мора бити преко потребна радња, 2) дужност поштеде нападача, 3) помоћ трећих лица, 4) сразмерност нападнутог добра и добра повређеног у нападу, 5) управљеност радње нападнутог и 6) одбрамбена воља (П. Новоселац, Опћи део казненог права, Загреб, 2004. године, стр.170-174)

<sup>31</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1355/94

<sup>32</sup> У делу правне теорије се радње којима се за време стварно постојеће нужне одбране угрожавају или повређују добра трећих несуделујућих лица називају



нападнути ради заштите својих добара не може излагати крајњем ризику правна добра трећих лица. Али ако је нападач користио добра трећег лица у вршењу противправног напада управо као средство тога напада, онда и у случају повреде тих добара постоји нужна одбрана.

3) *Одбрана мора бити истовремена са нападом.* – Истовременост постоји ако је одбрана предузета у време када напад непосредно предстоји или је започео, али само до момента док није престао. Напад предстоји када се из свих околности случаја може закључити да тек што није започео, када је створена таква опасност да ће већ у следећем моменту доћи до повреде правног добра. За почетак напада није пресудан почетак радње која би могла да има одређене директне последице (смрт, телесну повреду, одузимање, уништење или општење ствари). Битна је предузета радња која објективно представља непосредан извор опасности<sup>33</sup>.

Да ли напад непосредно престоји или не, фактичко је питање које суд решава у сваком конкретном случају. Сама претња да ће доћи до напада без предузимања претходних радњи из којих се може закључити да напад непосредно следи, не може бити разлог за предузимање акта одбране. Одбрана ни од будућег напада није дозвољена, али је ипак дозвољено предузимање одређених мера предострожности односно заштитних мера које почињу да делују аутоматски у тренутку отпочињања напада (као што су разни алармни системи повезани са струјним колом и сл.)<sup>34</sup>.

Кад је напад започео, истог тренутка може отпочети и одбрана. Но, често се догађа да нападнути није у могућности да реагује са одбраном истог тренутка када је започео напад. Тада се одбрана предузима у било ком тренутку трајања напада. Трајање одбране се мора поклопити са трајањем напада. Јер када је напад престао, истог тренутка престаје и право нападнутог на нужну одбрану. Свака даља делатност одбране предузета после тренутка

---

просторно екстензивни ексцес (Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Berlin-New York, 1985. године, стр.163)

<sup>33</sup> М. Томановић, *Нужна одбрана и крајња нужда*, Београд, 1995. године, стр. 50

<sup>34</sup> П. Новоселац, *Судска пракса, Нужна одбрана примјеном заштитних мјера*, Хрватски љетопис за казнено право и пракси, Загреб, број 1/1995. године, стр.212-215

престанка напада не улази у оквир права на нужну одбрану, већ улази у оквир института прекорачења нужно одбране као реакција и освета за нанесено зло у претходном нападу.

Напад је прошао ако су правна добра нападнутог повређена односно када је проузрокована опасност (као врста последице код кривичних дела угрожавања). Напад је прошао и кад је нападач предузео радњу напада, али стицајем случајних околности није дошло до повреде добра нападнутог<sup>35</sup>.

Када су оба окривљена која су оптужена за тешку телесну повреду који се у кафани посвађају са оштећеним и његова два друга па проценивши да ће их ови напасти, напусте локал и пођу кући да би после стотинак метара били сустигнути од стране оштећеног и његових другова који су почели да их туку, па тада првоокривљени побегне у своје двориште где је чувши пуцањ у правцу где је остао другоокривљени дограби секиру и отрчи до другоокривљеног па му дода секиру и он тада замахујући према оштећеном и његовим друговима којима је био окружен овога тешко телесно повреди, чине кривично дело тешке телесне повреде у нужној одбрани<sup>36</sup>.

Лака телесна повреда је нанета у нужној одбрани када је учинилац после свађе оштећеном секиром нанео повреду пошто је претходно бежао од оштећеног који га је јурио са каменом у руци<sup>37</sup>.

Право на нужну одбрану престаје ако је напад трајно, коначно и дефинитивно престао, али не и када је напад само привремено на тренутак престао, када је прекинут. Када је напад трајно, а када привремено престао, фактичко је питање које судско веће решава у свакој конкретной ситуацији. Напад је привремено престао ако постоји могућност да ће бити сваког следећег момента настављен односно обновљен.

4) *Одбрана мора бити неопходно потребна за одбијање напада.* – Неопходно је потребна она одбрана без које се напад не би могао одбити или отклонити на неки други начин сем да се нанесе повреда неком нападачевом добру. Да ли је одбрана неопходно потребна или није, фактичко је питање у сваком конкретном случају

<sup>35</sup> пресуда Окружног суда у Београду Кж. 651/95

<sup>36</sup> пресуда Окружног суда у Београду Кж. 199/94

<sup>37</sup> пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2007/2005

и ствар је оцене суда<sup>38</sup>. Неопходност нужно потребне одбране представља истовремено и границу постојања института нужне одбране у кривичном праву. Нужна одбрана је институт колизионо правне природе. Наиме, њиме се решава сукоб између два правна добра – добра нападача и добра нападнутог. Она управо и постоји у циљу заштите правног добра неког лица од противправног напада. Стога повреда добра нападача мора бити неопходна, нужна, неизбежна ради одбијања напада. Интензитет одбране је условљен врстом и интензитетом напада. Тај интензитет – и одбране и напада – процењује се објективно. Став и мишљење нападнутог у овом случају су без значаја за ову процену.

Код нужне одбране није битно да ли је употребљена одбрана јачег или слабијег интензитета већ то може да представља околност за оцену да ли је таква одбрана била неопходна за одбијање истовременог противправног напада<sup>39</sup>. Битан је интензитет напада и врста повреде или угрожавања добра које прети. За ову оцену узимају се у обзир различите околности. Неопходност одбране за одбијање напада огледа се даље у примени адекватних средстава у одбрани оним средствима која су примењена и у нападу, у примени таквог начина одбране који одговара управо начину напада, његовом карактеру, природи и интензитету. При одлучивању о постојању нужне одбране или њеног прекорачења при извршењу убиства, треба ценити и која су средства постојала за напад и одбрану, старост нападача и нападнутог, сразмерност у њиховој физичкој снази и спретности<sup>40</sup>.

При оцени ове неопходности узимају се у обзир све околности конкретног случаја као што су личност нападача и нападнутог, сразмера у физичкој снази, њихови ранији односи, место, време, околности и услови напада, средство и начин напада, искоришћавање неке ситуације на страни нападнутог и сл. За оцену

---

<sup>38</sup> У правној теоприји се истиче схватање о највећој могућој штедљивости према нападачу према коме нужна одбрана не представља радњу кажњавања већ служи за заштиту угрожених интереса. Наиме, законска одредба не санкционише "морал убице". (П. Новоселац, Кривично право, Кривично дјело и његови елементи, Загреб, 1990. године, стр. 33)

<sup>39</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 359/71

<sup>40</sup> пресуда Окружног суда у Београду Кж. 524/2006

да ли постоји нужна одбрана или прекорачење нужне одбране потребно је утврдити и оценити не само сразмерност између интензитета напада и интензитета одбране него и употребљена средства за напад и одбрану, снагу нападача у односу на нападнутог, реалне могућности нападнутог за одбијање напада и друге околности конкретног случаја<sup>41</sup>. Окривљени је тако поступао у нужној одбрани када је у дворишту своје породичне куће нападнут и повређен мотком од стране оштећеног па да би од себе одбио истовремени противправни напад овога је телесно повредио на тај начин што га је мотком ударио по глави и нанео му тешку телесну повреду<sup>42</sup>. Када нападач снажним ударцем главом оптуженом нанесе прелом носних костију са великим боловима и када оптужени чекајући нови ударац у немогућности да на други начин одбије напад од себе у стању јаке раздражености удари овог ногом у пределу стомака што доведе до повреде од које овај умре, поступао је у нужној одбрани<sup>43</sup>.

Да би одбрана била неопходно нужна и потребна ради одбијања напада треба дакле да постоји сразмерност (еквиваленција) између вредности нападнутог и нападачевог добра<sup>44</sup>. У разматрању овог иначе веома осетљивог и проблематичног односа сразмерности у теорији кривичног права искристалисало се неколико мишљења.

Према једном, углавном раније прихваћеном схватању између напада и одбране треба да постоји потпуна сразмерност да би уопште постојала нужна одбрана. Прекорачењем ове сразмерности или еквиваленције прелазе се и границе дозвољене нужне одбране и прелази се у ексцес. Тако се из права прелази у направо.

<sup>41</sup> пресуда Врховног суда Косова Кж. 220/79

<sup>42</sup> пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1787/2005

<sup>43</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 552/89

<sup>44</sup> Принцип сразмерности напада и одбране познају и други савремени кривични закони : чл. 52. италијанског кривичног законика (R. Marino, R. Petrucci, Codice penale e leggi complementarii, Napoli, 2004. godine, str.31) , чл. 33. швајцарског кривичног законика (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Bern, 1997. godine, str.14) , чл.122-5 француског кривичног законика (F.S. Pierra. La Guide de la defense penale, Paris, 2003. godine, str. 59), чл. 33. немачког кривичног законика (A. Schonke, H. Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Munchen, 1988. godine, str.17) и чл. 3. аустријског кривичног законика (E. Foregegr, E. Serini, Strafgesetzbuch, op.cit.str.4)

Друго, углавном новије схватање, за постојање нужне одбране не тражи стриктно постојање сразмерности између добара и напада и добара одбране. Тако се и добро мање вредности може штитити повредом добра нападача веће вредности. Дакле, у оцени ове неопходно потребне одбране мора се уважавати сразмерност између два добра – добра нападнутог и добра нападача. Не би била допуштена очигледна несразмера између ових добара, али није потребна еквиваленција између добра нападнутог и добра повређеног или угроженог у одбрани<sup>45</sup>. Право на нужну одбрану није условљено једнаком вредношћу правног добра које је објект напада. Правно добро мање вредности може се бранити повредом нападачевог правног добра веће вредности<sup>46</sup>.

Оцену сразмере између напада и одбране треба вршити применом социјално-етичког принципа. Овај принцип не дозвољава при нужној одбрани велику несразмеру између вредности добра које је угрожено нападом и вредности добра повређеног у одбијању напада. То посебно важи за ситуације када се добра не могу упоређивати ни по значају, ни по карактеру, ни по вредностима. Али сразмерност између одбране и напада не може се оцењивати искључиво према употребљеном средству напада и одбране<sup>47</sup>. Тако је примена института нужне одбране у знатнијој мери ограничена од иначе противправног напада детета, тешког душевног болесника или од лица које није скривљено извршило напад. У таквим случајевима треба прво оценити да ли је нападнути могао да избегне напад или га је могао отклонити без предузимања одбране у облику противнапада. При оцени нужне одбране овај социјално-етички принцип је нарочито потребно примењивати код тзв. багателних напада као што су дечје непромишљености, повреде код спортских такмичења и сл. У овим случајевима се не би могла прихватити као основана, оправдана и неопходно потребна нужна одбрана која је довела до проузроковања телесне повреде наводног нападача.

<sup>45</sup> Т. Живановић, Кривично право Краљевине Југославије, Општи део, оп.цит. стр.234

<sup>46</sup> пресуда Савезног суда Кзс. 4/96

<sup>47</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 805/85

Незнатан повод за сукоб не искључује право на поступање у нужној одбрани ако су за примену овог института испуњени сви остали законски услови<sup>48</sup>.

Нови Кривични законик Републике Србије код разматрања услова за постојање нужне одбране не предвиђа сразмерност као основну претпоставку за примену овог института. Ипак је наша кривично правна теорија, а и судска пракса блиска мишљењима која траже одређену сразмерност (еквиваленцију) као услов за постојање и границу нужне одбране. За постојање сразмерности од великог је значаја могућност избора средстава и начина одбране као и могућност њихове контроле приликом употребе у конкретном случају. За исправност предњих навода могу да нам послуже примери из непосредне судске праксе. Тако Врховни суд Србије у једној својој одлуци<sup>49</sup> констатује да се не могу позивати на нужну одбрану оптужени који су после свађе позвали један другог на тучу, првооптужени пошто га је песницом ударио другооптужени је отишао и донео свој нож и њиме ударио другооптуженог наневши му тешку телесну повреду, а другооптужени је тада успео да му отме нож и њиме нанесе првооптуженом такође тешку телесну повреду.

Исто тако када оптужени изађе да се са оштећеним обрачуна па дође прво до њиховог међусобног гушања није од значаја ко је кога први ударио и не може бити позивања на нужну одбрану или на њено прекорачење<sup>50</sup>.

Када дође до међусобног обрачуна између оптужених у коме један на другог пуцају, могуће је да су оба оптужена истовремено била у противправном нападу и да се ниједан од њих не може позивати на нужну одбрану<sup>51</sup>.

### 3. ПРЕКОРАЧЕЊЕ НУЖНЕ ОДБРАНЕ

Ако нападнуто лице у одбијању противправног напада пређе границе одбране која је неопходно потребна да би се истовремени, противправни напад одбио, постоји прекорачење или ексцес нужне

<sup>48</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1578/83

<sup>49</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 565/90

<sup>50</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 826/86

<sup>51</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 512/91

одбране<sup>52</sup>. Код оцене постојања нужне одбране или прекорачења граница исте, поступање извршиоца дела мора се посматрати у целини тј. од самог почетка напада оштећеног на оптуженог па до наносења повреде оштећеном од стране учиниоца. Једино се кроз комплексно посматрање догађања може правилно оценити да ли су ударци које је оптужени задао оштећеном уследили као стварна нужна мера одбране у одбијању од себе истовремених противправних напада или су уследили у прекорачењу граница нужне одбране<sup>53</sup>.

Прекорачење нужне одбране<sup>54</sup> постоји у сваком случају ако нападнути приликом одбијања напада повреди нападачево добро далеко веће вредности него што је вредност његовог добра угроженог нападом. Ово прекорачење нужне одбране исто тако постоји и у случају ако нападнути узврати одбраном на напад који уопште не постоји или је тај напад постојао, али је већ престао, а одбрана још увек траје па се тек тада нанесе повреда неком нападачевом добру<sup>55</sup>. При томе треба рећи да прекорачење нужне одбране може постојати само ако су испуњени сви услови потребни и за саму нужну одбрану. Дакле, ако нема нужне одбране – нема ни њеног прекорачења.

Када оштећени оптуженог удара рукама по глави, а овај одбијајући напад удари га ножем, чини кривично дело у прекорачењу нужне одбране<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Д. Јовашевић, Т. Хашимбеговић, Основи искључења кривичног дела, Београд, 2001. године, стр. 53-54 ; Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2006. године, стр. 641

<sup>53</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1080/74

<sup>54</sup> У делу правне теорије (посебно немачке теорије која је заснована на тумачењу одредбе чл. 33. немачког кривичног законика) преовладава схватање да прекорачење нужне одбране не искључује противправност учињеног кривичног дела, али смањује учиниочево неправо као што није искључена ни његова кривица, али је она због посебног психичког стања учиниоца смањена. Тако је двоструко умањен криминални садржај учињеног дела (Н.Н. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner teil, Berlin, 1988. године, стр.428)

<sup>55</sup> В. Миладиновић, Карактеристике нужне одбране и њеног прекорачења осветљене судском праксом, Правни живот, Београд, број 1/1975. године, стр. 24-36

<sup>56</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 34/91

Када је оптужени од себе одбио истовремени нескривљени напад оштећеног који га је прво вређао, а затим и физички напао и ударио га пластичном кесом по глави, па ухватио за руку у којој му је био пиштољ и покушао да га удари руком па оптужени тада опалио у оштећеног два метка и нанео му повреде од којих је наступила смрт, извршио је кривично дело у прекорачењу нужне одбране<sup>57</sup>.

Прекорачење граница нужне одбране постоји ако се за време трајања противправног напада, тај напад одбија на начин који с обзиром на околности под којима се напад врши и средства којима се врши, није неопходан<sup>58</sup>.

Када је учинилац одбијајући од себе напад сада покојног, испали у њега један пројектил у правцу трбуха, а потом га је прекорачивши границе нужне одбране, ударио дршком пиштоља по глави, а након тога је испалио и други пројектил у правцу његовог грудног коша, неопходно је утврдити од које је од ових повреда наступила смртна последица<sup>59</sup>.

Теорија кривичног права разликује два облика прекорачења нужне одбране. То су: 1) интензивни експес или прекорачење по интензитету и 2) екстензивни експес или прекорачење по ширини<sup>60</sup>. Прекорачење нужне одбране по интензитету постоји у случају када се употребе таква средства, начини или методи одбране који не одговарају карактеру, врсти, начину и средствима напада односно када они нису неопходни за одбијање напада у конкретном случају па се нанесе знатно већа повреда нападачевом добру него што је претила повреда нападнутом добру.

Прекорачење нужне одбране по ширини постоји у случају када је напад престао, а нападнути тек тада започне са одбијањем "напада" или пак настави са одбијањем напада и после његовог ефективног и трајног престанка, па тако произведе повреду нападачевог добра, дакле произведе повреду која је ван граница неопходно потребне нужне одбране. Ако је напад оштећеног у

<sup>57</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 684/95

<sup>58</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1931/2003

<sup>59</sup> решење Врховног суда Србије Кж. 1866/2005

<sup>60</sup> И. Бојанић, Појавни облици и појам прекорачења нужне одбране, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, број 1/1997. године, стр.43-76



тренутку када је оптужени пуцао већ био престао, а реакција оптуженог је уследила као последица стања јаке раздражености у коју је он био доведен понашањем оштећеног, ради се о кривичном делу убиства на мах, а не о нужној одбрани или њеном прекорачењу<sup>61</sup>. Овај облик прекорачења нужне одбране постоји и у случају када нападнути започне са одбијањем напада пре него што је овај уопште и започет, дакле у време када је напад само претио, био у изгледу али још увек није и "непосредно предстојао".

Када је престао напад од стране оштећених, тиме је престало и право на нужну одбрану оштећеног<sup>62</sup>.

За прекорачење нужне одбране односно за кривично дело које је учињено у оваквом прекорачењу, учинилац одговара по свим правилима о кажњивости. Једина могућност коју закон предвиђа у оваквим случајевима јесте факултативна могућност ублажавања казне по врсти и мери.

Неспорно да је нападнуто лице противправним нападом од стране нападача има право на неопходно потребну и нужну одбрану. Но, ако он ову меру или границу неопходности пређе – чини кривично дело за које одговара. У таквој ситуацији се постављају два питања : 1) да ли је одбрана уопште била нужна за одбијање напада и 2) који је интензитет или сразмерност одбране био неопходан да нападнути спречи или отклони напад, односно напад осујети и тако заштити нападнуто правно добро. Одговор на прво питање заснива се на фактичкој оцени свих конкретних услова у расветљењу напада односно одбијања напада. Одбрана је нужна ако се без ње угрожено правно добро не би никако могло заштитити на неки други начин. Практично решење питања о сразмерности одбране и напада се своди на процену потребне мере за одбијање напада. У давању одговора на ово питање у кривично-правној теорији се разликују два схватања<sup>63</sup>.

Присталице првог схватања сматрају да је важно само установити каквог је интензитета био напад. Ако је наиме постојала стварна опасност за правно добро и ако је та опасност била таквог карактера да се никако није могла избећи онда нападнути по свом

<sup>61</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 635/91.

<sup>62</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 165/92.

<sup>63</sup> М. Томановић, Нужна одбрана и крајња нужда, оп.цит.стр.70

слободном избору бира средство и начин којим ће одбити, спречити, отклонити или осујетити напад. У том случају се и добро знатно мање вредности које је нападом угрожено може бранити повредом добра неупоредиво веће вредности на страни нападача.

Према другом схватању питање сразмере се заснива на критеријуму релативних вредности добара – добра нападнутог и добра нападача. Тек упоређивањем њихове вредности, значаја и карактера утврђује се да ли је одбрана била неопходно потребна или не. Тако уколико нападнути има могућност да напад одбије дефанзивном одбраном потезањем секире као знатно опаснијег оруђа од мотке којом је напад извршен, офанзивна одбрана није дозвољена<sup>64</sup>.

Исто тако када окривљени одбијајући од себе и свог малолетног детета истовремени противправни напад оштећене која је на њих насрнула оклагијом, оштећеног нанесе тешку телесну повреду, тиме је прекорачи границе нужне одбране<sup>65</sup>.

Када учинилац лиши живота покојног на тај начин што је после краће препирке у току које га је покојни ударио француским кључем по глави и нанео му лаку телесну повреду, очекујући нови ударац истим предметом у намери да га убије, извукао свој службени пиштољ, уперео га у покојног који се у том тренутку налазио у другој просторији и испалио један хитац који га је погодио у стомак након чега је он преминуо, чини кривично дело убиства у прекорачењу нужне одбране<sup>66</sup>.

Када окривљени бритвом удари оштећеног у стомак и тешко га телесно повреди чини кривично дело. Али пошто га је претходно у кабинџи лифта где се то догодило оштећени био коленом притиснуо уза зид лифта и ударио песницом у главу, ово дело је учињено у прекорачењу нужне одбране јер је одбијао од себе истовремени противправни напад оштећеног<sup>67</sup>.

Дело које је извршено у прекорачењу нужне одбране може се извршити као и свако друго кривично дело – било са умишљајем било из нехата. Нехатно прекорачење нужне одбране постоји у слу-

<sup>64</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 747/93

<sup>65</sup> пресуда Округног суда у Београду Кж. 582/93

<sup>66</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1232/93

<sup>67</sup> пресуда Округног суда у Београду Кж. 213/95

чају одсуства јасне представе (свести) о престанку напада (односно у случају неотклоњиве стварне заблуде).

За дело учињено у прекорачењу нужне одбране учиниоцу се може изрећи законом предвиђена казна, али се она може и ублажити применом овлашћења из законика (члан 56. КЗ РС). Ово се оправдава чињеницом да се приликом напада нападнути налази у посебном психичком стању у коме је тешко оценити до које је мере и границе одбрана дозвољена, а када она прелази границе неопходно нужне и оправдане одбране. Најчешће се нападнути у тренутку одбијања напада налази у посебном психичком стању страха, узбуђења, јарости који добијају посебан степен интензитета.

У случају када је до прекорачења нужне одбране дошло услед јаке раздражености или јаке препасти изазване нападом суду стоји на располагању и могућност да такво лице у потпуности ослободи од казне (члан 58. КЗ РС).

Стање препасти и страха не појављује се искључиво код реаговања на истовремени противправни напад. Постојање таквог психичког стања извршиоца могуће је и код кривичног дела убиства (односно тешке телесне повреде) и онда када дело није извршено у нужној одбрани. У том случају ово психичко стање не може утицати на примену овог института већ једино као околност значајна за одмеравање казне. С обзиром на то утврђивање стања препасти и страха уз истовремено утврђивање да се није радило о нужној одбрани<sup>68</sup> односно прекорачењу нужне одбране нити о кривичном делу убиства на мах (односно тешке телесне повреде на мах) у оваквом случају не представља противречност о битним чињеницама из пресуде<sup>69</sup>.

Учиниоцу кривичног дела у прекорачењу нужне одбране услед јаке раздражености или јаке препасти суд може изрећи казну у границама законом прописане казне, казну може ублажити или га пак у потпуности може ослободити од казне. Која су то стања јаке раздражености или јаке препасти којима законодавац даје посебан кривично правни значај тешко је унапред рећи. Ова стања се

---

<sup>68</sup> Д. Јовашевић, Убиство на мах и убиство у прекорачењу нужне одбране, Правни живот, Београд, број 9/2005. године, стр. 197-217

<sup>69</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1604/73

појављују у конкретним ситуацијама код сукоба конкретних лица – нападача и нападнутог. Испуњени су услови да се учинилац ослободи од казне за учињено убиство када је почела да пуца у убијеног у условима класичне нужне одбране и када је због посебног психичког стања у коме се налазила наставила да пуца у њега и када је његов напад престао<sup>70</sup>.

Из наведеног произилази да афекти играју велику улогу код института прекорачења граница нужне одбране. Афекти су<sup>71</sup> душевни потреси изазвани навалом осећања, компликованих представама које наступају и пролазе најчешће нагло, већином сужавају свест и пропраћени су телесним појавама. Афеката има више врста. За тему нашег разматрања од посебне су важности два афекта – јака раздраженост и јака препаст. Јака раздраженост, разјареност, помахниталост представља патолошко афектно стање и то по начину настанка, свом току и по патолошким последицама. То је патолошки афекат гнева изазван навалом осећања нанетог зла или зла које непосредно прети. У таквом стању долази до кочења интелектуалних и надражаја моторних функција што има за последицу агресивне, нагонске, импулсивне покрете и реаговања. Препаст је патолошки афекат страха јаког интензитета услед изненадног угрожавања неког правног добра нападнутог. И овде долази до кочења и успоравања интелектуалних функција те после почетног успоравања и блокаде до изненадног одбрамбеног, инстинктивног, нагонског реаговања самоспасавања.

Ова афективна стања јаке раздражености или препасту су блиска стањима привремене душевне поремећености. С тога је на вештацима судско-психијатријске струке тежак и одговаран задатак да полазећи од структуре личности нападнутог, његових карактеристика, конкретних околности учињеног дела, карактера и природе напада и одбране утврди степен афектних стања код учиниоца дела. У животу се тако могу појавити и појављују се многи гранични случајеви када је тешко повући јасну границу да ли афектно стање јаке раздражености или јаке препасту уопште постоји или пак у конкретној ситуацији постоји „обично“ стање раздражености или

<sup>70</sup> пресуда Врховног суда Србије Кж. 1077/95

<sup>71</sup> Д. Јефтић, Судска психопатологија, Београд-Загреб, 1966. године, стр.37

препасти што одређује прекорачење нужне одбране као основ за блаже кажњавање, а не као основ за ослобођење од казне учиниоца тако учињеног кривичног дела. Још је теже поставити прецизне критеријуме за разграничење оних ситуација које се одликују великом сличношћу елемената убиства на мах или тешке телесне повреде на мах односно ових кривичних дела учињених у прекорачењу нужне одбране услед јаке раздражености или препасти. Наравно у свему овоме треба увек имати на уму случајеве када се учинилац приликом предузимања своје радње извршења налази у стању смањене или битно смањене урачунљивости услед дејства патолошких афектних стања<sup>72</sup>.

#### 4. НУЖНА ОДБРАНА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Нужна одбрана представља један од најстаријих општих института кривичног права. Настао је веома рано у вези са потребом да се оправда непосредна заштита и одбрана свог правног добра од истовремено, нескривљеног противправног напада. Нужна одбрана је институт који је данас присутан у највећем броју кривично правних система. То је у сваком случају општи основ који искључује постојање кривичног дела под условом да су у конкретном случају испуњени законом строго прописани услови. Стога ћемо у наставку излагања посматрати појам и карактеристике нужне одбране сходно законским решењима из појединих, нама доступних, кривично правних система, али и сходно решењима у међународном кривичном праву.

##### 1. Међународно кривично право

Претпоставка за примену кривичне санкције према учиниоцу међународног кривичног дела јесте такође постојање његове кривичне одговорности у време предузимања радње извршења. Но, Римски статут (као основни извор међународног кривичног права којим је конституисан стални Међународни кривични суд са седиштем у Хагу) познаје више околности које искључују постојање кривичне одговорности (а не искључење кривичног дела). Међу

<sup>72</sup> Више : В. Тимошкин, Нужна одбрана, Сарајево, 1939. године

овим околностима се налазе и такве које се иначе у појединим националним кривичним законодавствима не сврставају у основе искључења одговорности, већ у основе искључења постојања кривичног дела уопште или пак представљају основе за ослобођење од казне. Римски статут предвиђа више основа искључења кривичне одговорности. Тако су у чл. 31. предвиђени следећи основи : 1) неурачунљивост, 2) интоксикација , 3) нужна одбрана и 4) крајња нужда , док су у чл. 32. предвиђене стварна и правна заблуда, а у чл. 33. наређење претпостављеног и законски прописи<sup>73</sup>.

Нужна одбрана је основ предвиђен у чл.31 . ст.1.. тач. ц. Римског статута. Да би постојао овај основ потребно је испуњење следећих услова : 1) да је међународно кривично дело учињено од стране лица које реагује свесно, 2) да је дело учињено од стране лица у стању како би се одбранило то или друго лице или њихова имовина или у случају ратних злочина да би одбранило своју имовину која је неопходна за опстанак тог или другог лица или имовине која је од виталне важности за извршење војне мисије против претеће и незаконите употребе силе и 3) ако је дело учињено на начин који је сразмеран степену опасност за то или друго лице или њихову имовину. Но, чињеница да је лице било умешано у одбрамбену операцију коју спроводе војне снаге само по себи не искључује кривичну одговорност.

## 2. Албанија

Кривични законик Републике Албаније<sup>74</sup> у другом поглављу под називом: "Кривична одговорност" у члану 19. предвиђа институт нужне одбране. Према овом законском решењу нужна одбрана је основ који искључује кривичну одговорност учиниоца дела. За примену овог института потребно је да је дело учињено у ситуацији када је то лице принуђено (присиљено) да заштити свој или туђи живот, здравље, права и интересе од неправедног, реалног и случајног напада под условом да је таква одбрана била сразмерна

<sup>73</sup> Више : Д. Радуловић, Међународно кривично право, Подгорица, 1999. године; В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Београд, 2003. године ; М. Шкулић, Међународни кривични суд, Београд, 2005.

<sup>74</sup> Criminal code of the Republic of Albania, Official text, Tirana, 1991. године, str.3

опасности од напада. На основу наведеног, произилази да албански законодавац предвиђа могућност примене института нужне одбране само у случају заштите тачно одређених правних добара : живота, здравља , права и интереса. У случају постојања очигледне несразмере између одбране и опасности од напада и врсте напада нападача, представља прекорачење нужне одбране,

### 3. Аустрија

Према Кривичном законнику Аустрије<sup>75</sup> нужна одбрана је предвиђена као институт који искључује постојање кривичног дела у чл. 3. Према овој законској одредби није кривично дело које иако испуњава обележја дела одређена у закону као кривично дело ако је учињено ради отклањања истовременог, некривљеног и противправног напада од свог или туђег добра. Ако је дело учињено у стању раздражености страха или препасти учинилац се неће казнити. Овде дакле закон прави разлику између ситуације када нема кривичног дела и ситуације када се учинилац неће казнити (иако је кривично дело извршено) из чега се може закључити да прекорачење нужне одбране представља околност од значаја за ослобођење од казне.

### 4. Белорусија

Кривични законик Републике Белорусије<sup>76</sup> у члану 13. дефинише нужну одбрану као основ који искључује постојање кривичног дела. Наиме, дело које има обележја кривичног дела предвиђеног у закону али које је учињено у условима нужне одбране. При томе нужна одбрана постоји у циљу заштите интереса државе, јавних интереса као и индивидуалних права лица које се брани или лица које због повреде својине наноси повреду учиниоцу. Овако учињено дело у стању одбране свог или туђег правног добра, не сматра се као кривично дело уколико границе нужне одбране нису прекорачене. А границе нужне одбране се сматрају прекораченим у случају ако предузета одбрана од стране нападнутог лица

<sup>75</sup> E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch, StGB, 9. Auflage, Wien, 1989. godine, str.6

<sup>76</sup> Criminal code of the Republic of Belarus, Official text adopted by 1960. with additions on 1994. Mins, 1994. godine, str.4

очигледно не одговара врсти и опасности напада нападача који је усмерен на повреду туђе својине.

## 5. Босна и Херцеговина

Кривично законодавство Босне и Херцеговине<sup>77</sup> чине четири закона: 1) Кривични закон Босне и Херцеговине – КЗ БИХ, 2) Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине – КЗ ФБИХ, 3) Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине – КЗ БД БИХ и 4) Кривични закон Републике Српске – КЗ РС. Сви кривични закони у Босни и Херцеговини предвиђају нужну одбрану као општи, објективни основ искључења кривичног дела и то у : чл. 24. КЗ БИХ, чл.26. КЗ ФБИХ, чл.26. КЗ БД БИХ и чл.11. КЗ РС на готово истовестан начин. Према овим законским одредбама није кривично дело оно које је учињено у нужној одбрани. Да би одбрана била нужна потребно је да је она неопходно потребна да учинилац од себе или другог одбије истовремени противправни напад и која је сразмерна нападу. Дакле, нужна одбрана мора да испуњава два услова. Прво, она треба да је неопходно потребна и друго, она треба да је сразмерна нападу. Ако учинилац прекорачи границе нужне одбране, може се блаже казнити а ако је прекорачење учињено у стању јаке раздражености или страха изазваног нападом, он се може ослободити од казне. Дакле, учинилац дела у прекорачењу нужне одбране одговара за учињено кривично дело али стање раздражености или страха представља факултативни основ за ублажавање или ослобођење од казне.

## 6. Црна Гора

Кривични законик Републике Црне Горе<sup>78</sup> из 2003. године у чл. 10. одређује појам и елементе нужне одбране као општег, објективног основа за искључење кривичног дела. Према овом законском решењу није кривично дело оно дело које је учињено у нужној одбрани. При томе је нужна одбрана она одбрана која је

---

<sup>77</sup> Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр. 158-160.

<sup>78</sup> Љ.Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр.44-49



неопходно потребна да учинилац од свог добра или добра другог лица одбије истовремени или непосредно предстојећи противправни напад. Ако је пак учинилац прекорачио границе нужне одбране, он се за учињено дело може блаже казнити, а ако је пак до прекорачења одбране дошло услед јаке раздражености или препасти изазване нападом, учинилац се може ослободити од казне.

## 7. Финска

Кривични законик Републике Финске<sup>79</sup> у трећем поглављу под називом "Оправдање и ублажавање", у одељку шест и седам одређује појам и елементе нужне одбране (самоодбране). Према овом законском тексту, самоодбрана постоји ако је (одељак шест) лице учинило кривично дело да би заштитило себе или неког другог лица, своју или туђу имовину од незаконитог напада под условом да је такво дело било нужно за одбијање напада. У том случају се учинилац за проузроковану последицу која је у закону прописана као кривично дело, не кажњава. И даље, у седмом одељку, законик наводи да је самоодбрана оправдана и у случају када је дело учињено у случају незаконитог и на силу уласка другог лица (нападача) у просторију, кућу, имање, брод или када буде ухваћено на делу па пружи отпор према лицу које покушава да на овај начин поврати своју отуђену имовину.

## 8. Грчка

Кривични законик Грчке<sup>80</sup> у чл. 22-24. одређује појам и врсте нужне одбране (самоодбране). У чл.22. Кривични законик одређује да дело које је учињено у самоодбрани није неоправдано односно забрањено и кажњиво дело. А самоодбрана као основ који искључује постојање кривичног дела представља неопходну одбрану од неправедног и непосредног напада другог лица који је упућен против њега лично или према неком другом лицу. При томе је потреба самоодбране одређена степеном опасности напада, вредношћу запрећене повреде, начину и интензитету напада и осталим околностима.

<sup>79</sup> Finnish Penal code, Finnish Ministry of Justice, Helsinki, 1996. godine, str.5

<sup>80</sup> N. Lolis, G. Mangakis, The Greek Penal code, London, 1973. godine, str.44-45

У чл .23. законик одређује прекорачење самоодбране као факултативни основ за блаже кажњавање. Лице које намерно прекорачи границе одбране биће блаже кажњено, а ако се пак ради о нехатном прекорачењу граница самоодбране, тада се учинилац кажњава за нехатно кривично дело. Но, учинилац кривичног дела у стању прекорачења самоодбране може бити ослобођен од казне ако је до тог прекорачења дошло услед страха или збуњености које је настало као резултат напада. У чл. 24. Грчки кривични законик предвиђа случај кажњавања лица које злоупотребљава право на самоодбрану. Наиме, лице које намерно изазове (провоцира) напад од стране нападача у циљу да повреди неко његово правно добро, тиме злоупотребљава законом утврђено право на самоодбрану па се кажњава са учињено дело у оваквом стању.

### 9. Хрватска

Казнени закон Републике Хрватске<sup>81</sup> у чл. 29. предвиђа нужну одбрану изразом „да нема казног дела које је учињено у нужној одбрани“. Нужна одбрана је она одбрана која је преко потребна да учинилац од себе или другога одбије истовремени или непосредно предстојећи противправни напад. Ако учинилац дела прекорачи границе нужне одбране може се блаже казнити, а ако је до тог прекорачења дошло због јаке раздражености или препасти проузроковане нападом, он се може ослободити од казне. Кривични закон Хрватске проширује могућности примене овог института и на случајеве када је учинилац своје дело предузео у време када његово добро или добро неког трећег лица није угрожено нападом већ такав напад непосредно предстоји. Када напад непосредно предстоји, представља фактичко питање које судско веће решава у сваком конкретном случају.

### 10. Израел

Кривични законик Израела<sup>82</sup> у члану 22. дефинише појам и дејство нужне одбране као основа који искључује кривичну

---

<sup>81</sup> П. Новоселац, Опћи дио казног права, Загреб, 2004. године, стр.216

<sup>82</sup> Laws of the State of the Israel, Special volume, Penal law, Jerusalem, 1977. године, стр.15

одговорност. Тако лице може бити ослобођено од кривичне одговорности (факултативни основ) за учињено дело које је у закону прописано као кривично дело ако докаже да је то учињено са разлогом да избегне последицу која се на други начин није могла избећи и која би нанела тешку повреду том или неком другом лицу, његовој части, имовини или части и имовини других лица које је он штитио или лица под његовим надзором при чему су испуњена два услова : 1) да учинилац није учинио повреду која је већа од оног што је било разумно и неопходно у циљу одбијања напада и 2) да је учињена повреда пропорционална избегнутој повреди.

### 11. Македонија

Кривични законик Македоније<sup>83</sup> у чл. 9. предвиђа институт нужне одбране речима да није кривично дело оно дело које је учињено у нужној одбрани. А нужна одбрана је она одбрана која је неопходно потребна да учинилац од себе или другог одбије истовремени противправни напад. Уколико учинилац прекорачи границе нужне одбране он се може блаже укорити, а у случају да је до тог прекорачења дошло у стању јаке (силне) раздражености или страха изазваног нападом учинилац кривичног дела се може ослободити од казне.

### 12. Немачка

Немачки кривични законик<sup>84</sup> о нужној одбрани говори у два законска члана. Тако је у чл. 32. предвиђен институт нужне одбране као основ који искључује противправност кривичног дела. За постојање нужне одбране потребно је да је она неопходно потребна да учинилац од себе или другог одбије истовремени противправни напад. Прекорачење нужне одбране је предвиђено у одредби чл. 33. Према овом законском решењу учинилац се неће казнити за дело које је учинио у прекорачењу граница нужне одбране због раздражености, страха или препасти.

<sup>83</sup> Службен весник на Република Македонија број 36/1997

<sup>84</sup> H. Schonke, A. Schoder Strafgesetzbuch Kommentar, 23. auflage, Munchen, 1988. godine, str.135

### 13. Руска федерација

Кривични законик Руске федерације<sup>85</sup> у чл. 37. као околност која искључује противправност дела предвиђа нужну одбрану. Према овој законској одредби не сматра се кривичним делом проузроковање штете нападачу у стању нужне одбране односно приликом заштите личности и права нападнутог или других лица или законом заштићених интереса друштва или државе од друштвено опасног напада под условом да том приликом није дошло до прекорачења граница нужне одбране. Из законске формулације нужне одбране произилази да је законодавац веома прецизно одредио у којим случајевима је дозвољено право на нужну одбрану. То је у првом реду у случају заштите личности или права нападнутог или других лица или ради заштите законом заштићених интереса друштва или државе. И друго, нужна одбрана постоји само ако при одбрани правног добра није дошло до прекорачења нужне одбране.

У даљем тексту законодавац је изричито навео да право на нужну одбрану имају у једнакој мери сва лица без обзира на њихову професионалну или другу спремину или оспособљеност. Штавише, право на нужну одбрану имају и лица независно од могућности да избегну друштвено опасан напад на други начин или обраћањем за помоћ другим лицима или органима власти. И коначно, сам је закон одредио у којим случајевима долази до прекорачења нужне одбране. Прекорачењем нужне одбране сматрају се наине они случајеви када се ради о умишљајним чињењима која очигледно не одговарају карактеру и степену друштвене опасности напада. Дакле, о постојању прекорачења нужне одбране у сваком случају одлучује судско веће као о фактичком питању када се ради о умишљајном делу (при чему су нехатна проузроковања искључена) које очигледно не одговара карактеру и степену друштвене опасности напада у конкретном случају.

---

<sup>85</sup> I. Fedosova, T. Skuratova, Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji, Garant, Moskva, 2005. godine, str.34

#### 14. Словенија

Казенски законик Словеније<sup>86</sup> у чл. 11. предвиђа институт нужне одбране. Није кривично дело оно које је учињено у нужној одбрани. А нужна одбрана постоји ако је учинилац одбијао непосредни противправни напад од себе или другог при чему је одбрана била неопходно потребна. Уколико је учинилац приликом одбране прекорачио границе „нужне“ одбране услед јаке раздражености или препасти изазване нападом он се може у потпуности ослободити од казне.

#### 15. Швајцарска

Швајцарски кривични законик<sup>87</sup> у чл. 33. предвиђа институт нужне одбране (Notwehr). Наиме, није кривично дело (нема противправног дела) које је учињено у нужној одбрани. Нужна одбрана пак постоји ако се ради о одбијању истовременог и противправног напада од свог добра или другог лица при чему је та одбрана неопходно потребна. Ако је пак дошло до прекорачења границе нужне одбране услед јаке раздражености или препасти која је изазвана нападом учинилац се може ослободити од казне.

#### 16. Шведска

Шведски кривични законик<sup>88</sup> у 24. поглављу под називом: "Општи основи ослобођења од кривичне одговорности", у првом одељку одређује појам и карактеристике самоодбране (нужне одбране). Наиме, према законском тексту, дело које је лице учинило у самоодбрани установљава се кривичним делом само ако је с обзиром на врсту напада, важност циља и околности извршења дела уопште потпуно неоправдано. При томе сам законик набраја кумулативне услове када постоји право на поступање учиниоца у самоодбрани. То су следећи услови: 1) у случају започетог или

---

<sup>86</sup> Kazenski zakonik z uvodni pojasnili B. Penka in K. Stroliga, Ljubljana, 1999. godine, str.78

<sup>87</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch, Stand am 1. April 1996. Bern, 1997. godine, str.7-8

<sup>88</sup> N. Bishop, The Swedish Penal code adopted in 1962. with amendments up 1999. Skokholm, 1999. godine, str.107

непосредно предстојећег криминалног напада на лице или његову имовину, 2) у случају када лице насилно или претњама насиља или на други начин одбија да врати украдени предмет када је ухваћен на делу, 3) у случају када је лице законито извршило провалу или покушало да изврши провалу у собу, кућу, двориште или брод и 4) у случају када лице коме је наређено да напусти боравишно место, одбије да то уради.

## 17. Украјина

Кривични законик Републике Украјине<sup>89</sup> у чл. 15. одређује појам и дејство института самоодбрана. Према овом законском решењу свако лице има право на самоодбрану независно од могућности избегавања напада или да потражи помоћ других лица или органа власти. Самоодбрана се може предузети у циљу заштите интереса или права нападнутог лица или неког другог (физичког или правног) лица, интереса друштва или државе ако се при томе нанесе повреда нападачу при чему су такве делатности биле условљене потребом неодложног спречавања или престанка напада. Такође законик истиче да се не сматра кривичним делом употреба ватреног оружја, других средстава или предмета независно од последица ако се оно користило за одбрану од напада наоружаног лица или напада групе лица, спречавања бесправног насилног уласка у боравиште или другу просторију или ако лице које се бранило није могло због страха или велике узнемирености да оцени тежину напада.

Прекорачење граница самоодбране – односно наношење повреде нападачу у тој мери која не одговара тежини напада или ситуацији одбране - повлачи кривичну одговорност само у случајевима који су посебно уређени законом. Покушаји жртве и других лица одмах после напада са циљем да се на тај начин заустави нападач и његова предаја органима власти – сматрају се самоодбраном ако су били неопходни за задржавање при чему су у свему одговарали (слагали се) са степеном опасности напада и ситуацијом задржавања нападача.

---

<sup>89</sup> М.И.Коржанскиј, Популарниј коментар Криминолног кодексу, Наукова думка, Киев, 1997. године, стр. 45

## 5. ЗАКЉУЧАК

Из предњих излагања произилази несумњиво велики правни и практичан значај института нужне одбране као основа за искључење постојања кажњивих дела у виду кривичних дела или прекршаја. Практично овде се ради о институту општег дела казненог права који својом широм или ужом применом може у великој мери и да утиче на правце казнене политике. Стога је законодавац прецизно (како наш тако и инострани) кумулативно утврдио услове или претпоставке које морају бити испуњене у сваком конкретном случају да би се уопште могло говорити о постојању овог института дајући при томе суду велика овлашћења да у свакој ситуацији утврђује и проверава да ли су испуњени сви потребни услови.

Прекорачењем граница одбране која је неопходно потребна за одбијање истовременог противправног напада од свог добра или добра другог лица нападнути се поставља у улогу нападача који повређује неко правно добро дотадашњег нападача. За то дело суд може учиниоцу изрећи законом предвиђену казну, а може је и ублажити. Уколико је до прекорачења границе неопходно потребне и нужне одбране дошло из нарочито оправданих разлога (под олакшавајућим околностима, у стању јаке раздражености, страха или препасти) учинилац дела се може у потпуности ослободити од казне.

Готово сви савремени кривично правни системи на јединствени начин одређују институт нужне одбране без обзира да ли овај институт сматрају основом који искључује постојање кажњивог дела или основом који искључује противправност дела или основом који искључује одговорност (кривицу). У сваком случају за постојање нужне одбране потребно је да се ради о делу које испуњава формална обележја кривичног дела одређена у закону (или прекршаја) које је учињено ради одбијања истовремено (или непосредно предстојећег) напада од свог добра или добра неког другог лица (при чему ова добра која се штите могу бити изричито наведена као у Кривичном закону Руске федерације) који је нескривљен и противправан.

Мишљења смо да због изузетног значаја и могућности злоупотребе овог института у непосредној практичној примени институт нужне одбране треба рестриктивно примењивати само у случају када су за то испуњени сви законом прописани услови уз стриктно поштовање принципа „неопходно нужно потребне одбране за одбијање напада уз поштовање сразмерности или еквиваленције“.



Dragan Jovašević, LL.D, Associate Professor

## ***THE APPLICATION OF THE INDUCED DEFENSE INSTITUTE IN THE THEORY AND PRACTICE OF CRIMINAL LAW***

### **Summary**

*Existence of a crime in any particular case is preconditioned by numerous objective and subjective, i.e. material and formal elements, which establish the general being (general notion) of a crime. These are: deed of man, guilt, illegality and determination by the law. If any of these elements is absent there is neither crime nor punishment of the offender. Objective bases for exclusion of illegality are explicitly enumerated by the law. They are: minor offence, induced defense, and extreme necessity. Among these bases, historically, of the longest tradition, and of the specific importance is induced defense. According to the latest legislation, that is the defense necessary to the offender to reject the simultaneous illegal attack from his or other's good. For the existence of this institute of the general part of Criminal law, there should be cumulatively fulfilled two preconditions: a) attack, and b) rejection of attack, which both have to fulfill legal standards. It's particularly the notion, features, legal nature, existence requirements, forms of excess, and scope of this institute in theory and practice of Criminal law, that this paper examines.*

**Keywords:** *crime, exclusion of illegality, attack, rejection of attack, simultaneousness, excess, punishment.*



Др Слободанка Константиновић-Вилић, редовна професорка  
Др Миомира Костић, ванредна професорка

UDK: 343.244-053.6

## **ДИВЕРЗИОНИ МОДЕЛИ И АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ ПРИМЕЊЕНЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У СУКОБУ СА ЗАКОНОМ\***

**Апстракт:** У области малолетничког правосуђа дошло је до значајних промена у другој половини 20. века. Те промене су се односиле нарочито на кривичноправно реаговање државе на преступништво малолетника комбиновањем два модела, „заштитничког“ и „модела правичности“. На међународном плану је међународним документима утврђена, а на националном плану у појединим државама прихваћена, примена диверзионих модела и алтернативних санкција. Тако се у савременим системима малолетничког правосуђа суштина реаговања на малолетничко преступништво заснива на подстицању малолетника на промене у понашању, на развијању осећања личне одговорности за своје поступке и њиховог утицаја на друге, укључивању у појединим случајевима жртве/оштећеног у процес реализације мере, на конструктивном решавању у оквиру заједнице, избегавању укључивања формалног судског система и избегавању, увек када је то могуће, кажњавања. Алтернативно поступање садржи велики број процесних могућности изрицања

---

\* Рад саопштен на Међународном симпозијуму поводом 60 година рада и постојања установе „Изазови и перспективе“ (сесија „Континуитет заштите младих са проблемима у понашању“), Васпитно-поправни дом у Крушевцу, Крушевац 11-13. јуни 2007. године. Теоријско истраживање, чији су резултати саопштени у чланку, представља део резултата рада на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Република Србије“, бр.149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

*различитих мера према малолетним преступницима пре покретања кривичног поступка или у току кривичног поступка ради његовог обустављања.*

**Кључне речи:** малолетничко правосуђе, ресторативна правда, диверзиони модели, алтернативне кривичне санкције

1. Диверзиони правно-социолошки концепт заснива се на схватањима Диркема (Durkheim) и Вебера (Weber) и идејама које је средином седамдесетих година XX века изнео норвешки социолог Нилс Кристи (Nils Christie). У основи ових схватања је размишљање о могућностима да се конфликт између жртве и учиниоца кривичног дела реши мирно и вансудским путем. Према тврђењу које заступа Кристи, спор између жртве и учиниоца кривичног дела решава се путем поравнања око захтева за накнаду штете. Држава се ограничава на улогу непристрасног «трећег», који интервенише пре свега неформалним поступцима.<sup>1</sup>

Половином деведесетих година XX века најпре на основу експеримената, а затим и путем примене тзв. «алтернативних мера», у великом броју земаља формирао се сасвим нови научни и друштвени приступ у реаговању на малолетничко преступништво познат као ресторативна правда (restorative justice).<sup>2</sup> Добра искуства у пракси, допуњена позитивним теоријским налазима и подршком

---

<sup>1</sup> Christie, N.: Conflicts as Property, The British Journal of Criminology, London, цит. према Стевановић, И.; Алтернативне кривичне санкције према малолетницима, Актуелна питања малолетничке делинквенције и мере за обезбеђивање присуства окривљеног у кривичном поступку, Српско удружење за кривично право, Копаоник, 26-30-март 1995., стр.29.

<sup>2</sup> Термин restorative justice користи се у енглеском језику и није га лако превести тако да сачува све конотације које у себи садржи: обнављање односа у заједници, поправљање или надокнада штете настале извршењем кривичног дела, промена вредносног система и начина решавања проблема. Термин «реконструктивни» или «обнављајући» најбоље одражава промену филозофије односа друштва према малолетним извршиоцима кривичних дела и њиховом кажњавању. Цит према Константиновић, Вилић, С., Костић, М. Пенологија, СВЕН, Ниш, 2006., стр.299.

правосуђа, утицали су да се примена модела ресторативне правде оцењује као веома ефикасно средство у сузбијању малолетничког преступништва.

Основна поставка ресторативног модела је да циљ интервенције после извршеног кривичног дела није кажњавање нити преваспитање малолетника, већ стварање услова да се поправи штета настала извршењем кривичног дела. За разлику од традиционалних модела код којих се постављају питања: ко је извршио кривично дело; које су законске одредбе повређене; шта треба учинити да се малолетник казни или преваспита, модел ресторативне правде поставља следећа питања: каква је природа штете настале повредом закона; шта треба учинити да се штета поправи или надокнади и ко је одговоран за надокнаду или поправљање штете. Према томе, опција ресторативне правде сагледава штетност извршеног кривичног дела за жртву, друштво и извршиоца, фокусира интервенцију на поравнање и поправљање штете активно укључујући извршиоца који је одговоран за штету коју је учинио.

Приступ ресторативне правде, као алтернатива судском поступку или облик реаговања са становишта «терцијарне превенције», има следеће карактеристике:

- малолетни извршилац кривичног дела мора да преузме одговорност за извршено дело и суочи се са последицама свог незаконитог поступања;
- малолетни извршилац може бити укључен у доношење одлуке о казни и обештећењу;
- проблем преступништва брзо се решава уз јасан поступак и без одлагања;
- постоји укљученост породице и заједнице;
- успоставља се контакт између извршиоца и жртве;
- извршилац чини директну компензацију оштећеном;
- избегнут је контакт и укљученост у формални правосудни систем;
- нема оријентације ка лишавању слободе малолетника;
- процес је осмишљен да омогући реинтеграцију малолетника, а не његово искључење или удаљавање.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Млади у сукобу са законом, UNICEF, Save the Children, 2003, стр.60.

2. Од већег броја аутора који се баве вредносном основном реконструктивног приступа (Dekleva, 1996; Zehr, 1997; Viano, 2000; Seymour i Gregorie, 2002), Pranis<sup>4</sup> најјасније и најсвеобухватније поставио 11 кључних начела филозофије реконструктивног приступа:

- 1- Кривично дело је повреда;
- 2- Кривично дело повређује оштећеног/ жртву, заједницу; малолетног извршиоца и ствара обавезу да се ствари исправе;
- 3- Све стране треба да буду део одговора на извршено кривично дело, укључујући жртву, ако то жели, заједницу и малолетног преступника;
- 4- Поглед из перспективе оштећеног кључан је за доношење одлуке како поправити штету насталу извршењем кривичног дела;
- 5- Одговорност малолетног извршиоца значи прихватање одговорности и деловање у правцу поправљања настале штете;
- 6- Заједница је одговорна за добробит свих својих чланова, укључујући оштећеног и извршиоца;
- 7- Сва људска бића имају своју вредност и достојанство;
- 8- Реконструкција или поправљање штете и поновно успостављање односа у заједници основни је циљ корекцијског састава;
- 9- Постигнути резултати се мере тиме колики је део штете надокнађен/поправљен, а не колика је казна досуђена;
- 10- Контролу над криминалитетом немогуће је остварити без активног укључивања заједнице;
- 11- У оквиру система правосуђа за малолетнике треба уважавати различитост култура и других чинилаца порекла (расног, националног, географског, религиозног, економског, породичног, сексуално-оријентацијског или другог) и свим омогућити једнаку заштиту и правичан поступак.

Све наведене вредности представљају оквир за постављање три циља у оквиру реконструктивног приступа: одговорност

---

<sup>4</sup> Pranis, K.: A Hometown Approach to Crime. State Government News, 39.,9. internet version Database-Master FILE Premier, цит. према Колер-Трбовић, Н., Цвјетко, Б., Корен-Мразоовић, М., Жижак, А.: Модел извансудске нагодбе у казненом поступку према малолетницима и млађим пунољетницима, стр.15,16.

извршиоца, развој вештина/компетенција/карактера извршиоца и заштита заједнице. У практичној примени, основу за остварење ових циљева представља уверење да млади који везани за своју породицу, суседство и заједницу ређе врше кривична дела и тако не угрожавају оне који су им најзначајнији у животу. Ипак, у случају вршења кривичних дела постоји велики број интервентних мера: од интервенција у заједници до интервенција у специјализованим корекционим институцијама. Према схватању Bazemore i Pranis (1997.) заједницу не чини територија, већ породица, суседство, родбина и друге значајне особе из социјалне мреже малолетног извршиоца и оштећеног.

3. Кључни учесници у реконструктивном приступу су: малолетни извршилац, оштећени (жртва), друштвена заједница и стручњак у правосудном/корекционом систему. Сваки од ових учесника има различиту улогу у ресторативном процесу.<sup>5</sup>

Малолетни учинилац мора да преузме одговорност, да се суочи са оштећеним и представником заједнице и да активно ради да надокнади штету. Због тога он суделује у активностима које подижу квалитет живота у заједници, стиче нова искуства, постаје продуктиван члан заједнице, развија унутрашњу контролу понашања и укључује се у нове групе вршњака унутар друштвене заједнице.

Оштећени/жртва активно и добровољно учествује у свим фазама програма посредовања, сведочи о постојању психолошких и материјалних последица дела и помаже у избору санкције. Осим тога, оштећени/жртва може да има увид у процес рехабилитације и да партиципира у програмима за жртве. Задатак оштећеног је такође и да се активно бави питањима сопствене сигурности у заједници и страха од малолетничког криминалитета.

Члан заједнице се укључује у ресторативни процес као волонтер, мадијатор, фацитатор, водитељ панел дискусије о развоју услуга заједнице и осигурању радних места за малолетнике

---

<sup>5</sup> Guide for Implementing the Balanced and Restorative Justice Model (<http://www.ojjdp.ncjrs.org/PUBS>

[implementing/rolechanger.html](http://www.ojjdp.ncjrs.org/PUBS/rolechanger.html), цит. према Колер-Трбовић, Н., Цвјетко, Б., Корен-Мразоовић, М., Жижак, А.: Модел извансудске нагодбе у казненом поступку према малолетницима и млађим пунолетницима, стр.18.

и он подржава малолетнике у процесу извршења алтернативне мере. Важно је да члан заједнице суделује у стварању нових могућности у заједници за малолетнике како би се оснажио њихов осећај припадности заједници. Такође, члан заједнице омогућава стварање „надзора младих“ и суделује у препознавању проблема у заједници.

Стручњак у правосудном/корекционом систему фацилитира програме посредовања и помирења, ствара услове за омогућавање сусрета, креира програме, едукује чланове заједнице о њиховој улози, финансијској помоћи и сл. Задатак стручњака у правосудном систему је да развија нову улогу малолетника у процесу њихове рехабилитације, да развија партнерство са заједницом, помаже породици и школи у настојању да контролишу понашање у заједници и развија превентивне потенцијале заједнице.

4. Разне врсте мера и стратегија које се заснивају на моделу ресторативне правде и филозофији реконструктивног приступа, данас представљају доминантан начин реаговања на малолетничку делинквенцију у великом броју земаља Западне и Централне Европе, Северној Америци, Аустралији, Новом Зеланду и неким афричким земљама. У нашој земљи, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица такође предвиђа примену одређених васпитних налога уместо покретања кривичног поступка или у циљу обуставе поступка према малолетном делинквенту.

Постоје две врсте мера које се могу применити према малолетним делинквентима у оквиру ресторативног правосуђа. То су. диверзионе мере које се примењују пре него што се малолетник укључи у судски поступак и алтернативне казнене мере, које се примењују према малолетницима који су укључени у судски поступак. Диверзионе мере се могу применити и у односу на малолетнике према којима се води судски поступак.

Диверзионе мере пре укључивања малолетника у судски поступак могу да примене разне државне и локалне агенције, службе или друга тела која треба да се учествују у овом процесу. Диверзија у овој фази често подразумева **посредовање** између малолетног извршиоца и жртве. (victim-offender mediation)

**Посредовање** између малолетног извршиоца и жртве, као облик реаговања на малолетничку делинквенцију, почео је да се



примењује 1988. године у САД у држави New Mexico, као пројекат невладине организације Центар за решавање конфликта у сарадњи са службом за пробацију. У овом програму посредници су били волонтери из локалне заједнице који су завршили одређени тренинг. Упућивање на посредовање могао је да изврши службеник пробације, тужилац или суд и оно се примењивало у различитим фазама поступка. У Норвешкој је 1991. године према Закону о општинским посредничким одборима дошло до примене посредовања као алтернативе кривичном гоњењу када се радило о малолетним учиниоцима, примерним делинквентима који су извршили лакша кривична дела. У данској је 1995. године, као једногодишњи експеримент, почео да се примењује програм посредовања у пет полицијских области, али не као алтернатива кривичном гоњењу, већ уз постојеће кривичне санкције.

Примена посредовања подразумева испуњење два услова: 1) признање малолетника да је извршио дело и извињење жртви; 2) договор између жртве и малолетника да малолетник поправи штету коју је нанео жртви. Ово се обично своди на финансијску надокнаду или договор о раду по коме малолетник треба нешто да уради за жртву, као, на пример, чишћење дворишта, рад у кући и сл. Посредовање је веома корисна метода диверзије у случају извршења кривичних дела са мањим степеном друштвене опасности, као што су лакши имовински деликти – ситно дело крађе, крађа, утаја и сл. За успех посредовања веома су важне способности које има посредник. Поред знања која омогућавају разумевања искуства жртве и знања о развојним особинама деце и младих, посредник мора да поседује медијацијске и вештине решавања сукоба, комуникацијска вештине, вештине фацилитуирања и сл. Врло је важно да се приликом примене ове диверзионе мере поступа у складу са чл. 40 (3) Конвенције УН о правима детета, да се малолетник не присиљава да призна дело и да се у потпуности обавести да у сваком моменту може да се одрекне диверзионог поступка и затражити званични судски поступак.

Поред посредовања, постоји низ других диверзионих модела поступања са малолетним преступницима: поправни одбор локалне заједнице (постоји од 1995. у неким градовима САД), заједнички породични састанак или породични суд (од 1989. постоји у Новом

Зеланду а од 1991. у Аустралији и неким државама САД), одлучивање у кругу (од 1992. у неким државама САД) и суд за малолетнике (од 1970. у САД а затим у Канади, Немачкој, Јапану).

Позитиван утицај диверзионих модела практично је потврђен истраживањима која показују да упозорење и опомена могу имати трајан утицај на живот малолетника и да га могу одвратити од вршења кривичних дела.

5. Алтернативне казнене мере примењују се према малолетницима према којима се води судски поступак али их је потребно одвратити од институционализације или примене институционалног третмана. Као што постоји велики број диверзионих мера, тако постоји и велики број алтернативних мера које дозвољавају флексибилност и могу се комбиновати. Те мере обухватају:

- налоге за старање, саветовање и надзор,
- условни отпуст,
- налог за обављање друштвено корисног рада,
- новчане казне, надокнаду и повраћај,
- налоге за лечење,
- налоге за присуствовање групном саветовању и сличним активностима,
- налоге који се односе на образовање

Поред наведених мера широку примену има **поравнање** између извршиоца и жртве кривичног дела. Поравнање је резултат посредовања између жртве и извршиоца и, према дефиницији коју је дала Експертска група за поравнање у кривичним поступцима при Савету Европе, поравнање треба да жртви и извршиоцу омогући, уколико то желе, активно учешће у решењу спора насталог услед чињења кривичног дела и то уз помоћ неутралне, треће особе – службеника који врши поравнање. Модел поравнања између прекршиоца и жртве у кривичном поступку највише се развио у Норвешкој, Француској, Аустрији, Немачкој, Белгији, Канади и САД. У свим овим земљама постоје различити начини спровођења поравнања и тражења алтернативних решења уместо кажњавања. Идеја Nilsa Christia да су конфликти власништво људи, а да их је држава украла како би могла да их држи и решава по своме<sup>6</sup>,

<sup>6</sup> Christie, N.: Conflicts as Property, The British Journal of Criminology, London, 1977/1, стр.1-15.

оригинална је подлога поравнања, посебно модела који је развила Норвешка у којој постоји систем одбора у локалној заједници са добровољцима као службеницима који врше поравнање. На тај начин конфликт који је настао између извршиоца и жртве услед извршења кривичног дела, поново је у власти људи и само од њих зависи како ће решити спор и санирати последице.

Последњих година многе државе уводе у своје кривичне законе поравнање као облик алтернативног решавања конфликта насталог извршењем кривичног дела и бројне конференције, семинари и стручна саветовања посвећена су овој теми. У Словенији је Кривичним законом из 1995. године у чл. 77 ст.2 предвиђено да се «поравнање са оштећеним лицем може извршити на одређене начине, тако да малолетник извињењем, плаћањем, радом или на неки трећи начин надокнади оштећено, односно оно што је својим кривичним делом проузроковао». У Републици Хрватској се у оквиру примене чл. 64 Закона о судовима за младеж препоручује примена «извансудске нагодбе», односно поступка поравнања када државни тужилац одлучује о сврсисходности покретања кривичног поступка према малолетном делинквенту.

Поравнање као алтернативна мера предвиђено је и у нашем кривичном законодавству у оквиру кривичноправних одредби о малолетницима. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у чл. 7 предвиђа као један од васпитних налога поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела.

6. На међународном плану посебним документима наглашава се значај примене алтернатива институционалном третману. Стандардна минимална правила Уједињених нација за алтернативне казнене мере или Токијска правила усвојена резолуцијом Генералне скупштине 45/110 14.1.21990. године промовишу употребу незаоводских или алтернативних казних мера, као минималне правне заштите за особе којима се изричу мере алтернативне затварању. Намена правила је да се друштвена заједница више укључи у управљање кривичним правосуђем, а посебно у третман преступника, као и да се међу преступницима промовише осећај одговорности према друштву. Примена Правила је предвиђена за

све особе које су предмет гоњења, суђења или извршења пресуде и за које се користи термин «преступници»

Предвиђено је да ће се Правила примењивати без икакве дискриминације на основу расе, боје, пола, доби, језика, вероисповести, политичког и другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовинског стања, места рођења или другог статуса.

У погледу броја алтернативних мера, Правила наглашавају да систем кривичног правосуђа треба да обезбеди примену широког спектра алтернативних казних мера, од фазе пре суђења до фазе после изрицања пресуде. Примена алтернативних казних мера, које намећу обавезу преступнику, условљена је престанком преступника. У току примене алтернативних казних мера у потпуности ће бити испоштовано право преступника на приватност, као и право на приватност преступникове породице. Осим тога, строго поверљива ће бити и лична евиденција о преступнику, која се може ставити на увид само особама којих се директно тиче одлучивање о преступниковом случају или другим овлашћеним особама.

Део Правила који регулише «Фазу пре суђења» предвиђа могућност да у периоду пре суђења полиција, служба гоњења или друге агенције које се баве кривичним случајевима могу да ослободе преступника уколико буду сматрале да није потребно даље наставити са случајем ради заштите друштва, превенције криминала или поштовања закона и права жртава. Тужилац може у лакшим случајевима изрећи одговарајуће алтернативне казнене мере. Као и у другим документима и у овом је предвиђено «избегавање притвора пре суђења», односно изричито је наведено да у кривичним поступцима, притвор пре суђења може бити примењен само као последња мера уз дужну пажњу према истрази наведеног преступа и ради заштите друштва и жртве. Уколико буде одређен притвор пре суђења, он треба да траје што је могуће краће а алтернативе притвору ће бити употребљене у што ранијој фази.

У делу Правила под насловом «Фаза суђења и изрицања пресуде», наведено је, поред осталог, да суд треба да прибави извештај о социјалном статусу који садржи: социјалне податке о преступнику; врсту последњег извршеног и раније извршених преступа и информације и препоруке релевантне за одлучивање о пресуди. Такође је предвиђено да судски орган, имајући на

располагању неколико алтернативних казних мера, треба у фази доношења одлуке да узме у обзир потребе преступника за рехабилитацијом, заштиту друштва и интересе жртве. У овом делу предвиђене су алтернативне мере које орган који доноси пресуду, може одредити:

- (а) опомена, укор, упозорење (усмене санкције),
- (б) условно пуштање на слободу,
- (в) статусне казне,
- (г) економске санкције и новчане казне (глобе и дневне глобе),
- (д) заплешивање или налог о одузимању,
- (ђ) одштета жртви или налог о компензацији;
- (и) условна или одложена казна,
- (ј) условна осуда и судски надзор,
- (к) налог о раду у заједници,
- (л) упућивање у дисциплински дневни центар,
- (љ) кућни притвор,
- (м) било који други облик неинституционалног третмана,
- (н) неке комбинације горе наведених мера.

Правила предвиђају да одлука после изрицања пресуде може укључивати: одсуство или упућивање у полуотворене установе, отпуст због рада или образовања, различите облике условне осуде, смањење затворске казне и помиловање. Над спровођењем алтернативних мера треба да се врши надзор чија је сврха смањење могућности да се поново изврши преступ и помагање преступнику при друштвеној интеграцији. У сваком случају, преступницима треба пружити психолошку, друштвену и материјалну помоћ и прилику да ојачају везе са заједницом и њихову реинтеграцију у друштво. Када је у питању трајање алтернативних казних мера, Правила утврђују да се неће прекорачити период који је установио надлежни орган у складу са законом и да се може донети одлука о раном окончању мере уколико је преступник на меру повољно реаговао.

Правила даље регулишу: процес третмана, дисциплину и кршење услова, особље, учешће јавности кроз рад волонтера и коришћење других ресурса у заједници и истраживање, планирање, израду политике и евалуацију.

Процес третмана, како Правила предвиђају, одвија се кроз рад на случају, групни третман, разне програме и специјализовани третман различитих категорија преступника. Какав ће бити трема зависи од многих околности, пре свега, од тога каква је прошлост преступника, његова личност, склоности, интелигенција, вредности и посебно околности које су довеле до преступа. Третман спроводе стручњаци са одговарајућим образовањем и практичним искуством а за сваког преступника се отвара досије који води надлежни орган.

У оквиру Правила постоје одредбе о поступању надлежних органа у случају непоштовања примењених алтернативних мера. Уколико преступник прекрши услове које треба да поштује у оквиру примењене алтернативне мере, може доћи до измене или повлачења алтернативне казнене мере. У том случају, надлежни орган може установити неку другу алтернативну меру, што значи да није неминовна замена алтернативне мере казном затвора. Затворска казна се може изрећи само у недостатку других одговарајућих алтернатива. Уколико надлежни орган под законом одређеним условима измени или повуче алтернативну меру, преступник има право жалбе судском или другом независном надлежном органу.

Приликом спровођења свих облика третмана према малолетним преступницима неопходно је да особље, које долази у контакт са малолетником и примењује третман, буде образовано на одговарајући начин и да има практично искуство. Због тога, Правила у неколико одредби разрађују стручност, квалификацију и обуку особља које примењује алтернативне казнене мере. Веома је важно да се стално унапређује знање и развијају стручне способности обуком на радном месту и курсевима обнове знања.

С обзиром на то да је примена алтернативних казних мера повезана са учешћем одговарајућих ресурса у друштвеној заједници, у Правилима се истиче да је учешће јавности један од најважнијих фактора у побољшању везе између преступника са породицом и заједницом. Због тога је, како се истиче у Правилима, неопходно: стално подстицати владине агенције, приватни сектор и ширу јавност на подржавање волонтерских организација које промовишу примену алтернативних казних мера; редовно организовати конференције, симпозијуме и друге активности да би се стимулисала свест о потреби за учешћем јавности у примени

алтернативних казнених мера и коришћење свих средстава јавног информисања у креирању конструктивног става према примени алтернативних казнених мера.

Ширење примене алтернативних казнених мера могуће је једино уколико се редовно истражује проблем, анализирају подаци и успостављају везе између служби одговорних за алтернативне казнене мере и других грана у систему кривичног правосуђа. Последњи део Правила управо се односи на истраживање, израду политике и развој програма, као и успостављање веза са релевантним агенцијама и активностима. Значајно је такође поменути и међународну сарадњу која је, према тексту Правила, неопходна и значајна и која се састоји у промовисању сарадње на пољу истраживања, обуке, техничке помоћи и размене информација међу земљама чланицама, кроз тела УН за превенцију криминалитета и третман преступника, уз блиску сарадњу Огранка за превенцију криминалитета и кривично правосуђе центра за друштвени развој и хуманитарне послове секретаријата Уједињених нација.

7. За разлику од ранијих одредби закона у оквиру малолетничког правосуђа, које су се заснивале на традиционалном систему заштите права малолетника и третирања малолетних учинилаца кривичних дела на класичан начин, нови Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица РС, предвиђа алтернативне моделе реакције на малолетничку делинквенцију. Овај модел значи удаљавање малолетника од кривичног правосуђа и избегавање стигматизације малолетника вођењем кривичног поступка, изрицањем васпитних мера и казне.<sup>7</sup>

Диверзионе мере су васпитни налози који су предвиђени Законом у чл. 5, 6, 7 и 8. Услови за примену једног или више васпитних налога су:

1. да је малолетник извршио кривично дело за које је законом прописана новчана казна или казна затвора до пет година;
2. да је малолетник признао извршење кривичног дела,
3. да је препознао своју одговорност према општењем с обзиром на кривично дело које је извршио.

<sup>7</sup> Константиновић Вилић, С. Костић, М. : Извршење казни и других кривичних санкција у републици Србији, СВЕН, Ниш, 2006. стр.95.

Сврха васпитних налога је да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се покренути поступак обустави, да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не би чинио кривична дела.

Закон предвиђа више врста васпитних налога:

1. поравнање са оштећеним, као би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела;
2. редовно похађање школе или редовно одлажење на посао,
3. укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја,
4. подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога,
5. укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

Васпитни налог према малолетнику може применити надлежни јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике. Приликом избора васпитног налога узеоће у обзир у целини интерес малолетника и оштећеног. Осим тога, примењивањем једног или више васпитних налога не сме да се омета школовање или запослење малолетника.

Трајање васпитног налога је одређено на временски период од најдуже шест месеци у ком року се може заменити другим васпитним налогом или укинути.

Приликом избора и примене васпитних налога потребна је сарадња родитеља, усвојиоца или стараоца малолетника. Закон не предвиђа у чему ће се састојати та сарадња, као начин на који ће се спроводити ове диверзионе мере, тако да је остало да се подзаконским актима регулише низ питања везаних за конкретну примену васпитних налога.



*Slobodanka Konstantinović-Vilić, LL.D, Full Professor*  
*Miomira Kostić, LL.D, Assistant Professor*

## ***DIVERSION MODELS AND ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS APPLIED TOWARD MINOR OFFENDERS***

### *Summary*

*In the juvenile judiciary area, significant changes took place in the second half of the 20<sup>th</sup> century. These changes referred particularly to legal reaction of state to the criminal behavior of minors, by combining two models: "protective" and "fairness" model. On international level, legal documents establish, and certain countries adopt the application of Diversion Models and alternative criminal sanctions. Hence, in the contemporary systems of juvenile judiciary, the reaction to juvenile delinquency is based on inducing behavioral changes of minors, developing their sense of personal responsibility for their own deeds, and affecting others, involving victims, in certain cases, in the process of application of sanction, constructive involvement of the community, avoiding the formal judiciary system, and, whenever possible, punishment.*

*Alternative reaction contains a large number of procedural options for the application of different measures toward minors, before initiation of criminal proceedings, or in the course thereof, in order to terminate it.*

***Keywords:*** *juvenile judiciary, restorative justice, diversion models, alternative criminal sanctions.*



**ОСВРТ НА ОДГОВОРНОСТ ИНТЕРНЕТ СЕРВИС  
ПРОВАЈДЕРА (ИСП) У МЕЂУНАРОДНОМ  
И УПОРЕДНОМ ПРАВУ**

*Апстракт:* На интернету се као активни учесници, са различитим улогама појављује више субјеката. Један од најзначајнијих учесника је интернет сервис провајдер (ИСП). Под ИСП-ом се подразумева сваки јавни или приватни субјект који омогућује корисницима сервиса комуникацију уз помоћ компјутерског система, као и било које друго тело које помаже при обради или складиштењу тако стечених података у име и за рачун корисника.

Одговорност ИСП-а за предузете радње на интернету, у међународном и упоредом праву, детерминисана је помоћу два кључна фактора. Као прво, узима се у обзир околност да ли је ИСП пасиван учесник (нпр. код *e-mail-a*), или активан учесник на мрежи (нпр. смештај или омогућавање приступа). Као друго, узима се у обзир чињеница да ли је ИСП свестан, односно има сазнање да учествује у некој недозвољеној радњи. Генерално, ИСП може бити одговоран само за дела у којима је он активно учествовао и био свестан да се преко њега одвијају незаконите делатности, а ништа није предузео да спречи њихово вршење.

*Кључне речи:* интернет, интернет сервис провајдер (ИСП), услуге ИСП-а, одговорност ИСП-а.

## 1. ИНТЕРНЕТ СЕРВИС ПРОВАЈДЕР (ИСП) - ЗНАЧАЈАН УЧЕСНИК НА МРЕЖИ

Кретање информација на интернету обухвата више врста радњи и активности, од којих су најзначајније: емитовање информација, пренос или трансмисија информација, стављање на располагање информација на интернету, пријем и коришћење информација. У том ланцу активности учествују различита лица: аутори порука-информација, издавачи web сервиса, провајдери, сервери за смештај или web сервери, приређивачи on-line сервиса, web администратори, оператори на телекомуникацијама, модератори мреже. Сви они имају различите функције и сходно томе морају бити спремни да прихвате и одређени степен своје одговорности.

У најопштијем смислу, интернет сервис провајдер (ИСП) или омогућавач приступа интернету, представља посредника у пружању интернет услуга. У остваривању мисије посредништва провајдер се појављује у различитим функцијама. Стога, питање одговорности провајдера, постаје још сложеније и изазива доста полемика. Пре свега, провајдер поступа као сервер за смештај. Осим тога, он може имати и функцију обичног преносиоца информација, као и функцију релеја или преносне станице са форума за дискусију (дискусионих форума) на news сервере, са web сајтова на релејне сервере или у кеш и порука постављених од његових корисника. Провајдер може, такође, стокирати, односно складиштити информације на својим серверима. Ова функција складиштења представља део функције транспорта. Стављање у службу једног news сервера, који је инхерентан техници Useneta, омогућава кориснику врло брзо и неометано приступање форумима за дискусију на мрежи. Што се тиче web сервиса, провајдери активирају релејне сервере (тзв. проксије), на којима копирају најтраженије сајтове и где складиште информације које су већ биле коришћене. То је тзв. кеширање (caching), које корисницима знатно смањује време потребно за трансмисију, уз избегавање закрчења на мрежи.

Осим наведеног, провајдер, такође, преноси поруке емитоване и примљене од својих корисника, било да се ради о електронској пошти (e-mail) или о порукама емитованим у њузгрупама (newsgroups). Провајдер је, у свим овим случајевима, само

транспортер информација, па сагласно томе, не може бити одговоран за понашање његових корисника, дакле за садржај информација које се преносе и којима омогућава приступ. Овакво схватање се имплементира и кроз комерцијалне уговоре између провајдера и њихових корисника.

Ипак, треба истаћи да, за разлику од обичног транспортера информација, провајдер, теоријски, има техничке могућности контроле садржаја информација које преко њега транзитирају, али он неће бити у могућности да то реализује, имајући у виду количину пренетих информација, као и различиту јурисдикцију, с обзиром на међународни карактер интернета. Такође, ни један пропис експлицитно не налаже провајдерима вршење једне такве контроле. Међутим, генерално, кад је провајдер обавештен о недопуштеном садржају неке информације, он је може укинути или обуставити са свог сервера, али од њега се никако не може очекивати да буде арбитар у сукобима између различитих интереса. У сваком случају, одговорност провајдера мора се анализирати са аспекта функције коју он обавља.<sup>1</sup>

## 2. ДЕЛАТНОСТ ИСП-А (ИНТЕРНЕТ СЕРВИС ПРОВАЈДЕРА) НА МРЕЖИ

Као што је већ истакнуто, провајдер се у оквиру свога деловања на мрежи појављује у различитим улогама, односно са различитим функцијама које, саме по себи, имају кључну улогу у сагледавању и дефинисању његове одговорности за своје радње.

---

<sup>1</sup> Тако, нпр. у чл. 4 Општих услова сервиса Клуб интернет стоји да: "Сервис за приступ није један информациони или телематски сервис, већ само један сервис за конекцију између опреме и серверског центра у циљу трансмисије података између мрежа у крилу интернета.". Слично прописује и чл. 9 Општих услова сервиса Wanadoo: "Француски интерактивни Телеком, неће моћи, ни у ком случају, бити одговоран за садржај тражених сервиса, природу испитиваних, пренетих и уопште на било који начин консултованих информација од стране претплатника".

## 2.1. Провајдер као обичан транспортер информација

Провајдер се, пре свега, може наћи у улози обичног преносиоца информација, што је нарочито случај са електронском поштом (e-mail). Тајност комуникација и неповредивост писама, не дозвољавају провајдеру чак ни да се упозна са садржајем порука, а камоли да предузима било какве мере. Дакле, провајдер је дужан, у овом случају, да се придржава обавезе неутралности, какве год биле поруке емитоване или примљене, пошто није могуће строго разлучити да ли је једна порука намењена непосредној кореспонденцији или је упућена неодређеном броју лица.

## 2.2. Провајдер као релеј (преносна станица) порука својих претплатника

Провајдер се може појавити и у улози стручног преносиоца (релеја) одређених порука. Тако, нпр. за учествовање у њуз групама (newsgroups) и другим форумима за јавну дискусију, корисници шаљу своје поруке на сервере својих провајдера, који ће их затим пренети другим серверима, исте природе, а ови ће их, потом, даље дистрибуирати потенцијалним примаоцима. Дакле, полазна тачка или станица јавног ширења порука почиње од сервера провајдера. Да би смо боље и потпуније сагледали одговорност провајдера размотрићемо неке значајне случајеве из савремене судске праксе.

Међу сервисима које својим претплатницима пружа провајдер CompuServe, фигурира приступ различитим јавним форумима, од којих је један посвећен новинским публикацијама. Једна од публикација - Rumorville USA, садржала је клеветничке информације. У спору који је поводом тога настао, суд је изрекао став да се није могло очекивати од CompuServe-а да прегледа сваку публикацију коју преноси, да би открио евентуалне клеветничке поруке.<sup>2</sup>

У другом примеру, радило се о објављивању клеветничких порука на један од форума Prodigy-а. Он се представио јавности са сопственом политиком издавачке контроле на својим форумима за јавну дискусију, путем специјалних софтвера за посебну филтражу

<sup>2</sup> Афера Cubby.Inc.v. CompuServe (776 F. Supp. 135 (SDNY 1991), Valérie Sedallian : Le contrôle de flux information - Le responsabilité des acteurs dans les flux des informations: <<http://argia.fr/lij/livre/respect.html>>, 17. 09. 1998. године.

протока информација. Кад је дошло до спора због клеветнички порука, суд је Prodigy-а огласио одговорним, упркос његовој одбрани да није могао контролисати 60.000 порука дневно послатих од његових претплатника.<sup>3</sup>

У Холандији је вођен поступак, јер је извесни Spaink постао на интернет документа заштићена ауторским правом. Овлашћени носиоци ауторског права тужили су 22 холандска провајдера, јер су имали активну улогу у дистрибуцији спорних докумената. Холандски суд је сматрао да провајдери нису били одговорни за дела фалсификата. Провајдер би могао бити одговоран само ако би фалсификат био очигледан и ако је провајдер знао за фалсификат.<sup>4</sup>

Анализирајући наведене судске пресуде, могу се приметити одређене тенденције. Пре свега, сама чињеница да неки корисник емитује недопуштене информације на интернету није довољна за активирање одговорности провајдера тог корисника. Такође, "издавач", у начелу, нема никакву дужност вршења "издавачке" контроле порука својих претплатника. Међутим, од тренутка када је провајдер сазнао или је морао сазнати да је нека порука недопуштена или повређујућа, а он није предузео ништа да спречи њено даље ширење, његова одговорност се не може више доводити у питање. При том, појам сазнања остаје фактичко питање које ће се тумачити у конкретним случајевима.<sup>5</sup>

Ако прихватимо став да о одговорности провајдера можемо говорити тек од момента сазнања за недопуштени садржај, чини се разумним ограничити ову одговорност на случај када се недопуштени карактер очигледно манифестује, било о каквој повреди да је реч. Уз све то, обим провајдерове одговорности треба процењивати у функцији његове управљачке власти и техничких могућности

---

<sup>3</sup> Афера Statton Oakmont, Inc. v. Prodigy (NY Sup.Ct.N~ 31063/94,25. 5. 1995; Видети: Jonathan Rosenoer, Online Defamation, Cyberlaw, <http://www.cyberlaw.com>, 1995.

<sup>4</sup> Scinetology b. Access providers and Karin Spaink : Le Conférence : Les autorutes de l information et le multimedia, Monaco 3, 03.05.1996. <http://www.iway.fi/groupecx/uae/Beerepoot.html>

<sup>5</sup> Тако, нпр. у афери Netcom, обична нотификација титулара права о повреди његовог ауторског права, упућена провајдеру, за суд није била довољна за квалификовање "сазнања" о фалсификату.

којима располаже, да би спорну поруку "скинуо" са мреже или блокирао приступ њој или онемогућио њену даљу дифузију.

Након судских непријатности са црквом, Netsom је у опште услове закључења уговора о провајдерству инкорпорисао одредбу која забрањује коришћење постојећих сервиса преко њега за противзакониту дистрибуцију докумената заштићених правима интелектуалне својине. Netsom је, такође, разрадио читаву мини процедуру, која ће се применити, ако је обавештен да порука неког од његових претплатника наноси повреду ауторског права трећих лица.

Што се тиче Useneta-a, појављује се један други проблем. С обзиром на велику брзину ширења порука на Usenet-у, чим је једна порука послата она се налази, врло брзо, на свим news серверима, које емитује група на коју се порука односи. У том смислу, евентуална интервенција провајдера за поништавање неке поруке или ограничења њеног ширења, може се вршити само накнадно - а posteriori.

У вези са питањем одговорности провајдера када се налази у функцији релеја, треба истаћи једну значајну могућност злоупотребе, везану за ову активност, која се доста појављује у пракси. Постоји могућност да се при прослеђивању порука (relay), као аутор поруке, појави неовлашћено лице, које може да се пријави под лажним именом, или измењеним налогом (просто као н. н. корисник). Или, још флагрантнији пример, када се неко лице конектује "освајањем рачунара", и тада се не може открити сервер, са кога је порука стварно послата, а камоли лице које је послало недопуштену поруку. У том случају, је одговоран систем администратор out going mail сервера. Он треба да забрани прослеђивање порука са рачунара које нису под његовом јурисдикцијом, односно под његовим доменом, што је технички изводљиво.

### **2.3. Одговорност провајдера у вези са форумима за дискусију**

Заједница њузгрупа (newsgroups) нарасла је данас у свету на неколико стотина хиљада. Свакодневно се на ове форуме шаље на хиљаде порука. Поступак ширења порука између news сервера је аутоматски. Али, ретки су провајдери који реемитују форуме у потпуности (интегрално). Провајдер може да бира да ли ће реемитовати или не поједину њузгрупу (newsgroup). Али, кад



прихвати неку newsgroup, провајдер не врши контролу порука постављених на форум и не проверава да ли порука одговара тематици форума. Провајдер у овој функцији није одговоран за садржај порука послатих на форум које он реемитује на свој news сервер. Али, ако је обавештен да се преко његовог канала емитују недопуштене или повређујуће поруке, а он ништа не предузима, постоји његова одговорност.

### 3. АСПЕКТИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Осим већ изнетих, интернет поставља и један други тип проблема. Пошто се ради о међународној мрежи, неки документи или поруке могу бити законити у земљи емитовања, али недопуштени у земљи пријема.<sup>6</sup>

Француски Кривични закон (Code penal), предвиђа да ће се његове одредбе применити на дела учињена у иностранству, ако је дело кажњиво истовремено и по француском и по страном праву и ако је то констатовано правноснажном судском пресудом. Такође, француски закон је примењив и на деликте учињене од Француза у иностранству, ако постоји дуплицитет инкриминације. Исти закон прецизира да је повреда учињена на територији Француске ако је бар један од елемената везан за ову територију. Питање примене домаћег закона на web сајтове лоциране у иностранству, такође би могло да се постави. Истина, начин приступа web сајтовима је другачији од начина приступа па news. Садржај једног web сајта може бити директно репатриран преко корисника без транзитирања преко сервера провајдера, док код newsa постоји преспајање са news серверовог провајдера на провајдер корисника. Отуда, када говоримо о одговорности провајдера велику опасност и искушење представља "окретање" против провајдера, као једино познатог и једино "ухватљивог" актера у немогућности да се "ухвате" аутори порука и издавачи инкриминисаних сајтова.

На крају, изнећемо неколико мишљења неких институција о одговорности провајдера. Тако, у једном извештају Федералне

---

<sup>6</sup> Нпр. креирање једног сајта или емитовање порука које негирају холокауст, недопуштени су у Француској, док се у САД-у и Канади оваква тематика сматра само једном врстом мишљења, која нису, а priori, недопуштена.

управе правосуђа Швајцарске,<sup>7</sup> истиче се да се одговорност провајдера не може посматрати, сходно одговорности директора публикације, где је, по принципу супсидијарне одговорности, у крајњој линији провајдер одговоран за дешавања на мрежи.

На сличном становишту је и Међуминистарска Мисија о интернету<sup>8</sup>, која је истакла да би одговорност провајдера требало подвргнути систему општег права.

Британски Закон о клеветатама (Defamation law Act), од 1996. године, садржи одредбу која дозвољава провајдерима да се екскулпирају одговорности у случају клеветничких порука.

Најзад, амерички Закон о пристојној комуникацији (The Communication Decency Act), од 1996. године, прописује да провајдер не може бити одговоран за дифузију непристојних информација, способних да буду виђене од малолетника, за било коју активност на интернету (омогућавање приступа, трансмисија, посредничко складиштење, софтверски приступ и др.), ако таква активност не укључује стварање информационог садржаја.

На крају, сматрамо да у недостатку међународне регулентације, најбољи начин да се одговори захтевима за увођење одговорности за проток информација на интернету јесте промо-висање система уговорне регулације и подстицање усвајања система ауторегулације, односно аутоконтроле (нпр. софтверски филтери, ме-дијатори, етички кодекси и слично).

#### 4. МЕЂУНАРОДНИ И УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕДГЛЕД ОДГОВОРНОСТИ ИСП-А (ИНТЕРНЕТ СЕРВИС ПРОВАЈДЕРА)

Интернет представља глобално подручје у којем се данас спреплићу озбиљни пословни интереси и захтеви за поштовањем приватности, тајности и неповредивости личне комуникације, с једне стране, и бројне могућности злоупотребе и сиве зоне правно нерегулисаних или контрадикторно регулисаних питања. Приступ контроли садржаја на интернету и одговорности за поступање на

<sup>7</sup> Извештај из маја 1996. године, расположив ва интернету: <<http://www.admin.ch/ejpd/d/bj/internet/indearbf.htm>>. Скуп је одржан од 16.3.-16.6.1996. г. у Француској.

<sup>8</sup> Скуп је одржан од 16.3.-16.6.1996. године у Француској.

мрежи различит је, зависно од правног система који је носилац контроле. Контрола садржаја, свакако, је блажа у земљама западне европске, односно америчке културе, док многе исламске и азијске земље имају стриктне прописе о забрањеним садржајима на серверима који припадају под њихову надлежност.<sup>9</sup>

Почетком деведесетих година двадесетог века започела је комерцијализација интернета и појавили су се први приватни пружаоци интернет услуга, како спајања на интернет (dial-up i leased line), тако и омогућавања простора на рачунарима (web hosting). Такви правни субјекти, деоничка друштва или друштва с ограниченом одговорношћу, познати су под америчким називом ISP/IPP (Internet Service Provider/ Internet Presence Provider). Неке од тих фирми су се на пружање интернет услуга преbacиле са пружања различитих BBS<sup>10</sup> услуга, док су друге биле сасвим нове фирме. У том тренутку, постојало је више хиљада различитих пружаоца интернет услуга широм света. Велика већина њих своју делатност базира на неколико основних услуга о којима је већ било нешто речи:

- Омогућавање спајања клијената на интернет;
- Пружање услуге смештаја web страница и података;
- Различити облици едукације и популаризације кориштења интернета.

Кад корисници користе услуге ИСП фирме постоји могућност да ће неки од њих починити и неки од појавних облика рачунарског криминалитета, поготово оних који цветају на интернету. Због тога, многе ИСП фирме имају организовану службу која прима и обрађује пријаве различитих сигурносних инцидената везаних уз

---

<sup>9</sup> Неке од тих земаља, попут Ирана и Кине, иду толико далеко да осим контроле садржаја на серверима у властитом домену, значи формалној “територији” унутар интернета, над којим имају надлежност, филтрирају промет властитих корисника према серверима у другим доменама, значи “слободном” интернету.

<sup>10</sup> Bulletin Board System - врста једноставније рачунарске мреже популарне у Сједињеним државама, и Западној Европи, крајем седамдесетих и почетком осамдесетих година двадесетог века.

кориснике који користе њихове услуге и имају могућност таквим корисницима ускратити даљи приступ.<sup>11</sup>

У задњих неколико година, у свету је на снагу ступило или је у поступку ступања на снагу неколико прописа који се, уз остала правна питања везана уз интернет и модерне информацијске и телекомуникацијске технологије, баве одговорношћу ИСП-а на интернету.

У том смислу, посебно место и пажњу заслужује Cybercrime Convention – Конвенција о кибернетском криминалу, потписана у Будимпешти 2001. године. Уз то, треба истаћи, да су у многим земљама донети национални прописи који регулишу ову материју. Тако, нпр., током 1997. године донети су немачки прописи Teledienstgesetz – TDG (Закон о телекомуникацијским услугама) и Mediendienstestaatsvertrag – MDStV. Велики утицај има, свакако, и француско право, а релевантан извор права у овом случају је Закон о емитовању аудиовизуелних садржаја, од 1986. године, допуњен одговарајућим амандманима 1998. године.<sup>12</sup>

Наравно, треба споменути и аустријско право, те осврт на рад др. Gabrielle Schmölder-а, посвећен интернету и казеном праву, у коме она посебан нагласак ставља на казнене одредбе аустријског Казненог закона (Ст.Г.Б.) и Закона о казеном поступку (Ст.Р.О).<sup>13</sup>

У тексту Конвенције о сајбер криминалу, након Преамбуле, дефинишу се основни појмови којима се Конвенција бави. У члану

---

<sup>11</sup> Такве службе (често назване “abuse” службама), у начелу, сарађују са истоврсним службама других ISP-а ради спречавања инцидента ширих размера, попут DDOS напада. Тако, данас постоје две главне категорије ISP-а, приватне фирме и различите установе, попут војске и образовних институција широм света. Начелно сви ИСП-и имају организовану службу за пријем и обраду сигурносних инцидента са овлашћењима да упозори кориснике-починиоце и ускрати им даљи приступ.

<sup>12</sup> То су тзв. Ammendments Fillon, од којих су два касније “срушена” након што је група сенатора предложила испитивање уставности закона (“Conseil Constitutionnel”), да испита усклађеност тих, од многих окарактерисаних као брзоплето донесених, амандмана.

<sup>13</sup> Dr.sc. Gabrielle Schmölder: “Internet und Strafrecht”, “Strafrechtliche Probleme der Gegenwart”, cl. 25 1998.

Ревизија в1.1

CCERT-PUBDOC-2003- -

Страница 31/42

1, ст. 1, налази се дефиниција сервис провајдера.<sup>14</sup> Под њим се подразумева сваки јавни или приватни субјект који омогућује корисницима сервиса комуникацију уз помоћ компјутерског система, као и било које друго тело које помаже при обради или складиштењу тако стечених података у име и за рачун корисника.

Са аспекта наше теме, свакако, је најважнији члан 12, ст. 2, који се бави одговорношћу правних лица.

Конвенција јасно захтева предузимање свих потребних радњи да се у правни поредак држава потписница унесу одредбе које омогућују вођење поступка, како против физичких, тако и против правних лица, како приватних тако и установа и државних организација. Зависно од природе почињеног дела тражи се могућност постојања казнене, грађанске и управноправне одговорности, како за правно лице тако и за одговорно лице.

Треба истаћи, да Cybercrime Конвенција представља дефинитивно остварење једног од "резон детр" Већа Европе, а то је рад на уједначењу легислативе чланица и припрему њихових правних поредака за будућност у ЕУ. Њене су одредбе дефинитивно у духу с временом, но правни поредак већине земаља је дефинитивно конзервативан, ретко кад креативан, и креће се по сопственој инерцији. Мало је симптоматична и никако похвална чињеница што је Конвенцију ратификовало тек неколико земаља. Томе у прилог иде и приличан број резерви (одредбе Конвенције које се могу, али не морају прихватити од стране држава потписница). Државе потписнице могу изреком изјавити неку од резерви, која се тада неће примењивати у њиховом правном систему, које је могуће у било које време нотификацијом истакнути (чл. 42.). Биће прилично тешко пратити у којем је тренутку која земља потписница истакла или повукла коју од резерви (а има их десетак). Тога су дефинитивно свесни и у телима Већа Европе, па су на web страницама Већа

---

<sup>14</sup> "Service provider means:

- i. any public or private entity that provides to users of its service the ability to communicate by means of a computer system, and
- ii. any other entity that processes or stores computer data on behalf of such communication service or users of such service."

Ревизија VI.1

CCERT-PUBDOC-2003- Страница 32/42

Европе посвећеним Конвенцији поставили таблицу потписа и ратификације, као и могућност означавања истакнутих резерви за сваког од потписника.

#### 4.1. Стање одговорности ИСП-а у Француској

Као једна од водећих земаља континенталног правног система, али и технолошки авангардна нација, Француска се рано сусрела са проблемом регулације одговорности пружаоца интернет услуга. Пут којим је француски правни систем кренуо, састоји се у разликовању улоге фирме као пружаоца услуге спајања на интернет и улоге пружаоца простора серверима који ће нудити садржаје, које корисници поставе у облику web страница, датотека или огласних плоча (форума), заинтересованим на интернету.<sup>15</sup>

Крајем деведесетих година прошлог века, у Француској се догодио низ случајева у вези са одговорношћу ИСП-а, у којим су разна тела заузимала различите ставове.<sup>16</sup> Коначан и заједнички закључак који је установљен је, да фирме које се баве пружањем услуга спајања на интернет нису у могућности пратити сав промет који пролази њиховим рачунарима.

Како француско казнено законодавство тражи за дела почињена помоћу рачунара намеру, то фирме пружаоци услуге спајања на интернет нису и не могу бити казнено нити грађанско-правно одговорне. Али, поставља се питање шта је с фирмама које пружају услугу простора web серверима? Ако је фирма, пружалац услуга, упозната са преступом, и не предузме мере у њеној надлежности да спречи ширење кажњивог садржаја, тада би могла бити одговорна. Горе наведени амандмани (Amendments Fillon) додали су две обавезе за фирме пружаоце интернет услуга. Фирме пружаоци су дужне својим корисницима пружити програме са могућношћу контроле приступа (parental lock), те блокирати приступ web-

---

<sup>15</sup> Vallérie Sedallian: "Controlling Illegal Content over the Internet"; Излагање одржано на 26. International Bar Association Conference, у Берлину, 1996. године.

Ревизија v1.1

CCERT-PUBDOC-2003 -

Страница 33/42

<sup>16</sup> (Union des Etudiants Juifs de France vs. Compuserve, затим Француска против FranceNet-а и WorldNet--а и други).

страницама и другим интернет садржајима, који садрже материјале који се могу подвести под неку од инкриминација из корпуса француског казненог права, у овом случају садржаног у одредбама казненог законика и већ наведеног Закона о емитовању аудиовизуалних садржаја, са припадајућим амандманима.

#### 4.2. Немачка

И пре него је донесен Закон о телекомуникацијама (Teledienstgesetz – TDG), донесен, немачко је правосуђе заузело сличан став о одговорности провајдера, какав је превалентан и у француском правном поретку. Нема дилеме, да због нехата, пружалац интернет услуга не може бити кажњен. У доношењу решења за наведена питања и немачки законодавац се позива на природу и техничку страну посла фирме пружаоца услуга која му онемогућује да буде свестан садржаја свих информација, пренесених од стране корисника његове услуге. Слично, попут било ког телематског сервиса, када је улога пружаоца услуга само обичан пренос информација, он не мора бити свестан њиховог садржаја. Овде сада долазимо и до дихотомије садржане у немачком праву, у вези овог конкретног случаја. Наиме, изгледа да савезни закон, TDG, одступа од норми садржаних у Државном уговору о медијским услугама (Mediendienststaatsvertrag – MDStV), као изразу законодавне воље немачких савезних држава (Ländern). Реч је о дужности пружаоца услуга да, ако зна за постојање нелегалног садржаја и ако је онемогућивање садржаја за њега технички изводиво (а да не угрози своје дужности према својим другим клијентима), онемогући забрањен садржај. С друге стране, MDStV тражи обавезу блокирања саржаја, ако то затражи немачки орган надлежан за бригу и права младих. И немачки систем грађанско-правне и казнене одговорности разликује пружаоца интернет приступа и пружаоца услуга смештаја web страница.

За разлику од француског приступа и приступа из Cybercrime Конвенције, начелно је кроз опште прописе била предвиђена, осим одговорности за намеру, и одговорност за нехат (negligence). Ипак, и овде је присутан оправдани страх да је ефективна контрола и свест пружаоца услуге о садржају, због огромне количине информација практично немогућа, па су и TDG и MDStV искључили нехат и

концентрисали се само на намеру. Фирма, пружалац услуга може бити одговорна ако је свесна садржаја. У вези с тим, у немачкој судској пракси се, као накнадно, поставило питање када се може рећи да је фирма свесна садржаја, и да ли одговорност централе фирме, ако постоји сазнање да је неко од запослених у некој од подружница био свестан нелегалног садржаја. Федерални судови стоје на становишту, да у овом случају одговорност централних органа фирме постоји. Свако сазнање унутар фирме о садржају довољно је да постоји одговорност фирме за садржај који се путем њеног сервера нуди. Дакле, немачко право сматра да не постоји одговорност пружаоца услуга спајања (access provider), зато што по чл. 13, немачког Кривичног законика, не постоји дужност пружаоца услуга да пази какав је садржај који се емитује кроз његову опрему, односно мрежу.<sup>17</sup>

Што се тиче одговорности пружаоца услуга смештаја web страница, она постоји ако постоји његова намера.

#### 4.3. Аустрија

У аустријском правном систему, одредбе о одговорности пружаоца интернет услуга садржане су у: Казненом законнику (St.GB), Законнику о казненом поступку (St.PO), Закону о телекомуникацијама (Telekommunikationsgesetz), Закону о штампи и другим средствима јавног саопштавања (1993.), као и у још неким, уско специјализованим законима.

Слично немачком, и у аустријском систему важи став, да се, начелно, не може сматрати одговорним пружалац услуге за пружање услуга приступа интернету. Што се тиче пружања услуга смештаја web страница, ИСП је за такве радње, начелно, одговоран, али се може ослободити одговорности ако је поступао са дужном пажњом.<sup>18</sup> С оваквим мишљењем се слаже и проф. Sieber који наводи још један пример из чл. 75, и чл. 104, ст.1, Telekomu-

---

<sup>17</sup> Prof. Dr. Ulrich Sieber : Responsibility of Internet Providers , стр. 9.

Ревизија v1.1  
CCERT-PUBDOC-2003- -  
Страница 34/42

<sup>18</sup> Gabrielle Schmölder : Интернет и казнено право, превод у Хрватском летопису за казнено право вол.4 2/97, стр. 895.



nikationsgesetz-a, где начелно постоји одговорност пружаоца услуга, али се изјавом пружаоци услуге спајања на интернет могу екскулпирати генералне одговорности, па тако произилази да фирме власници опреме за пружање интернет услуга не могу бити одговорни за њену злоупотребу у смислу почињења кривичних дела и прекршаја.<sup>19</sup>

Професор G. Schmölder, такође, у свом делу о односу Кривичног права и интернета наводи и одредбе аустријског правног поретка о одговорности за ширење национал-социјалистичке литературе и идеја, инкриминација по Закону о забрани Националсоцијалистичке немачке народне странке из 1945. године, новелираног 1952. године.

У аустријском правном систему постоји свест о кажњавању фирми пружаоца услуга, који знају за недопуштен садржај на њиховим рачунарским системима, а ништа не предузимају да се промет таквог садржаја блокира. С друге стране, ако фирме пружаоци услуга нису свесне постојања таквог садржаја, што због обима пренесених информација није незамисливо, тада начелно не постоји њихова одговорност.<sup>20</sup> По мишљењу G. Schmölder-a, у Аустрији још треба јасно законски утврдити дужност надзора и њених даљих ефеката.

#### 4.4. САД

У САД-у, одговорност пружаоца интернет услуга регулисана је следећим прописима: Communications Decency Act, Child Online Protection Act, Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, као и део Digital Millennium Copyright Act-a.

**4.4.1. Према Закону о пристојној комуникацији**, од 1996. године (**Communications Decency Act**), сматра се да не постоји одговорност пружаоца услуге ако он само пружа услугу приступа, или корисницима пружа софтвер који омогућује приступ, или одржава

<sup>19</sup> Prof. Dr. Ulrich Sieber : Responsibility of Internet Providers, стр. 14.

<sup>20</sup> Gabrielle Schmölder : Интернет и казнено право; превод у Хрватском летопису за казнено право вол.4 2/97, стр. 897.

Ревизија v1.1

CCERT-PUBDOC-2003- -

Страница 35/42

системе везане уз техничко функционирање интернет везе (Проху системи, DNS системи). Наравно, одсуство одговорности не постоји када пружалац услуге сарађује са ауторима незаконитог садржаја, или је свестан постојања таквог садржаја, али не чини ништа да то спречи, односно такав садржај уклони.<sup>21</sup>

**4.4.2.** Када је 1998. године ступио на снагу **Закон о заштити деце на мрежи (Child Online Protection Act)**, пружаоци интернет услуга постали су законом обавезни да обавесте своје кориснике, приликом склапања уговора, да постоји софтвер са могућношћу филтрирања садржаја. Исто тако, тај је пропис донео и одредбу којом су одговорни они који учине доступним преко интернета, садржај који је штетан деци и малолетницима. Ова одговорност се, опет, не односи на пружаоце самог приступа, већ оне који смештају такав садржај на своје странице. Такви се пружаоци услуга могу оградити од одговорности, тако да заштите такве странице обавезном употребом идентификатора и лозинки, те истицањем обавештења када је реч о страницама забрањеним за малолетнике.

**4.4.3.** **Закон о ограничењу одговорности за онлајн повреде ауторског права (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act)**, из 1998. године, садржи одредбе у погледу одговорности и ограничењу одговорности пружаоца интернет услуга за објављивање недозвољено умноженог или другог материјала који крши ауторска и сродна права. Ограничење одговорности односи се на случај када пружалац услуга, на основу информација о постојању материјала који крши ауторска и сродна права, без одлагања блокира приступ и одстрани такав садржај са сервера под својом надлежношћу. Овај пропис, такође, специфицира прилично формалан поступак којим се може од фирме, пружаоца услуге, захтевати скидање и блокирање приступа садржају који вређа ауторска и сродна права. Првенствено се, од фирме пружаоца услуга, тражи да именује “designated agent”, особу одређену да прима захтеве за

---

<sup>21</sup> Проф. Др. Ulrich Sieber : Responsibility of Internet Providers, стр. 17  
Ревизија v1.1  
CCERT-PUBDOC-2003--  
Страница 36/42

одстрањење одређеног садржаја. При том, од стране која сматра да су јој права повређена тражи се:

1) потписани захтев којим се тражи одстрањење спорног материјала;

2) довољно података да се може установити о каквој повреди права је реч;

3) потребни подаци да пружалац услуга може установити који је материјал објављен путем његовог рачунарског система споран;

4) лични подаци тужиоца да пружалац услуге може с њим ступити у контакт, и

5) изјаву да као тужилац наступа у доброј вери и да поседује права чију заштиту тражи.

Наравно, сличним поступком регулисано је и право оног који је спорни садржај ставио на интернет, да реагује на захтев оштећеника, па и да истим путем затражи поновно постављање садржаја на интернет и омогућавање приступа, уколико се покаже да није дошло до повреда наведених од стране наводног оштећеника.

Даље одредбе, које су од важности за тему овог рада, односе се на додатно ограничење одговорности за универзитете као пружаоце интернет услуга. Закон јасно каже, да не постоји обавеза на страни пружаоца услуге да активно учествује и евалуира садржај објављен на својим серверима, у потрази за садржајем који би могао бити противан одредбама о заштити ауторских и сродних права. Сиебер даље сматра да је амерички законодавац овим прописом успоставио избалансирани компромис између интереса носиоца ауторских и сродних права, чија би права могла бити угрожена, и пружаоца услуга.

**4.4.4. Digital Millennium Copyright Act** - У САД-у је, 1998. године, донет Закон о ауторском праву дигиталног доба. Осим увођења начелне одговорности ИСП-а за свесно предузете радње на које су могли имати утицаја, овај Закон уређује и неке специфичне случајеве, односно искључује одговорност ИСП-а, у одређеним случајевима.

#### **4.4.4.1. Активности на које се односи искључење одговорности**

Искључење одговорности обухвата четири типа активности: а) обичан транспорт; б) кеширање (caching); в) смештај и г) претраживаче и хипертекстуалне везе.

### **а) Обичан пренос**

Основна функција провајдера представља обичан пренос информација. Провајдер не може сносити одговорност ако се његова улога ограничава на просту трансмисију података, које он не модификује према примаоцима, које не селекционише. Искључење одговорности обухвата и посредничко складиштење и транзитирање података, под условом да ове активности произилазе из аутоматског поступка и да ускладиштени материјал не буде доступан другим лицима, осим оних којима је намењен. Овај случај покрива посредничко стокирање (складиштење) нужно везано за функцију транспорта информација. Тако, нпр., електронска пошта, пре него што ће бити подигнута од примаоца, нужно мора бити ускладиштена на сервер посредника. Дакле, обичан пренос представља један од основа за искључење одговорности провајдера који има улогу пасивног преносоца информација. У три преостала случаја провајдер има и неке обавезе чињења.

### **б) Кеширање (Caching)**

Провајдери могу ставити у службу сервере релеје (преносне станице) на којима праве копије најтраженијих сајтова и где складиште информације које су већ били тражене. Ова техника се назива кеширање. Она побољшава конекситет са сајтовима на мрежи уз избегавање закрчења мреже. Провајдер је ослобођен одговорности за овај кеш под извесним условима, а нарочито ако:

<информација буде пренесена последњем кориснику без модификације;

<посредник поштује инструкције са положаја одапиљача, које се тичу ажурирања информација, означених сагласно индустријским стандардима;

<посредник поштује услове приступа информацијама (накнада, password, лозинка и сл.);

<посредник се не уплиће у коришћену технологију у циљу добијања података о коришћеним информацијама;

<посредник ради промптно на повлачењу или блокирању приступа фалсификованим информацијама, по добијеној нотификацији, чим је информација била повучена са оригиналног сајта или је повлачење ове информације било наређено од суда.

### в) Смештај

Ово ограничење тиче се функције смештаја, што ће рећи стокирања-складиштења и сређивања података на захтев корисника сервиса на систему посредника. Да би се користио овом врстом ослобађања обезбеђивач смештаја, пружалац интернет услуга, треба да испуни следеће услове:

<не сме знати за фалсификаторски карактер смештене информације, а такав карактер мора бити очигледан;

<мора брзо повући фалсификовану информацију, чим је за њу сазнао;

<не сме примити накнаду која директно проистиче из фалсификаторске активности, кад посредник има право и могућност да контролише такве активности.

Осим тога, од пријема нотификације (опомене) од стране титулара ауторског права, у законској форми, обезбеђивач смештаја мора поступати брзо ради повлачења или онемогућавања приступа фалсификованој информацији. Да би се користио овом врстом ослобађања, обезбеђивач смештаја мора означити једног пуномоћника за пријем нотификација који ће бити регистрован код Copyright Office-а. Нотификација наведена у закону мора обезбедити посреднику довољно прецизне информације о фалсификованом материјалу, његовој локацији и повређујућем делу садржаја.

### г) Претраживачи и хипертекстуалне везе - хиперлинкови

Овај изузетак обухвата хиперлинкове, директоријуме, збирке, претраживаче и друга помоћна средства за локализовање информација расположивих на мрежи. За искључење одговорности провајдера поводом ових активности, сходно се примењују правила о смештају.

### д) Налози-наредбе према посредницима

Амерички закон је установио, у корист титулара ауторског права, један скраћени поступак у циљу издејствовања налога од суда, против посредника, ради обезбеђивања елемената за идентификацију претпостављеног фалсификатора.

**Налози за чињење** - За активности обичног транспорта, посреднику може, само бити наређено да раскине, односно поништи претплатнички рачун клијента фалсификатора и предузме "разумне

мере" за блокирање приступа појединим сајтовима, који су идентификовани у вршењу недопуштеног преноса информација. За остале типове активности, посредницима може само бити наређено да раскину рачун претплатника фалсификатора или да повуку фалсификовани материјал са његовог система.

У свим случајевима, текст прецизира да судови, који издају налоге, морају да узму у обзир: техничке могућности за предузимање тражених мера блокаде, величину терета наметнутог посреднику, последице мера на приступ другим сајтовима који не садрже фалсификаторски материјал и штету коју би претрпео титулар ауторског права, кад мере не би биле предузете.

### **ђ) Неосноване нотификације**

Закон садржи и одређене ограде за ограничавање неоснованих нотификација према посредницима. Одговорност посредника не може бити покренута од стране издавача садржаја из разлога што је могао повући спорну информацију или блокирати приступ њој. Међутим, да би се позвао на овај "имунитет" посредник мора:

<предузети све неопходне мере ради обавештавања претплатника, коме је повучен материјал или обустављен приступ односном материјалу;

<чим прими контранотификацију од издавача садржаја о спору, промислито информисати титулара ауторског права;

<вратити материјал у року од 10-14 радних дана, ако је информисан у том року, од стране титулара ауторског права, да је он покренуо судски поступак против издавача садржаја.

Анализирајући овај закон, чини се да он, ипак, фаворизује, па чак, и претерано штити провајдере, у односу на друге учеснике на мрежи, као и у односу на кориснике интернет услуга.

### **4.5. Одговорност посредника према Директиви ЕУ о електронској трговини**

Једно од пет питања која третира Директива Европске Уније о електронској трговини, од 2000. године, представља одговорност посредника на мрежи. Посредничке активности карактерише чињеница да се жељене информације довлаче, складиште или преносе преко или на захтев прималаца сервиса. Израз "прималац

сервиса" подразумева не само потрошача информације, који ту конкретно има приступ, већ и свако друго лице, коме је потенцијално приступачна таква информација, било да иступа под личним или професионалним именом. Ова Директива је одговорности посредника приступила трансверзално, што значи без разлике између типова недопуштених активности. Тако, систем ограничења одговорности, установљен с циљем да се примени у материји нелојалне утакмице, тиче се подједнако грађанске и кривичне одговорности.

У смислу одредаба Директиве, технички посредници не морају себи наметати никакву општу обавезу надгледања информација које они преносе или складиште, нити какву дужност у поступку за активно истраживање радњи или околности које индицирају недопуштене активности. Оваква одредба не искључује само судску власт, која може захтевати од неког посредника да контролише одређени сајт у одређеном периоду у циљу превенције или детекције.

#### **4.5.1. Активности на које се Директива односи**

Директива регулише три типа активности које, под одређеним условима, представљају основ за искључење провајдерове одговорности. Да би се користио предвиђеним повластицама, провајдер мора за сваки тип активности да испуни услове прописане Директивом. У супротном, неће моћи да се позива на ослобађање одговорност по овој Директиви, већ ће се на њега применити национални закон.

##### **а) Обичан пренос**

Слично америчком закону, Директива установљава изузетак од провајдерове одговорности, када он поступа као обичан преносилац информација постављених од трећих лица или као обичан омогућавач приступа на телекомуникациону мрежу. Да би се користио наведеном погодношћу, посредник не сме бити на извору трансмисије, не сме селекционирати примаоца трансмисије и не сме селекционирати или модификовати информације које чине предмет трансмисије. При том, активности трансмисије обухватају аутоматско складиште, посредовање и транзит информација.

### **б) Кеш (Саш)**

Посредник је искључен од одговорности за овај тип активности, под условом да:

<не модификује информацију;

<се управља према условима приступа информацијама;

<се придржава одредаба које се тичу ажурирања информација, означених на кохерентан начин према индустријским стандардима;

<се не уплиће у технологију у циљу добијања информација о коришћеним информацијама;

<делује промодно на повлачењу информација или враћању приступа који је био онемогућен, чим сазна да је информација повучена са оригиналног сајта или да је приступ овој информацији био онемогућен или да су њено повлачење или блокада били наређени од надлежне власти.

### **в) Смештај**

Директива уводи ослобађање одговорности посредника за активности складиштења извршеног на захтев примаоца сервиса. Ово ослобађање ће имати дејство под условом да посредник није имао стварно сазнање да се неки корисник његовог сервиса бавио неком недопуштеном активношћу на мрежи, а за тужбе у грађанској одговорности, ако посредник није знао за чињенице и околности према којима се недопуштена активност појављује као очигледна. Међутим, није прецизирано шта значе појмови "имати стварно сазнање да је активност недопуштена" или "имати сазнање о чињеницама и околностима према којима је недопуштена активност очигледна", већ су та питања остављена да се решавају у конкретним случајевима.

У сва три случаја у којима се провајдер користи за ослобађање одговорности за предузимање наведених активности, искључене су тужбе за накнаду штете и камату, као и кривично гоњење, али нису искључене тужбе за обуставу ("action en cessation", "prohibitory injunction"). Наведене тужбе су имане у виду у циљу повлачења или блокирања недопуштене информације. Изван оквира ових тужби, Директива не намеће посреднику повлачење недопуштене информације или блокирање приступа, као у случају кеша или смештаја.



*Vidoje Spasić, LLD, Assistant Professor*

## ***REVIEW TO RESPONSIBILITY OF ISP (INTERNET SERVICE PROVIDER) IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW***

### ***Summary***

*As active participants, on the internet appear a lot of entities with different roles. On of the most important participants is the Internet Service Provider (ISP). Service provider means: any public or private entity that provides to users of its service the ability to communicate by means of a computer system, and any other entity that processes or stores computer data on behalf of such communication service or users of such service.*

*The responsibility of the ISP for undertaken activities to the internet, has been determined by two key factors. First, one we take into consideration the circumstance if the ISP is the passive participant on the web (for example - e-mail), or active participant on the web (foe example - stocking or making the accesses possible). Second, one we take into consideration the fact if the ISP is concious, actually if he has a knowledge to participate in one of the prohibited activitis. Generally, the ISP can be responsible just for the acts, where he has active participated, and was concious that according to him, the illegal activities were developing and did nothing to stop their executing.*

***Key words:*** *internet, internet service provider (ISP), services of ISP, responsibility of ISP.*



## **ПРАВНИ ЗНАЧАЈ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА**

**Апстракт:** Овај рад представља покушај да се питање правног значаја арбитражног споразума размотри из више аспеката – теоријског, практичног, правнотехничког, правнополитичког и компаративноправног. Аутор анализира услове и оправданост одрицања од редовног пута правне заштите пред државним судовима, видове инструмента којим се то чини и начине постизања сагласности на арбитражно решавање спорова. Исто тако, у раду се сажето приказују специфичности у поимању правног значаја арбитражног споразума својствене појединим правним системима и пројектују могуће последице промена у правној политици у правцу интензивирања интервенције државних судова у домену арбитраже.

**Кључне речи:** Арбитражни споразум, слобода уговарања, интервенција државних судова, арбитражни уговор, арбитражна клаузула

---

\* Асистент за Грађанскоправну научну област на Правном факултету у Нишу

## Уводне напомене

Правило да споразум страна о поверавању спора арбитражном суду на решавање има функцију носећег стуба арбитраже представља универзално обележје савременог арбитражног права.<sup>1</sup> Иако специфични значај улоге арбитражног споразума није исти према одредбама закона различитих држава и правилима многобројних међународних арбитражних извора, неспорно је да овај инструмент представља основ успостављања арбитраже као процесног односа у свим правним системима. Супремација арбитражног споразума нарочито долази до изражаја на међународној трговинској сцени, и то преваходно услед непостојања истински наднационалних законодавних и судских ауторитета који располажу инструментима принуде, као и због тога што је на овом пољу нарочито, како један аутор истиче „сигурност битна, униформност пожељна, а предвидљивост апсолутно нужна“<sup>2</sup>. На унутрашњем, националном плану, са друге стране, без обзира на то што је законодавна активност жива, а арбитражни прописи подложни променама, уговорне слободе и принцип консесуализма, који су од самих зачетака арбитраже инкорпорисани у националне арбитражне изворе, несумњиво су током времена задржали и чак повећали свој значај.

### 1. Општа обележја арбитражног споразума

Арбитражно решавање спорова допуштено је само уколико се заснива на израженој вољи учесника трансакције да одлучивање о својим конфликтима изузму из надлежности државних судова и повере арбитражима.<sup>3</sup> Инструмент којим се врши преношење

---

<sup>1</sup> Тако Закон о арбитражи РС, одредбом чл. 9. ст. 1, предвиђа да „Споразумом о арбитражи странке поверавају арбитражном суду на решавање своје будуће спорове или спорове настале из одређеног правног односа.“

<sup>2</sup> Видети Lew, J. – *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978. година, стр. 80.

<sup>3</sup> Познић повлачи линију разграничења између надлежности државних и арбитражних судова, сматрајући да се „надлежност државних судова базира на закону, а надлежност арбитража на вољи странака“ – видети Познић, Б. – Нека

јурисдикционих овлашћења са државних на недржавне правосудне органе јесте арбитражни споразум. То је именовани уговор материјалног права, али и институт кроз који се рефлектују бројне процесноправне категорије, што намеће потребу за узимањем у обзир и правила и начела процесног права приликом његовог сагледавања.<sup>4</sup> Овај споразум може се постићи на различите начине. Најчешће се закључује изван самог арбитражног поступка, али је могуће и његово склапање у поступку пред арбитражном институцијом или арбитражним судом. Унутар ограничења које намеће институт арбитрабилности, и уз испуњење услова који се односе на сагласност воља страна уговорница, својства уговорних страна, предмет споразума и форму, арбитражним споразумом решавање спорова из конкретног уговорног односа<sup>5</sup> може се поверити арбитражном суду.

Будући да се арбитражним споразумом решавање спорова поверава једном специфичном судском органу, у погледу садржине, овај институт веома је близак уговору о пророгацији надлежности.<sup>6</sup> Разлика између ова два уговора је у томе што у моменту закључења арбитражног споразума, за разлику од пророгације, орган на који се преноси јурисдикциона инвеститура још увек не постоји. То важи чак и за случај да се предвиди решавање арбитражног спора пред арбитражним судом сталне арбитражне институције, с обзиром да сама та институција неће бити носилац функције пресуђења, већ

---

питања надлежности изабраног суда, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-3, Београд, 1972. година, стр. 461.

<sup>4</sup> Овакав став преовлађује у нашој процесној теорији. Са друге стране, у Италији, Француској, Енглеској и САД сматра се да је овај уговор искључиво материјалноправне природе, док став о процесној природи преовлађује у Аустрији и Швајцарској. Немачка теорија је негде на средини будући да арбитражни споразум сматра материјалноправним уговором о процесним односима – видети Кнежевић, Г. – *Међународна трговачка арбитража*, Београд, 1999. година, стр. 34.

<sup>5</sup> Перовић сматра да се арбитражном суду могу поверити и спорови настали из „вануговорних односа“, али овај став, позивајући се на одредбе нашег законодавства и међународних извора, оспоравају Кнежевић, Голдштајн и Трива – видети Перовић, Ј. – *Пуноважност уговора о арбитражи*, *Међународна привредна арбитража – стање и перспективе*, Београд, 1997. година, стр. 123 – 124; Кнежевић, Г. – *Међународна трговачка арбитража*, *op. cit.* стр. 33 – 34. и Голдштајн, А. – Трива, С. – *Међународна трговачка арбитража*, Загреб, 1987. година, стр. 135.

<sup>6</sup> Тако и Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча, Р. и Петрушић, Н. – *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002. година, стр. 110.

арбитар појединац или арбитражно веће који ће имати надлежност за решавање спора.

Садржина арбитражног споразума може бити различита. Он може, између осталих, садржати и одредбе о саставу арбитражног суда, начину избора арбитра и конституисања арбитражног суда, као и мноштво других елемената, а приликом његовог формулисања треба имати у виду принудне прописе и правила јавног поретка и морала. Уколико се ради о поверавању арбитражног спора институционалном арбитражном суду, потребно је ускладити одредбе арбитражног споразума са општим актима институције, с обзиром да у супротном може доћи до одбијања надлежности.<sup>7</sup>

Пуноважност закључења арбитражног споразума подразумева и испуњење одређених захтева у погледу форме. Писмена форма у већини правних система представља битан услов пуноважности овог инструмента (*ad solemnitatem*),<sup>8</sup> али се захтеви у погледу форме ублажавају тиме што није неопходно да су сагласне изјаве воље страна уговорница садржане у јединственом писмену које су оне својеручно потписале.<sup>9</sup> У нашем праву постојање арбитражног споразума може се доказивати само исправама, при чему се појам исправе, с обзиром на могуће начине закључења арбитражног споразума у писменој форми, тумачи у најширем смислу.<sup>10</sup>

До закључења арбитражног споразума може доћи и када је арбитражна клаузула садржана у општим условима за закључење правног посла.<sup>11</sup> Исто тако, типски уговори често садрже арбитражну клаузулу која упућује на арбитражна правила асоцијације привредника одређене струке.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Одредбом чл. 23. Правилника Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије предвиђено је да ће „арбитража искључити своју надлежности и ако арбитражни споразум садржи одредбе које нису у складу са надлежностима Арбитраже и одредбама овог Правилника“.

<sup>8</sup> Чл. 12. ст. 1. Закона о арбитражи Србије, Службени гласник РС, бр. 46/2006.

<sup>9</sup> Чл. 12. ст. 3. Закона о арбитражи РС

<sup>10</sup> Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча. Р. – Петрушић, Н. – оп. cit, стр. 111.

<sup>11</sup> Видети, на пример, чл. 12. ст. 4. Закона о арбитражи РС и чл. 7. ст. 2. Модел закона UNCITRAL-а.

<sup>12</sup> Опширније о општим условима уговора и надлежности арбитражног суда код Вилус, Ј. – Општи услови формуларних уговора, Београд, 1976. година, стр. 82 – 84; Трива, С. – Арбитражна клаузула у опћим увјетима пословања, Опћн

Дакле, уговарањем арбитраже елиминише се право страна да се ради решавања свог спора обратe државном суду. То практично значи да се тим путем стране уговорнице одричу судске заштите коју би им пружили државни судови. Арбитри своја овлашћења за решавање спорова црпу из сагласности воља странака, а не из ауторитета државе.<sup>13</sup>

Питање одрицања од редовног правног пута заштите права има далеко већи значај у националним него у међународним арбитражама, будући да национални прописи, којима су креирани механизми правне заштите и установљени правосудни органи који ту заштиту пружају, ионако нису примерени међународном трговинском правосуђењу.<sup>14</sup> Стога, управо у стварима без елемента иностраности, поверавање спорова арбитражним судовима начелно може имати далекосежнији утицај на заштиту индивидуалних права правних субјеката.

Ипак, пракса примене арбитраже на унутрашњем плану показује да правна заштита која се остварује у арбитражном поступку не заостаје у квалитативном смислу у односу на заштиту пружену у поступцима пред државним судовима. Зато се поуздано може рећи да теза о негативним последицама одрицања од чврсто утемељених процедуралних механизма заштите предвиђених националним прописима, коју неки аутори износе, представља у већој мери теоријску конструкцију него у пракси испољен проблем. Домен арбитраже све се више шири, између осталог, и зато што је парница у многим случајевима потенцијалним странкама практично недоступан метод, а дуготрајност и велики трошкови чине је крајње неатрактивном и непримереном потребама страна у спору.<sup>15</sup> Из свих ових разлога, оправданост тврдње да опредељивањем за арбитражу станке трампе

---

увјети пословања у међународној и унутрашњој трговини (уредник Голдштајн, А), Загреб, 1970. година, стр. 194. и Познић, Б. – Општи услови уговора и надлежност арбитраже, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5, 1984. година, стр. 670–676.

<sup>13</sup> Видети Кнежевић, Г. – Поништај одлука спољнотрговинских арбитража, *Међународна трговинска арбитража – стање и перспективе*, Београд, 1997. година, стр. 239.

<sup>14</sup> Видети Carbonneau, T. – *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 2002. година, стр. 765 – 767.

<sup>15</sup> Видети предмете *Wilko v. Swan*, 346 U.S., (1953) и *Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabric, Inc.*, 271 F.2d (2d Cir.1959).

већи квалитет правне заштите за већу функционалност механизма пресуђења под великим је знаком питања.<sup>16</sup>

Арбитражним споразумом, исто тако, делатност решавања спорова у погледу индивидуалних права делегира се на приватну и у великој мери нерегулисану „услугну индустрију.“<sup>17</sup> Избором арбитраже за метод разрешења сукоба заправо се ауторизују приватна лица да делају као судије, тј. да обављају функцију пресуђења. На квалитет услуга које се у овом сектору пружају од пресудног су утицаја, са једне стране, тржишни фактори, тј. тежње вршиоца услуга да привуку кориснике, као и жеља арбитра да изграде репутацију објективних и пожељних ауторитета, а са друге стране, садржина и квалитет институционалне регулативе пружаоца.<sup>18</sup> Чињеница да су арбитражи и арбитражне институције имуни од одговорности за непрофесионалност у спровођењу арбитражног поступка говори у прилог великом значају њихове репутације на арбитражној сцени.<sup>19</sup> Тако, на пример, неизвршење дужности арбитражног суда да поступа у складу са одредбама арбитражног споразума санкционише се једино могућношћу поништења арбитражне одлуке којом је арбитражни поступак резултирао,<sup>20</sup> док проблематично понашање арбитра које је довело до манљивости арбитражне пресуде, само по себи, не подлеже никаквој одговорности нити санкцијама које би погодиле саме арбитраже.

<sup>16</sup> Видети Carboneau, T. – *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, Vand. J. Transnat'l L., бр 36, 2003. година, стр. 1200.

<sup>17</sup> За третирање система арбитражног решавања спорова као индустрије видети Smit, H. – Pechota, V. – *Arbitration Rules – National Institutions*, 1998. година. Но-сиоци ове делатности су велике арбитражне институције, као што су Међународна трговинска комора, Америчка арбитражна асоцијација, Лондонски суд међународне арбитраже, Штокхолмска привредна комора, Циришка привредна комора, Женевска привредна комора, Међународни центар за решавање инвестиционих спорова, Кинеска међународна економска и трговинска арбитражна комисија и Сингапурски центар за међународну арбитражу.

<sup>18</sup> Свака арбитражна институција има сопствена арбитражна правила – видети Kerr, J. – Smit, H. – *Comparison of International Arbitration Rules*, 2002. година и Smit, H. – Pechota, V. – *A Chart Comparing International Commercial Arbitration Rules*, 1998. година.

<sup>19</sup> Видети Lew, J. – *The Immunity of Arbitrators*, 1990. година.

<sup>20</sup> Видети Bristow, D. – *The Gathering Storm of Mediator and Arbitrator Liability*, Disp. Res. J., бр. 55, 2000. година, стр. 16, где аутор наводи да је „став о имунитету арбитра у тој мери прихваћен у одштетном праву да се врло ретко оспорава.“



## **2. Видови арбитражног споразума**

У зависности од тога да ли се закључује поводом већ насталог спора или евентуалних спорова из одређеног правног односа, арбитражни споразум може се појавити у два основна вида – арбитражни уговор (компромис) и арбитражна клаузула (компромисорна клаузула).<sup>21</sup>

Историјски посматрано, правни значај ова два вида арбитражног споразума није увек у свим правним системима био исти. У Француској, Португалији и Шпанији, на пример, арбитражна клаузула дуго је имала значај предуговора којим се стране обавезују да ће, у случају да дође до спора обухваћеног њиме, закључити главни арбитражни уговор. Ово схватање, међутим, превазиђено је прихватањем концепта једнакости правног значаја оба вида арбитражног споразума на универзалном међународном плану, чиме је дат велики подстицај даљем развоју арбитраже.<sup>22</sup>

Ипак, иако данас у већини савремених правних система компромис и компромисорна клаузула имају исти правни значај, постоје одређени практични аспекти у којима се они међусобно разликују.<sup>23</sup> Наиме, арбитражна клаузула, као саставни део главног уговора који настаје истовремено са њим, закључује се у моменту када су односи међу странама хармонични – у релацијама које обежавају задовољство постигнутом сагласношћу воља о предмету

---

<sup>21</sup> Закон о арбитражи РС, одредбом чл. 9. ст. 2. предвиђа да „Споразум о арбитражи за решавање будућих спорова може бити садржан у одредби уговора (у даљем тексту: арбитражна клаузула) или у посебном уговору“.

<sup>22</sup> Изједначавање правног значаја арбитражне клаузуле и арбитражног уговора предвиђено је и одредбама чл. I. Женевске конвенције, чл. II Њујоршке конвенције и чл. I ст. 2(a) Европске конвенције.

<sup>23</sup> Неке земље, као што су Белгија, Француска и Холандија, постављају строже услове пуноважности компромиса у односу на компромисорну клаузулу. Компромисорном клаузулом, пак, према прописима великог броја земаља, не може се уговорити надлежност арбитраже за све будуће спорове између одређених субјеката (генерална компромисорна клаузула), већ је потребно да настане конкретни правни однос између њих. Ипак, могућност да се арбитражна клаузула нађе и у општим условима пословања, коју предвиђају важнији међународни арбитражни извори, доводи у питање успешност оспоравања ове генералне клаузуле – видети Митровић, Д. – Арбитража, Енциклопедија имовинског права, Београд, 1978. година, стр. 12 – 24.

главног уговора, позитивна очекивања у погледу ефеката закљученог посла и неопредељеност страначких улога у будућем поступку. У таквој атмосфери, учесници правног промета могу објективније да сагледају потенцијалне предности које им опредељење за арбитражу као метод решавања евентуалног спора (за који најчешће верују да неће ни настати) доноси. У највећем броју случајева, међутим, приликом закључења главног уговора, „арбитражна клаузула не привлачи нарочиту пажњу и она заиста може изгледати странама као нешто акцесорно, стављено у уговор за сваки случај...“<sup>24</sup>

Са друге стране, арбитражни уговор закључује се када је спор већ настао – дакле, у амбијенту нарушених односа између уговорних страна, када је већ јасно ко ће у поступку бити тужилац а ако тужени, и када није реално очекивати да ће се потенцијални тужени одрећи одређених предности које му дуготрајност и скупоћа поступка пред државним судом пружа.

Јасно је, стога, да арбитражна клаузула, као преовлађујуће и знатно ефикасније средство поверавања надлежности за решавање спорова арбитражним судовима у односу на арбитражни уговор има много већи значај за афирмацију и ширу примену арбитраже, као и за развој арбитражног права.

На теоријском плану, проблеми везани за арбитражну клаузулу и питања њене акцесорности, односно аутономности у односу на главни уговор, у највећој мери су допринели напуштању уговорне, и настанку јурисдикционе, публицистичке теорије о правној природи арбитражног суђења и арбитражног споразума, која арбитражну клаузулу чини инструментом потпуно независним од главног уговора. Тако је арбитражна клаузула постала основ заснивања надлежности арбитражног суда чак и у ситуацијама у којима се оспорава пуноважност основног правног посла, и то за решавање спорова који се тичу како тумачења и извршења главног уговора, тако и саме његове пуноважности.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Стојковић, С. – Материјално-правна аутономија арбитражне клаузуле у односу на главни уговор, I Саветовање о спољнотрговинској арбитражи, Београд, 1963. година, стр. 8.

<sup>25</sup> Модел закон UNCITRAL-а у чл. 16. ст. 1. предвиђа да арбитражни суд може одлучивати о својој надлежности, као и о сваком приговору у погледу постојања

### **3. Начини закључења арбитражног споразума**

Арбитражни споразум најчешће се закључује изван и пре покретања арбитражног поступка, у писменој форми, изричитом сагласношћу воља уговорних страна, па у том смислу, у погледу његовог закључења, нема посебних разлика у односу на ма који други формални уговор. Међутим, управо је велики правни значај овог инструмента, у стицају са правном политиком проширења примене арбитраже, допринео екстензивној либерализацији правила о начинима његовог закључења.

Тако се захтеви у погледу форме ублажавају правилима о могућности конвалидације неформално закљученог арбитражног споразума. Конвалидација се може постићи подизањем тужбе, у којој се тужилац позива на постојање арбитражног споразума, и давањем одговора на тужбу, којим тужени то не оспорава.<sup>26</sup> На истој линији је и правило о преклузији приговора надлежности арбитражног суда, који се може истицати само до упуштања туженог у расправљање о главној ствари, односно до давања одговора на тужбу или противтужбу, чиме се, такође, постиже прећутна конвалидација усмено закљученог арбитражног споразума.<sup>27</sup> Могућност прећутне конвалидације може практично бити ограничена аутономним правилима арбитражне институције. Такав је случај, на пример, када је у питању Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, где је тужилац дужан да тужби коју подиже приложи арбитражни споразум.<sup>28</sup> Уколико писмени споразум у моменту подизања тужбе не постоји, надлежност арбитражног суда може се засновати само ако тужени изричито пристане на то.<sup>29</sup> Међутим,

---

или пуноважности арбитражног споразума, и да се арбитражна клаузула садржана у одредбама материјалноправног уговора сматра споразумом независним од осталих његових одредаба.

<sup>26</sup> Одредбе које омогућавају конвалидацију усмено закљученог арбитражног споразума налазе се, између осталог, у чл. 7. ст. 2. Модел закона UNCITRAL-а, чл. 12. ст. 5. Закона о арбитражи РС и сл.

<sup>27</sup> Ову могућност предвиђају у Европска конвенција (чл. V), Арбитражна правила UNCITRAL-а (чл. 21) и Модел закон UNCITRAL-а (чл. 16), као и наш Правилник СТА (чл. 19)

<sup>28</sup> Чл. 20. Правилника СТА

<sup>29</sup> Чл. 16. Правилника СТА

према одлуци Т-218/88, од 29. јануара 1991. године, „крајњи тренутак до када тужени може оспорити надлежност арбитраже је почетак усмене расправе. Ако се тужени на усменој расправи упустио у расправљање о предмету спора, сматра се да је конклюдентно прихватио надлежност арбитраже.“<sup>30</sup>

Арбитражни споразум може се закључити и у току арбитражног поступка. Правило раније садржано у одредби чл. 470. ст. 3. ЗПП, а сада чл. 12. ст. 5. Закона о арбитражи РС, као и чл. 7(2) Модел закона UNCITRAL-а, може представљати правни основ, не конвалидације, већ закључења арбитражног споразума.<sup>31</sup> Наиме, уколико тужилац тврди да је арбитражни споразум закључен, а тужени не оспори надлежност арбитраже, чак и када тврдња тужиоца није истинита, арбитражни споразум сматраће се закљученим. У том случају, арбитражни споразум не настаје изван и пре арбитраже, већ у току самог поступка – посредством процесноправних механизма – подизањем тужбе и давањем одговора на тужбу, односно упуштањем туженог у расправљање.<sup>32</sup> До поверавања решавања арбитражног спора арбитражном суду, дакле, може доћи и на основу пасивног држања туженог, па је оправдано становиште да би овој странци требало указати на могуће последице пропуштања.<sup>33</sup>

До закључења арбитражног споразума може доћи и по позиву арбитражне институције. Тако је према Правилнику СТА<sup>34</sup> Секретаријат Арбитраже овлашћен да, у случају да ужи састав

<sup>30</sup> Видети Зборник арбитражне праксе Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, Београд, 1997. година, стр. 133.

<sup>31</sup> Има мишљења да се ни овде не ради о закључењу, већ о конвалидацији усмено закљученог арбитражног споразума, с обзиром да је тешко поверовати да би странка, посебно тужени, добровољно предузео ову радњу да претходно није био закључен бар усмени споразум о арбитражи, као и да је у овом случају у питању извршење а не закључење арбитражног споразума – видети Перовић, Ј. – Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд, 1998. година, стр. 134. Сматрамо да ово становиште није исправно будући да ће надлежност арбитраже бити успостављена чак и када никакав, па ни усмени споразум о арбитражи, претходно није био постигнут.

<sup>32</sup> Према Триви, подношење тужбе арбитражи, када не постоји уговор о њеној надлежности, представља својеврсну понуду за закључење уговора – видети Трива, С. – Избрани суд или арбитража, Привредни вјесник, Загреб, 1975. година.

<sup>33</sup> Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча. Р. – Петрушић, Н. – *op. cit.*, стр. 113.

<sup>34</sup> Чл. 16.

Председништва установи да у исправама које је тужилац поднео није садржан арбитражни споразум у смислу одредбе чл. 20. Правилника, позове туженог да се у року од 30 дана од пријема позива изјасни да ли прихвата надлежност арбитражног суда ове институције. У овом случају, за разлику од прећутне конвалидације или закључења, захтева се изричит пристанак туженог на надлежност арбитраже, али се, као и код прећутног закључења арбитражног споразума, техника склапања заснива на процесним инструментима. Арбитражни споразум тада се не закључује сагласним изјавама воља упућеним другој уговорних страни, већ уз посредовање арбитражне институције на коју су усмерене изјаве воље за арбитражно решавање спорова.

Оба начина закључења арбитражног споразума у самом арбитражном поступку, по природи ствари, односе се на арбитражни уговор (компромис).

#### **4. Упоредноправни преглед**

Без обзира на чињеницу да арбитражни споразум има велики значај у свим арбитражним системима, приметно је да арбитражна законодавства различитих држава придају неједнаку важност његовој улози. У Јапану, на пример, без обзира на завидно место које ова држава заузима у међународној размени, арбитража се традиционално није сматрала адекватним механизмом решавања спорова. До скоро важећи арбитражни закон ове државе садржао је одредбе које су, углавном, биле позајмљене из немачког Закона о арбитражи из XIX века, а напори да се арбитражна регулатива модернизује и прилагоди потребама савременог правног промета деценијама су били подривани. Снажно изражена традиција решавања спорова путем посредовања или кроз укорене неформалне системе засноване на друштвеној хијерархији, одражавала се чак и на арбитражно решавање међународних трговачких и поморских спорова. Арбитражна процедура у овој земљи, по својој садржини, дужини и броју рочишта, у многоме је подсећала на традиционалну посредничку делатност, без могућности странака да својим споразумом то промене.<sup>35</sup> Нови јапански Закон о арбитражи, којим

<sup>35</sup> Видети Carbonneau, T. – *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 2002. година, стр. 1187.

је систем арбитражног решавања спорова осавременењен, на снази је тек од маја 2004. године.

У Сједињеним Америчким Државама, са друге стране, арбитражна доктрина и пракса у највећој могућој мери наглашавају значај арбитражног споразума,<sup>36</sup> и предвиђају најшири домен уговорних слобода учесника у арбитражи, толеришући и оправдавајући чак и повреде императивних прописа и основних правних принципа учињене постигнутом сагласношћу воља странака.<sup>37</sup>

У Француској, еволуција арбитражног права представља илустративну рефлексију промена у државној правној политици и правној доктрини. Током осамдесетих година прошлог века развој арбитражног права у овој земљи достигао је своју кулминацију. У то време – дакле, пре него што је низ држава ревидирао и либерализовао своја правила арбитражне процедуре, арбитражна регулатива у Француској представљала је најлибералнији правни оквир арбитражног решавања спорова.

Француски арбитражноправни систем, наиме, изграђен је на постулату да нормативни оквири и законска правила не смеју имати функцију ограничавања слободе преношења јурисдикционих овлашћења са државних на арбитражне судове, нити представљати препреку извршења арбитражних одлука – домаћих или страних.<sup>38</sup> Ипак, без обзира на постојање овако либералног арбитражноправног режима, степен уговорних слобода у овој земљи и даље је далеко од

---

<sup>36</sup> У образложењу одлуке Врховног суда САД у предмету *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. (1995) заузет је став да „...проарбитражна политика Федералног арбитражног закона САД не може да функционише без обзирања на жеље уговорних страна. Уколико се странке о томе сагласе... Федерални арбитражни закон обезбедиће извршење споразума према условима предвиђеним у њему чак и када би право неке државе искључило могућност решавања о таквом захтеву у арбитражи“.

<sup>37</sup> Видети премете *Volt Info. Sci., Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. (1989) и *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. (1995).

<sup>38</sup> Videti Robert, J. – *L'Arbitrage – Droit Interne, Droit International Prive*, 1993. година; Carbonneau, T. – *The Elaboration of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration: A Study in Liberal Civilian Judicial Creativity*, Tul. L. Rev., бр. 55, 1980. година, стр. 1 – 2. и Carbonneau, T. – *The Reform of the French Procedural Law on Arbitration: An Analytical Commentary on the Decree of May 14, 1980*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev., бр. 4, 1981. година, стр. 273 – 275.

апсолутне слободе уговарања. На пример, у француском праву признаје се могућност одбране туженог на процесноправном терену употребом приговора неарбитрабилности с обзиром на предмет спора (*rationae materiae*). Карактер неарбитрабилних спорова имају, рецимо, спорови поводом стечаја, будући да решавање ових спорова тангира и интересе трећих лица. Исто тако, према француском праву, арбитражна одлука мора бити образложена без могућности споразумевања странака о супротном.<sup>39</sup> Такође, регламентација арбитражног поступка у циљу заштите општих интереса и јавног поретка прилично је екстензивна. Дакле, ни у Француској неки елементи законске арбитражне регулативе имају императивни карактер, па не могу бити модификовани арбитражним споразумом, што наводи на закључак да је степен уговорних слобода у арбитражном праву ове земље нижи у односу на право САД.

Енглеско кодификовано арбитражно право, тј. Закон о арбитражи из 1996. године,<sup>40</sup> одликује се одређеним специфичностима у погледу приступа регулисању арбитражног споразума. Иако је у овом правном извору инкорпорисан принцип слободе уговарања и, истовремено, призната потреба за поштовањем когентних арбитражних прописа, његове одредбе, у претежном броју, представљају израз једног прагматичног приступа формулисању арбитражних правних правила. Закон превасходно тежи да арбитражу учини функционалном, и то пре свега, у оним правним областима у којима за њену примену има највише аргумената. Оваква интенција законодавца исказана је већ у уводним одредбама закона, где се наводи да се основни принцип арбитражног решавања спорова састоји у томе што функцију циља арбитраже представља изналагање правичног решења спора, без сувишних трошкова и непотребних одлагања. Странке су, у оквирима онога што Закон прописује, слободне да се споразумеју о начину решавања свог спора, а њихова слобода може бити ограничено само потребама јавних интереса. Државним судовима је могућност интервенције у арбитражном поступку ограничена једино на законом предвиђене, изузетне случајеве.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Чл. 1471. Новог кодекса цивилне процедуре Француске.

<sup>40</sup> *Arbitration Act, 1996*. доступно у LL.M., бр. 36, 1998. година, стр. 158 – 159.

<sup>41</sup> За анализу овог закона видети Harris, B. – Planterose, R. – Tecks, J. – *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, 2000. година; Hunter, M. – Landau, T. – *The*

У Кини се ситуација у погледу међународне трговинске арбитраже уопште, па и у погледу домашња уговорних слобода странака, сматра најнестабилнијом у поређењу са свим осталим државама које се могу сматрати носиоцима међународне трговине. Иако је пред арбитражним судовима Кинеске међународне трговинске коморе (CIETAC) спроведен велики број арбитражних поступака, евидентно је да је број спорова који се поверавају кинеским арбитражним судовима на решавање пропорционално мањи у односу на остале државе са приближно једнаком трговинском снагом, чему је узрок сумња у независност и непристрасност арбитражних институција у овој земљи.<sup>42</sup>

### Уместо закључка

„Владавина уговора“ у многим арбитражним системима заснована је на концепцији која се означава као „судска доктрина“ (*court doctrine*), према којој се функција арбитражног споразума састоји у легитимизацији приватизације функције суђења. Овакав приступ наглашава добровољни карактер арбитраже и истиче предоминантност принципа аутономије воље у односу на све остале арбитражне руководне идеје. Слобода уговарања је, стога, само језгро правног регулисања арбитраже – оно што уговорне стране предвиде својим споразумом, представља право меродавно за арбитражу.<sup>43</sup>

---

*English Arbitration Act 1996: Text and Notes*, 1998. година и Merkin, R. – *The Arbitration Act 1996*, 2000. година.

<sup>42</sup> Видети Schengchang, W. – *Practical Aspects of Foreign-Related Arbitration in China*, Swedish and International Arbitration, 1997. година, стр. 45 – 47.

<sup>43</sup> Приступ заснован на апсолутизацији воља страна у спору нарочито је изражен у САД, где је Врховни суд неретко био у ситуацији да одлучује о пуноважности арбитражних споразума чије су одредбе предвиђале очигледне предности за једну од уговорних страна, засноване на неравноправности преговарачких позиција – нарочито у области радних односа и заштите потрошача. У већини тих прилика највиши судски орган САД позитивно је решавао ово питање – видети предмет *Rodriguez de Quia v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. (1989), где је разматрано питање пуноважности арбитражних клаузула садржаних у типским уговорима, и одлучено позитивно о њему, без обзира на постојање проблема везаних за сагласност воља уговорних страна.



Овлашћења државних судова у арбитражи углавном су лимитирана на одлучивање о пуноважности арбитражног споразума, контролу законитости арбитражних одлука и њихово извршење. У пракси, супервизија је најчешће ограничена и врло уска, и, по правилу, резултира одбијањем захтева за поништај, односно признањем и извршењем арбитражних споразума и одлука, осим уколико постоји фундаментална повреда правила о надлежности арбитражног суда или очигледно прекорачење овлашћења од стране арбитра.<sup>44</sup> Са правно-политичког становишта посматрано, чак и када би из неког разлога наступио тренд повећане интерференције државних судова у арбитражи, много је изгледније да би се она фокусирала на арбитражну одлуку него на арбитражни споразум. Арбитражном одлуком финализира се процесна делатност учесника арбитраже, па би се, у случају активирања сукоба између правне политике заштите права на правично суђење и потребе за постизањем функционалности решавања арбитражних спорова, одлучујућа битка водила у фази извршења одлуке. Према *Carbonneau*-у, арбитражни споразум, у поређењу са арбитражном одлуком, јесте у много већој мери виртуелни инструмент, чија је функција више симболична. Симболизам се састоји управо у томе што арбитражни споразум представља капију приватног правосуђења и кодификацију интереса странака у погледу начина решавања спорова.<sup>45</sup> Блокада коју би државни судови поставили на овој инстанци значила би, зато, оспоравање апстрактних фундаменталних принципа на којима се арбитража заснива. Са друге стране, деловање државних судова путем поништења арбитражних одлука било би много примереније потребама уже правно-политичке стратегије привременог интензивирања заштите националних интереса.

<sup>44</sup> Видети *Carbonneau T.* – op. cit, стр. 48 – 54.

<sup>45</sup> Видети *Carbonneau, T.* – *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, *Vand. J. Transnat'l L.*, бр 36, 2003. година, стр. 1193.

*Dejan Janićijević, LLD, Assistant*

## **LEGAL SIGNIFICANCE OF THE ARBITRATION AGREEMENT**

### **Summary**

*This paper discusses the issue of arbitration agreement's legal significance from multiple standpoints – theoretical, practical, technical, political, and comparative. The author analyses the terms and justifying reasons for waiver of the regular means of legal protection in front of the state courts, as well as the types of instruments for derogation of the national courts' jurisdiction, and the methods of reaching an agreement to arbitrate. Likewise, the paper briefly reflects the specific features of perception of the arbitration agreement's legal significance inherent to different legal systems, and projects the possible consequences of the policy shifts towards intensifying judicial intervention in arbitration.*

**Keywords:** *arbitration agreement, arbitration clause, contract freedom, judicial intervention*

## **МОРАЛНИ РЕЛАТИВИЗАМ У АНГЛО-АМЕРИЧКОЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ**

**Апстракт:** Предмет рада је анализа одвајања права од морала, у англо-америчкој јуриспруденцији. Дакле, разматрамо разлоге зашто теорија морала не би требало да учествује у уобличавању права. Ово чинимо пратећи захтев позитивиста, за ослобађање права од морала. Зато је следећа тачка изучавања, то да правна питања не би требало проучавати из угла филозофије морала, већ их ваља посматрати са прагматичког становишта. Један од разлога за ово је и то, што морално теоретисање, према њима, не ствара добру основу за моралне судове. Чак и када би оно створило ваљану основу за моралне судове, ови не би смели да буду употребљени код доношења правних одлука. Разматрамо и став да нема универзалних моралних принципа, већ да постоје само „помодне“ друштвене норме које се разликују од друштва до друштва.

**Кључне речи:** право, морал, морални судови, правне одлуке, морални принципи.

---

<sup>1</sup> Асистент на Правном факултету у Нишу.

## УВОД

Позитивизам се превасходно бави изучавањем права. Прихвата преовлађујући став да адвокати, судије и професори права не могу да се баве правом без помоћи других дисциплина. Разлог лежи у томе што правници недовољно познају све области друштвеног живота које су уређене правом. Ричард А. Познер сматра, да је правницима помоћ неопходна, али да постоји неслагање у погледу тога коме се треба обратити.<sup>2</sup>

Позитивисти сматрају, да је постојање права једна ствар, његова ваљаност или неваљаност – у смислу моралности права – друга. Једно је питање, да ли право постоји или не постоји, а сасвим друго, да ли оно одговара неком предходно датом моралном стандарду. Сматрало се, да право ваља ослободити од „мртвог тела“ морала које се још „лепи“ за њега.

Херберт Харт сматра, да је такозвано „концептуално јединство“ између права и морала погрешно, и он га назива „фантомским“.<sup>3</sup> Харт је ове своје тврдње изнео у тексту „Позитивизам и раздвајање морала и права“<sup>4</sup>, у коме је оспорио постојање било какве нужне везе између морала и права. Ова теза била је предмет спора најпре између Харта и Дворкина, а касније Дворкина и Познера. Хартова теорија је дескриптивна и морално неутрална, и није везана за посебан правни систем или правну културу.<sup>5</sup> Познер, не прихвата значајнију улогу моралне теорије у правном

---

<sup>2</sup> Према часопису *Legal Affairs*, Ричард А. Познер је међу двадесет највећих правника Америке. Међутим, његов прагматизам и морални релативизам као и приврженост филозофији Фридриха Ничеа, одваја га од конзервативне Америке. Његови утицаји су правници Холмс и Хенд. Написао је неколико књига о јуриспруденцији и филозофији права: *Право, прагматизам и демократија, Проблеми јуриспруденције, Проблеми теорије морала и права*. Познерова филозофија је често конзервативна, али је њен допринос без обзира на поље истраживања велики.

<sup>3</sup> Cristobal Orrego, *H. L. A. Hart's Arguments Against Classical Natural Law Theory*, *The American Journal of Jurisprudence*, University of Notre Dame, Volume 48, 2003, p. 310.

<sup>4</sup> Први пут штампано 1958. године у *Harvard Law Review*, vol. 71.

<sup>5</sup> H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1963, p. 25.

истраживању, залажући се за прагматизам, слично како је то чинио и Холмс.<sup>6</sup>

Харт и Познер заузимају став, да филозофија морала нема шта да понуди ученим правницима или судијама у доношењу пресуда, или у стварању правних доктрина. Сматрају, очигледним да правна питања не би требало проучавати из угла филозофије морала, већ их ваља посматрати са прагматичког становишта.

### **1. Немогућност утицаја морала на право**

Судија Холмс, је за Енглеze остао водећа личност у јуриспруденцији, ма како се променила његова америчка репутација. Он, обједињује следећа два квалитета: прво, снагу имагинације, која често недостаје енглеском промишљању права, и друго, јасноћу, коју енглеска правна мисао обично има. Енглески правник који проучава Холмсове идеје, почиње да схвата, да је оно што је сматрао утврђеним и сталним, заправо увек у кретању. Ако се то открива са Холмсом, може деловати неуверљиво, понекад чак и одбојно, али никад загонетно. Међутим, Холмс је, као и Остин са којим је делио многе мисли и идеале, понекад сигурно грешио.

Бентам и Остин, стално су инсистирали на потреби да се разликују, одлучно и максимално јасно, право какво јесте од права какво би оно требало да буде. Бентам сматра, да ће нам инсистирање на разлици између јесте и треба, помоћи да избегнемо две опасности: опасност да се право и ауторитет права изгубе у човековој представи о томе шта право треба да буде, и опасност да постојеће право потисне морал као крајњи тест понашања и могуће критике.<sup>7</sup> Насупрот томе, данас се у САД и Енглеској раздвајање права и морала сматра површним и погрешним.

Грин, Греј и Холмс су сматрали да је инсистирање на дистинкцији између права и морала, омогућило схватање права као средства друштвене контроле. Ова дистинкција је једна од значајних

---

<sup>6</sup> Гордана Вукадиновић, *Савремена америчка јуриспруденција и наша теорија права на почетку XXI века, Америчка јуриспруденција XX века*, Новосадска асоцијација за теорију, етику и филозофију права, Нови Сад, 2006, стр. 25.

<sup>7</sup> Jeremy Bentham, *Principles of Morals and Legislation*, Works I, p. 84.

тема Холмсовог чувеног огледа „Пут права“<sup>8</sup>, и Грејовог дела „Природа и извори права“<sup>9</sup>. Греј је сматрао, да је велика добит фундаменталне концепције, коју је јуриспруденција усвојила, била признавање истине да право једне државе није никакав идеал, већ нешто што стварно постоји. То није нешто што треба да буде, већ је нешто што јесте. Остинова је заслуга, да је ову истину коначно уградио у јуриспруденцију „општег права“.

Несумњиво да су Бентам и Остин, када су инсистирали на дистинкцији између права које јесте и права какво би требало да буде, имали на уму појединачне законе чије је значење било јасно и неспорно, те су настојали да докажу да су такви закони, чак и ако су морално неприхватљиви, ипак закони.

Остин је својом теоријом, инаугурисао доба правног позитивизма.<sup>10</sup> Његово, неслагање са замагљивањем дистинкције између онога што право јесте и какво оно треба да буде, сасвим је, по Харту, опште природе. То је, за Харта, увек погрешно, ма какав био наш стандард о томе какво право треба да буде, и ма какав био садржај који регулише наше одобравање или неодобравање тог права.<sup>11</sup>

Познер, који је био под Холмсовим утицајем, сматра да, морално теоретисање не ствара добру основу за моралне судове. Чак и када би оно створило ваљану основу за моралне судове, ови не би смели да буду употребљени код доношења правних одлука.

Према Харту, реч „морал“ и с њом повезана или синонимна реч „етика“, носи у себи поље нејасности или „отвореног садржаја“. Извесне норме неки људи сматрају моралним, а други не. „Односни морал“ датог друштва или „прихваћени“ или „конвенционални“ морал друштвене групе, о којој се говори, су стандарди понашања које је широко присутно у одређеном друштву, и треба их разликовати од моралних принципа или идеала који могу усмеравати живот појединаца, али које он не дели с било којим већим бројем оних с којима живи.<sup>12</sup> Харт сматра, да су правне норме далеко

<sup>8</sup> Штампано у *Harvard Law Review*, 1897.

<sup>9</sup> John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1921

<sup>10</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Library of Ideas, 1954.

<sup>11</sup> H. L. A. Hart, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, UCLR, 1967, p. 8.

<sup>12</sup> H. L. A. Hart, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 48.

одређеније од моралних. Морални кодекси се међу собом разликују, а та разлика може да настане или из особених али реалних потреба датог друштва, или из незнања.

Под правним позитивизмом, сматра Харт, подразумевамо просту тврдњу да на нужан начин не представља истину, да закони постављају или задовољавају извесне моралне захтеве. Харт је истицао, да Лон Фулер својим начелима унутрашње моралности права<sup>13</sup>, није у потпуности успео да се ослободи правног позитивизма против кога се залагао у свом учењу. Интересантно је да и Артур Кауфман заступа мишљење слично Хартовом. Према њему, Фулерово учење спада у тзв. „емпиријски позитивизам“, иако таква оцена о Фулеровом научном делу нема „праву боју истине“.<sup>14</sup>

Познер, са филозофије морала премешта своје интересовање на правну теорију, испитујући како теорија морала утиче и може да утиче на право. Према њему, утицај је веома мали. Наводи такозване, морално-правне случајеве, од еутаназije и абортуса до сегрегације, и налази да је филозофија морала у основи одсутна и непотребна у судским одлукама, поводом ових случајева. Познер сматра, да сам термин „теорија права“, није јасан колико би требало да буде. Његово позитивистичко настојање, посвећено је професионалним напорима да се одупремо продору теорије морала у област права.<sup>15</sup> Ово чини позивајући се на Дворкина, Харта и Јиргена Хабермаса. Одлика теорија ових аутора, коју он жели да нагласи је претензија на универзалност. Сви они, наводе принципе за које сматрају да су применљиви у сваком правном систему. Ипак принципи су боље разумљиви ако се примењују на национални правни систем: Енглески у случају Харта<sup>16</sup>, Амерички у случају Дворкина<sup>17</sup> и Немачки у случају Хабермаса.

<sup>13</sup> О унутрашњој моралности права Лон Фулер говори у својој књизи *Моралност права*.

<sup>14</sup> Драган М. Митровић, *Правно учење Лона Фулера о моралности права у светлу учења његових противника и бранилаца, Америчка јуриспруденција XX века*, Новосадска асоцијација за теорију, етику и филозофију права, Нови Сад, 2006, стр. 143.

<sup>15</sup> Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, Hofstra Law Review, vol. 8, 1980, p. 487.

<sup>16</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, p. 56.

<sup>17</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, p. 89.

Неслагање права и правде је вековни проблем, али се чини још мање разумљивим због коришћења моралних термина, као што су „поштено“ и „неправедно“. Водећи се Холмсовим мислима, Познер истиче, да је Холмс одавно упозорио на замке у разумевању права, због исувише озбиљног прихватања речника морала. Право користи моралне термине, делимично због свог порекла и импресивности. Да би га боље разумели они на које се односе његове наредбе. На крају, и сам Познер признаје да постоји знатно преплитање права и морала. Али је преплитање ипак ограничено. Зато није велики промашај, када право пропусти да веже санкцију за неко неморално понашање, или када придода санкцију моралном понашању.

Позитивизам се противи идеји, да постоји ван временски и ван просторни морал. Морал, је скуп обавеза које имамо према другима, он би требало да ограничи наш егоизам. Проблем није у поставци да је морал облик социјалне контроле, али јесте проблем то што он има мањи утицај на понашање људи него што то моралисти мисле. Употреба морала у нормативном промишљању, ствара конфузију.

Следећи проблем, је изједначавање морала и етике. Боље је, сматра Познер, појам етика везати за покушаје да се одговори на питање: Како ваља да живим? А појам морала, за скуп одговора који треба да нагласе дужности према другима. Оно што, Познер, највише критикује, јесте „академски морализам“.<sup>18</sup> Према њему, „академски морализам“ заступају Елизабет Андерсон, Роналд Дворкин, Џон Финис, Џозеф Раз и Џон Ролс. Они верују, да морално теоретисање које се обавља на универзитетима, има одлучујућу улогу код моралних одлука и моралног понашања људи. Неки од ових моралиста су правни филозофи (какви су Дворкин, Финис и Раз), или политички филозофи (какав је Ролс), а не филозофи морала. Неки од њих, бране читав систем морала, као што је утилитаризам или Кантова етика, а други се баве применом моралне теорије на сам морал и правне расправе око абортуса и еутаназije. Али, сви они желе да право следи учење моралне теорије.

---

<sup>18</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 4.



Познер, заступа „прагматички морални скептицизам“. Одбија помисао, да постоје универзални морални закони. Он је морални релативиста. Али не сматра, да је морална теорија бескорисна.

Познер сматра, да је морал локална ствар и да нема универзалног морала.<sup>19</sup> Наводи пример таутологије када се каже „убиство је погрешно“, онда када убиство значи неправедно убијање. Али шта је убиство, различито се схвата од друштва до друштва. Постоји велики број рудиментарних принципа социјалне кооперације – као што су не лажи стално, или не крши обећања без разлога, или не убиј – који су присутни у сваком друштву и он пристаје на то да су они рудиментарни принципи универзалног моралног права. Али, према њему, они су исувише апстрактни да би били критеријуми. Зато одбацује морални реализам, и прихвата морални релативизам. Морални релативизам, заступа тезу да појам „морални прогрес“, ваља обазриво користити, зато што је то само могућност, а не и објективна стварност

Познер сматра, да многи морални феномени могу да буду објашњени без позива на моралне категорије. Према позитивистима, речник морала је полемички и лицемеран. Морални принципи који претендују на универзалност, могу боље да буду разумљиви, као „помодне норме“ које се разликују од друштва до друштва. Оно што је универзално су морални сентименти, односно моралне емоције. Али, према Познеру, морални сентимент је неутралан и уствари није морал. „Моралистички“ би био бољи израз за њих. Жаљење и мржња, на пример, су универзални али није објект на који се односе.

И опет позитивисти понављају, да „академски морал“ нема за перспективу побољшање људског понашања. Познавање морала не може да нас покрене или да створи мотивацију за морално деловање, мотив и мотивација морају да дођу изван морала. „Академски моралисти“ немају никакве могућности, или вештине које би им помогле да реше супротстављена мишљења или институционалне проблеме. Позитивизам додаје да, „модерни академски моралисти“ немају могућност да унапреде морал.

---

<sup>19</sup> Richard A. Posner, *The Value of Wealth: A Replay to Dworkin and Kronman*, 9 J. Legal Stud, 1980. p. 243.

Познер, своје становиште назива „прагматички морални скептицизам“, и разликује га од моралног релативизма, моралног плурализма, моралног субјективизма, моралног скептицизма и моралног партикуларизма.

Морални релативизам сматра, да су критеријуми за морално тврђење дати унутар саме конкретне културе, а не од стране универзалних моралних вредности, тако да ми не можемо назвати другу културу неморалном, ако је просуђујемо само по својим стандардима. Али, Харт и Познер одбацују „вулгарни релативизам“, који инсистира на томе да је наша дужност да толеришемо културе које имају другачија морална виђења и вредности од наше. Према њима, „вулгарни релативизам“ је само још једна школа „академског морала“. Али Харт и Познер, нису ни припадници моралног субјективизма, „све је могуће“.<sup>20</sup>

Морални плурализам, је идеја да су моралне вредности невероватно различите, тако да правда и лојалност, на пример, не могу да буду пропорционално извагане у решавању моралних проблема. Ово јесте повезано са моралним релативизмом, али није њему идентично, зато што многи плуралисти верују да нас разлог онемогућава да бирамо између несразмере.<sup>21</sup>

Морални субјективизам, сматра да је моралност везана за морална убеђења сваког од нас, тако да индивидуа дела неморално, само ако је то делање супротно од оних моралних убеђења, која је он прихватио. Тако да није могуће доказати моралну кривицу особе која је одбацила морал свог друштва, као што је то учино Ахил, Едмунд у „Краљу Лиру“, или завереници против Хитлера. Једино што се може рећи за ову особу јесте, да она дела супротно моралним убеђењима заједнице.<sup>22</sup>

Морални скептицизам, није онај који у строгом смислу речи верује да је морална истина несазнатљива. Чињеница је да је децеубиство у нашем и сличним друштвима неморално, осим ако одојче није способно за живот. Свако ко би се залагао за убиство нормалне одојчади, био би проглашен неморалним од сваког. Ту би чак, Харт и Познер постали морални реалисти.

---

<sup>20</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 8.

<sup>21</sup> Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, p. 507.

<sup>22</sup> Richard A. Posner, *The Value of Wealth: A Replay to Dworkin and Kronman*, p. 244.

Харт и Познер тврде, да нема ваљаних одговора на спорна морална питања, ако питања нису сводљива на чињенице. Све ово их чини моралним скептицима, односно онима који изражавају сумњу у могућност стварања објективних тврђења, која морална теорија жели да прикаже. Особа која убије одојче дела неморално, а она која тврди да је ово убиство исправно, износиће аргументе излагао би то са позиције приватног морала. Познер би могао да га сматра лудаком, монструмом, или прекршиоцем локалног моралног кодекса. Али би оклевао да га назове неморалним, као што би оклевао да назове Исуса Христа неморалним, због кршења норми, или Понтија Пилата због спровођења норми.

Било је исправно судити нацистима, а не стрелјати их без суђења. Али то је било политичко право. То је створило ваљану основу за памћење шта су нацисти учинили. Требало је да подстакне Немце да прихвате правну државу, пре него тоталитаризам. Али суђење је било исправно, не зато што је доказало да су нацисти били неморални, што они и јесу, али по нашим правилима, а не по њиховим. То што су они покушали да сакрију своје геноцидне активности, према Харту и Познеру, може да изгледа као да они признају универзално морално право. Постоје и другачија мишљења. Јавност је могла да упозори потенцијалне жртве. И Немци који су били демократски настројени, имали би сумње у геноцид. Да је Хитлер добио рат, супротно мишљење би нестало.<sup>23</sup>

Морални партикуларизам, верује да нема генералних моралних принципа, постоје само партикуларне моралне институције – и у том случају је и Познер морални партикулариста – или, што је још интересантније, да постоје универзална морална правила, али она морају да буду примењена на морална питања са већом дозом пажње у односу на социјални контекст, него што је то учинио Кант.<sup>24</sup>

## **2. Релативност морала и морални прогрес**

Могао би да постоји „универзално морални кодекс“, као скуп принципа које би прихватили као обавезе за решавање специфичних

<sup>23</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 11.

<sup>24</sup> Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, p. 508.

моралних проблема. Могло би, али не постоји такав кодекс, помоћу кога је могуће да се реше конкретни морални проблеми. Свако друштво које је до сада постојало имало је свој морални кодекс, али њега је стварао друштвени живот и околности, а не неки недодирљиви извор.<sup>25</sup> Ропство је било рутина, када победник није могао да прехрани побеђене. Дакле, алтернатива је била да их побије. Да ли је ропство под овим околностима погрешно? Према Познеру, није исправно рећи да су Грци били неморални и да се ропство код њих разликује од ропства које је постојало у САД до грађанског рата.

Релативност морала, указује на то да нема моралног прогреса у смислу модерне здраве нације, према њему, ми не можемо да мислимо да смо морално напреднији од канибала. Ако неко предложи поновно увођење ропства, ми ћемо то одбити као ретроградан захтев. То би указивало на морални прогрес у односу на 1860. годину. Али, ми нећемо моћи да кажемо да смо морално бољи од људи из тог времена, зато што ми знамо да је ропство неисправно, а већина тада то није знала, или једноставно зато што та институција просто више не постоји. Ако кажемо, да је поново увођење ропства морално ретроградан процес, ми износимо наш морални став.

Опремљени бољим знањем људи могу да кажу, да су неке моралне норме ишчезле, зато што нису биле адекватне за постизање друштвених циљева. Ако моралне норме нису више адекватне водећим друштвеним групама или слабе друштво до те мере да је рањиво и освојиво, онда ће нестати или те моралне норме, или друштво. Примери су: моралне норме Нацистичке Немачке и Совјетског Савеза. Како имамо различите моралне кодексе, а најбољи је наш, описујемо разлику између лоших старих моралних кодекса и нових као морални прогрес. И оно предходно називамо неморалним. То је само епитет. Оно што би требало да кажемо јесте, да су ови кодекси били неадаптивни. Да су они адаптивни, ми не бисмо могли ништа друго него да заузмемо вредносни став. Да је Хитлер успео у својој замисли и да је његов морални кодекс имао

---

<sup>25</sup> Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992, стр. 418.

улогу у томе, наша морална убеђења би можда била другачија. На крају Хитлер и Стаљин нису успели, не зато што су њихови програми били неморални, него зато што су њихови системи били екстремно централизовани, и одатле крхки упркос илузији снаге.

Према Познеру, реалност моралног прогреса је доведена у питање, на изненађење анти-релативисте као што је Муди-Адамс. Она сматра, да су људи одувек знали да је ропство погрешно, али су игнорисали ту чињеницу. Имали су лични интерес да прихвате чињеницу неморалности ропства. Тако да нема моралног прогреса, јер смо ми одувек знали шта је морално исправно. Она износи мишљење, да постоје универзални морални принципи (као што је неисправност ропства), али су њени много прецизнији од рудиментарних принципа који претендују на универзалност. Али, за Познера је ово неубедљив доказ. Да ли је, како она мисли, некада било искрених поборника ропства? Како можемо да будемо сигурни да Аристотел није чврсто веровао у ропство? Или Лок?<sup>26</sup>

Амбиција „академских моралиста“ да промене морална убеђења људи и њихово понашања, на крају крајева је нереална. Није до краја јасно зашто би промена моралних убеђења, требало да води промени понашања. „Академски моралисти“ мисле, да ако је неко убеђен да је нешто морално да се учини да ће он бити мотивисан да то учини, кантисти сматрају да је ирационално учинити другачије.

Позитивисти сматрају, да није довољно оно што заступају „академски моралисти“, да је само потребно убедити људе у моралност нечега, потребна је и нека врста унутрашњег или државног притиска. Некад је довољно убеђивање, и људи који пристану то чине зато што им је част да буду исправни, односно бољи од других. Али, то је част а не моралност. То је истовремено жеља за друштвеним статусом. Ако „академски моралисти“ могу да убеде довољно људи да промене своје виђење, онда ће се лакше применити морални кодекс, нарочито ако су моралне норме претворене у право, или заштићене правом. Морал је скуп обавеза, дужности. Јер, иако је највећи број људи добар, или је то постао образовањем, или му је част да то буде, највећи број не жели да се лиши комфора који је

---

<sup>26</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 26.

нарушен наметањем обавеза. Уствари, ми смо невољни да платимо било коју цену да би смо били исправни. Ми то можемо да избегнемо, избегавањем или порицањем онога што морал од нас захтева.

Сваки „академски моралиста“ сматра да његово убеђење сви морају да следе. Сви морају да се сложе са његовом тврдњом, на пример, да је абортус неморалан. Али како имамо различите положаје и статусе у друштву, немогуће је начинити морално униформну популацију.

Позитивизам настоји да објасни, како ће се социјални морални кодекс променити када дође до промена у материјалним условима, или када харизматични лидер користећи неконвенционална средства, може да промени наша морална убеђења. „Академски моралиста“ није тај који мења морална убеђења људи. Моралност, морални плурализам, моралне промене и моралне емоције, могу да створе добру расправу која ће генерисати комплетне моралне циљеве.

Теорија морала, нема шта да пружи праву. Идеја о неморалности расне дискриминације дугује врло мало „академским моралистима“, она дугује морално предузимљивим људима као што су Абрахам Линколн, Мартин Лутер Кинг. Познер, не тврди да „академски моралисти“ нису цитирани у судским одлукама, али они нису били ауторитети због којих се заузимала један или друга страна у одлучивању.

## ЗАКЉУЧАК

Али ако морална теорија није извор права, шта је? Одговор је лак, за оне који верују да сва уставна питања могу бити решена реконструисањем намера састављача. Дворкин и Фулер су превише експлоатисали тај мит.<sup>27</sup> Одговор на ово питање даје Харт, када каже да: „Данас се сматра да морамо признати нешто што су правни позитивисти, чије је време прошло, прикрили: да постоји тачка у којој се укрштају право и морал, да су оно што јесте и оно што треба да буде некако нераздвојно повезани или неодвојиви, иако то

---

<sup>27</sup> Дворкин је то учинио у делима *Суштина индивидуалних права* и *Царство права*, а Лон Фулер у делу *Моралност права*.

позитивизам оспорава.“<sup>28</sup> Практично, узимање у обзир овога је адекватно да реши многа уставна питања, која не воде сукобу морала и политике. Али шта са питањима која не могу да буду тако решена? Судије имају избор. Једно решење је, да ако је јавно мњење подељено око моралног питања, суд остави решење овога политичком процесу. Друго, са којим се Холмс сретао и примењивао је, да иако је политички процес уобичајена ствар, судије с времена на време сами ово реше на основу својих моралних емоција. Ово друго решење прихвата Познер, а прихватао га је пре њега и Холмс који је сматрао, да морални скептик и релативиста има исте моралне емоције као и свако други, а једино се разликује од других, по томе што сматра да морална неслагања не могу да буду решена моралним расуђивањем.

Добар део моралног и неморалног понашања, објашњив је без позивања на моралне категорије. Ово указује, на то да теорија морала нема велики утицај на понашање и да је ту само да бисмо се ми видели у бољем светлу.<sup>29</sup> На пример, ако претпоставимо да постоји алтруизам, а он стварно и постоји, он нема никакве везе са моралном теоријом, моралним правом, моралношћу. Алтруизам као делање у смислу помоћи није мотивисан обећањем, страхом од казне, он је нешто што је често мотивисано љубављу, сажаљењем или наклоношћу. Али ово нема никакве веза са моралним емоцијама, ово није позив на обавезу. „Моралиста“, не може да нас убеди путем метода расуђивања да прихватимо неке моралне стандарде. Он само може да нам понуди моралност, коју ми можемо да прихватимо или одбијемо због части, комфора, убеђења или предности, а не зато што је добар или лош. Ако га прихватимо, ми може да се потрудимо да га примењујемо на неке случајеве, и да се надамо да ће га и други људи прихватити.

Речник морала је локалан. Дворкин, који није метафизички морални реалиста, сматра да неморалност абортуса, ако је он неморалан (што није његово мишљење) не зависи ни од чијег мишљења.<sup>30</sup> Чак и ако он није у праву, као што то Познер сматра, и

<sup>28</sup> H. L. A. Hart, *The Philosophy of Law*, p. 65.

<sup>29</sup> Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 45.

<sup>30</sup> Ronald Dworkin, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 23.

ако је морал ствар локалних убеђења у оквиру сваке заједнице могуће је да се створи морални систем:

Најозбиљнији проблем за моралну теорију, у данашњој Америци, није одсуство независног мишљења. Није ни интернационални морални плурализам. То је морални плурализам у самој САД. Либерали из Њујорка, немају иста морална убеђења као и мормони или бизнисмени са Мајамија, или Јевреји. Проблем моралног плурализма је проблем теорије морала. Сви ови мормони, Јевреји, бизнисмени се слажу да су геноцид и ропство, неморално. Али њихов договор није релевантан, зато што не може да буде искоришћен да би решио сукоб моралних питања. Прихватљивост моралних принципа је обрнуто од њихових могућности да реше актуелна питања.

Сматрамо, да је позитивистичка и релативистичка струја у правној мисли, одбијајући да прихвати укрштање права и морала, донекле прихватила и могућност неморалности читавог правног система. Морал снажно утиче на развој правног система, и обратно право суштински утиче на моралне стандарде. Тако садржај великог броја правних правила одсликава морална правила или принципе. Извесни морални принципи могу да се уведу у правни систем и постану његов део, преко експлицитних законских прописа, а судови могу бити законски обавезни да пресуђују сходно ономе што сматрају праведним, односно најбољим. Слажемо се да, из пуке чињенице да једно правило нарушава неки морални стандард, не следи да то правило никако и није правно правило; и обрнуто, из пуке чињенице да је једно правило морално пожељно не следи да је оно самим тим и правно правило. Али, одбијање присуства морала у праву, сигурно доводи до постхумане будућности, или ако желимо да се окренемо ка прошлости, до страха нацистичког режима.

До тога ће сигурно довести тврдња да, је правни систем један затворени логички систем, у којем се исправне правне одлуке могу логичким средствима дедуковати из претходно одређених правних правила, без обзира на друштвене циљеве, политике и моралне стандарде. Као и тврдња да, морални судови не могу бити утемељени или се бранити као ставови о чињеницама путем рационалних аргумената, евиденције или доказа.

Остинова концепција, да је појам наредбе кључ за науке јуриспруденције и морала је погрешна. Чак и у најједноставнијем



правном систему има много тога што се искривљује ако се представи као наредба. На то је указао Греј рекавши: „Могуће да је грешио када је сматрао да је право у држави наредба суверена“.<sup>31</sup>

Лако је увидети да је оваква представа правног система застарела. Такође се кроз историју види зашто су ужаси нацизма, у директној вези са одрицањем битне везе права и морала. Ситуација која се описује једноставном трилогијом наредба, санкција и суверен, уколико се ти појмови схвате дословно, личи на ситуацију у којој разбојник каже својој жртви: „Новац или живот“. Право свакако не личи на овај опис, а правне одредбе се не смеју поједностављено идентификовати са принудом.

Дакле, нешто изузетно неморално не може бити закон.

---

<sup>31</sup> John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1921, p. 94.

Marko Trajković, LL.M, Assistant

## **THE MORAL RELATIVISM WITHIN THE ANGLO-AMERICAN JURISPRUDENCE**

### **Summary**

*According to the main request of the Positivists, the Theory of Morality shouldn't be taken into consideration while enacting the law. Thus, law should be freed of any influence of morality. Therefore, Posner believes that law shouldn't be studied from the point of view of the Philosophy of Morality. It should be considered from the pragmatic standpoint. Moral theorizing cannot contribute to the development of the legal science. Hart believes that the conceptual unity between law and morality is wrong and he names it "phantom". As said by those two, the Philosophy of Morality has nothing to offer to the learned lawyers or judges when passing judgement, or establishing legal doctrines.*

*This attitude either leads to the posthumous future or takes us back to the horrors of Nazi regime. It is easy to realize that the assumption is outdated. Legal regulations cannot be simply identified with the compulsion. Thus, something downright immoral cannot be accepted as the law.*

**Key Words:** *law, morality, moral judgements, legal decisions, moral principles*

## **СВОД, ПРИСЯГА, СОПРИСЯЖНЫЕ И ОРДАЛИИ В СЛАВЯНСКИХ ИСТОЧНИКАХ ПРАВА**

**Тезисы:** Судебная функция – первая характерная черта государственной власти, которая начинает свою историю с первобытного общества. Развитие судебной функции государственной власти, можно проследить у всех индоевропейских народов, в том числе и у славян. Что же говорят нам источники права в отдельных славянских государствах о древнем судопроизводстве? Можно ли реконструировать (в качестве судебных доказательств) праславянское, общеславянское правосудие, единое для праславян, пока они еще не разделились на отдельные ветви? Ответы на эти вопросы надо искать во многих источниках права средних веков. Для этого необходимо пользоваться методом сравнительного анализа. В источниках права отдельных славянских народов несомненно, существуют тождественные институты судебного производства: свод, присяга, соприсяжные и ордалии.

**Ключевые слова:** судебная функция, государственная власть, первобытно общество, судебные доказательства, славянские источники права

Судебная функция – первая характерная черта государственной власти, которая начинает свою историю с первобытного общества. Развитие судебной функции государственной власти, можно проследить у всех индоевропейских народов, в том числе и у славян. Первые и крайне грубые формы восстановления нарушенных прав сложились еще до образования государств. Этот древнейший процесс был представлен самосудом, т.е. самоуправством. Именно в таком виде он свойствен всем народам на первоначальном уровне развития. После возникновения государственных форм общественной жизни, такой порядок начинает исчезать, и государство принимает на себя заботу формирования собственного судопроизводства. Первоначальная территориальная общность обусловила позднейшее сходство в правосудии отдельных славянских народов. Исторические источники славянских государств содержат нормы о тождественных или сходных судебных учреждениях.

Что же говорят нам источники права в отдельных славянских государствах о древнем судопроизводстве? Можно ли реконструировать праславянское, общеславянское правосудие, единое для праславян, пока они еще не разделились на отдельные ветви? Ответы на эти вопросы надо искать во многих источниках права средних веков. Для этого необходимо пользоваться методом сравнительного анализа. В источниках права отдельных славянских народов, несомненно, существуют тождественные институты судебного производства: свод, присяга, соприсяжные и ордалии.

\* \* \*

Русская Правда и Закон Стефана Душана, источники древнерусского и сербского права, определенно содержат общеславянский институт **свода**. Его суть можно объяснить следующим образом: если у кого-нибудь находится чужая вещь, захваченная или украденная у собственника, или отнятая силой, тот идет на свод. Нужно было доказать добросовестное владение. Если таковое не доказано, процесс доказательства повторялся пока не найдется лицо, (не) имеющее правомочное основание на владение вещью.

В статьях Русской Правды, (ст. 14 Короткой и ст. 35-39. Пространной редакции), упоминается свод, вероятно древний

славянский обычай. Процедура нахождения чужой вещи подробно предписанна в статье 35. Простарнной Правды: *"Аже кто познаеть свое, что будет погубил или оукрадено оу него что и, или конь, или порт, или скотина, то не рци и: се мое, но поиди на сводъ, кде ест взал; сведитется, кто будеть виноват, на того татба снидеть, тогда онъ свое возмет, а что погибло боудет с ним, то же ему начнеть платити..."*<sup>1</sup> Практиковать самосуд запрещается и как видно, предписывается что истец должен наложит обвиняемому "пойти на свод", т.е. обнаружить того у кого есть спорная вещь.

Во время родопламенной организации древних славян, возможно что свод был обычным процессом для нахождения украденной вещи. Тогда не было государственного судопроизводства и истец самостоятельно, собственной силой, отнимал спорную вещь. Когда Русская Правда била действительный закон, государство стало более силним и не терпело самоуправства. Древний обычай нахождения вора и вещи, преобразился в правовую норму. Суд, следовательно, старался решать дела спокойно. Таким образом, свод становился доказательством.

Закон Стефана Душана в статье 180. также содержит свод в качестве доказательства, но и в качестве одного из причин для освобождение от уголовной ответственности (для воровство): *"Если кто признает что-нибудь, что ограблено, украдено с уличением иль насильно взято, пусть каждый об этом свои доказательства представит. Коли кто купил что-либо где-нибудь в государстве Царской моей особы иль в других землях, пусть непременно тому доказательство даст. Коли доказательств не представит, пусть платит по закону"*.<sup>2</sup> Здесь даже и упоминается что и истец и ответчик могут представить свои доказательства о том что их утверждения правильные. Статья также запрещает какой-либо вид самоуправства.

---

<sup>1</sup> Нумерация и текст Русской Правды преприняты из Д. Николић, Древноруско словенско право, Београд 2000. Перевод на русский язык из Российское законодательство X-XX веков Законодательство Древней Руси. Том 1, Москва 1984, под. ред. О. И. Чистякова

<sup>2</sup> Нумерация статьей Закона Стефана Душана препринята из Д. Николић, А. Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, Ниш 2002. Перевод на русский язык взят с интернет сайта <http://www.dusanov-zakonik.co.yu/indexr.html>

Польское обычное право содержанно в источнике известном как Елблонская книга из XIII века, в статье XI предписывает одну форму свода, таким образом свидетельствуя что этот институт славянского происхождения: *"Если у кого-либо будет обнаружена лошадь или другая какая-либо вещь, и тот, кто ее обнаружит, пожалуется, что она была украдена, тогда судья приказывает ему (обвиняемому) отвечать; если он скажет, что купил (эту вещь), тогда судья приказывает ему, чтобы он через 14 ночей доставил того у кого он ее купил..."*<sup>3</sup> У него, следовательно, будет и срок от 14 ночей, чтобы обеспечить присутствие лица от кого покупал вещь. Таким же образом ему можно перенести сомнение на предыдущего собственника (или только притяжателя) спорной вещи.

И памятник чешского права са конца XIII века, Статуты Конрада Ото, упоминает свод. Статья 10. прибавляется к всему что сказано в правовых нормах других источников славянского права. Она предписывает: *"Когда ведут свод, должен присутвоваь посланец каштеляна, судьи и владара и коморника и один или два из этой общины..."* Коморник<sup>4</sup> и представители судебной власти нужно присутствовали выводу доказательств. Из содержания этой статьи тоже видно что государство было решительно принять под свою силу контроль судебного процесса.

Из текстов этих статей мы делаем вывод что свод, очевидно, общеславянский институт. До нашего времени попали источники права из периода государственного строя, но впрочем можно предположить что свод существовал и раньше. Во древное время, авторитет суда еще был слаб. На первом плане в процессе была не деятельность суда, а деятельность самых участников в споре.<sup>5</sup> В памятниках права славянских народов видно что суд принимал власть которая раньше принадлежала тяжущимся. Свод в течение времени переменил свою правовую суть: некогда-то давно был процедурой, а позже стал доказательством. Обменялись только участники этого взаимоотношения – в древнейшем периоде это были

---

<sup>3</sup> Текст Елблонской книги препринятый из Б. Д. Греков, Избранные труды, том I, Москва 1957, стр. 411-439.

<sup>4</sup> В древнем сербском и хорватском праве пристав, а в русском детский.

<sup>5</sup> Сергеевич И. В, Лекции и исследования по древней истории русского права, Москва 2004, стр. 420.

стороны в споре, а после возникновения государства, запрещается самосуд и судья проводил этот процесс как часть официального судебного дела.

Надо упомянуть и одно ограничение. Свод было можно проводить только в домашней земле т. е. в городах Киевской России, как говорит статья 36. Пространной Правды. Загранице, свод был ограниченный до третьего притяжателя спорной вещи. Именно тот (третий) владатель какой-либо вещи должен был платить истцу (собственнику) долг, а потом ему можно "пойти на свод" дальше. Надо заметить, что совсем сходные правовые нормы находятся и в сербском праве, в договорах сербских владельцев с городом Дубровником.

**Присяга** в средние века была обычным доказательством у многих индоевропейских народов и присутствовала, конечно, в источниках права всех славянских народов – восточных, западных и южных. На старославянском языке называлась "рота"<sup>6</sup>, но существуют и названия клятвы и присяга. Толковый словарь древнерусских юридических терминов также говорит об этом институте: "... древняя клятва в качестве средства доказывания представляет собой заклинание в виде особой словесной формулы, которой призывалось всяческие беды и невзгоды на клянувшегося."<sup>7</sup> В договоре Игора и Олега с Византией из 911. и из 944. года, тоже встречаем клятву "в Перуна" и "своим оружием". Есть основания верить что присяга является только в случае когда больше нет других доказательств. Характерная в этом смысле статья 22. Пространной редакции Правды определяющая присягу как доказательство если бы не было других очевидных доказанных средств (уликов): *"Тако же и во всех тяжах, в татбе и в поклепе; оже не будет лица, то тогда ему дати железо из неволи до полугривны золота; аже ли мене, то на воду, оли то до дву гривен; аже мене, то роте ему идти по свое куны."*

---

<sup>6</sup> К. Кадлец считает что ее значение происходит от санскритского слова "рат" – dicere, fari. К. Kadlec, Првобитно словенско право пре X века, Београд 1924, стр. 126.

<sup>7</sup> Толковый словарь древнерусских юридических терминов, под. ред. М. А. Исаева, Москва 2001, слово клятва

Присяга институт знакомый и древном сербском праве. Она упоминается особенно в договорах сербских владельцев с Дубровником, а в Законе Стефана Душана только в статье 160: *"Коли случится что у гостя какого-нибудь, иль купца, иль монаха, отберет у него что силою разбойник иль вор, или выйдет ему на пути помета какая, пусть каждый из них явится к Царской моей особе, и возместит им Царская моя особа все, чего лишились. А Царская моя особа спрашивать станет с управителей да владетелей, которым для охраны дана была дорога и караулы даны. И пусть каждый гость, и купец, и латинянин со всем, что имеет иль несет с собой, обратится к первому караулу, и пусть его проводят; и караул караулу пусть передаст его со всем, что при нем. Коль же случится путнику потерять что, пусть дадут им в **присяжных людей**; все, что по совести вместе с теми присяжными скажnymi скажут, будто утеряно, все пусть им восполнят начальники да караулы".* Торговцы (жители города Дубровника) которые торговали по сербским славянским странам, должны были присягивать если у них было что-нибудь отнято. В эвентуальном споре их присяга снимала сомнение с них, когда других доказательств в таком же случае не было.

Елблонская книга также упоминается присягу. Отличается присяга обвиняемого и присяга свидетеля. Часть 5. статье V очень замечательная поэтому что подробно описывает способ применения этого института судебного процесса: *"...Тогда должен он положить два пальца правой руки, указательный и средний палец, на подножие креста; если он иначе положит пальцы, то будет ему провал. Эти слова он должен сказать сперва, а затем коснуться креста, то же самое должны сделать его свидетели. Каждый из них в отдельности должен поклясться так: В чем Н. Обвиняет Н, в том он не виновен: да поможет мне бог и святой крест".*

Что касается древнего чешского права, особенно интересно так называемое "право сиротское", в Рожмбергской книге,<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Памятник этот назван так потому, что он составлен (или во всяком случае был в употреблении) на территории владений панов Рожмберских. В первой половине XIV века пан Петр из Рожмберка был наивысшим судьей; имя его значится в древнейшей рукописи сборника. Возникновение этого сборника, представляющего собой частную запись права, датируется концом XIII столетия



источнику права XIII или XIV столетия. Статьи 165, 166, 167, 168. и 171. определяют что истец у кого не было имущества, только мог присягивать чтобы доказал свою невинность. Так например, статья 165. говорит: *"За понуждение (к преступлению) один вызов, позвать в суд, как за ограбление; право сиротское "(Привилегия истцов-сирот, которые могли не подвергаться иному испытанию, кроме собственной присяги).*

**Соприсяжные** также институт судопроизводства, характерный для многих народов. В таких памятниках права славян, как Русская Правда, Винодольский Закон, Елблонская Книга и Закон Стефана Душана, они называются разными словами: послухи, ротници, душевници и так далее. Сущность этого процесса доказывания в том, что определенное число людей присягают вместе с ответчиком и таким же образом подпирают его судебную защиту. Соприсяжные являются доказательством у всех иноевропейских народов, особенно у германов и славян. В отличие от свидетелей (видоков), здесь существуют другие признаки характерные для соприсяжных, что не надо помешать. Свидетели говорят об этом что они увидели или услышали, значит, они, следовательно, были очевидцам случая (факта). В отличие от них, соприсяжные помогают стороне в споре в клянению. Они не очевидцы факта, но подтверждают добрую славу ответчика. Они выступали не в качестве простых свидетелей, а как участники судебного процесса. Институт соприсяжников имел еще широкое распространение во времена древних славян и указывает на еще крепкую связь государственного судебного процесса с народным судопроизводством. Их число было 6, 7, 12 или 24 человек. Это наверно были соседи, которые знали для кого присягивали и кому пособствовали.

Русская Правда во многих статьях упоминает слова "видоки" и "послухи". Послухи действительно соприсяжные, а других случаях и слово видоки также значит соприсяжные, а не очевидцы

---

или первой четвертью XIV столетия, причем несомненно, что отдельные части памятника, содержащие старинные правовые обычаи, сложились гораздо раньше того времени, когда они были записаны. "Рожмберская книга" является первым юридическим документом, написанным не на латинском, а на чешском языке. <http://www.vostlit.info/Text/Dokumenty/Tschechien/Romzberk kniga/texst.htm>

факта. Например, статья 18. Простарнной редакции, определяет число от 7 послухов для института "поклепная вира".

Статья 21. Простарнной редакции гласит: *"Искавшие ли послуха, (и) не налазуть, а истъць начнетъ головую клепати, то (да)ти им правду железо."* Очевидно что послухи здесь были доказательством более сильным чем ордалии. В первую очередь, истец был должен найти послухов. Если это окажется невозможным, железо (Божий Суд) будет следующее доказательство.

Статья 47. также упоминает институт соприсяжных: *"Аже кто взищет куны на друзи, а он ся начнетъ запирати, то оже на нь выведеть послуси, то ти поидуть на роту, а он возьмет свое куны..."* Это еще одно свидетельство что послухи считались одним из самых важных доказательных средств.

И в Законе Стефана Душана такое большое внимание уделено институту соприсяжных. В сербском праве они обозначиваются термином "поротници". Происхождение слова известно: от термина "рота", о чем уже говорили. Существовало и другое слово – "душевници" (статья 193.). Это были те которые что-нибудь сказали "по душе". В статьях 151-154. и в статье 106. предписанны условия использования этого доказательства. Характерно здесь что именно нормы определяющие соприсяжных, происходят из времени раньшего сербского короля Милутина. Многие исследователи считают что происхождение этих норм надо искать в глубокой древности, в родопламенной организации сербов и славян вообще. Особенно интересная статья 151. Закона, говорящая об числе поротников: 6, 12 и 24. *"И повелевает Царская моя особа: Отныне впредь пусть присяжные судят и в крупных и в мелких делах. Для крупного дела пусть 24 присяжных будет, для дела помельче 12 присяжных, а для мелкого дела - 6. И те присяжные пусть не властны дело решать полюбовно, пусть правого оправдают, а виноватого обвинят. И все присяжные пусть в церкви будут, и поп в ризах пусть их к присяге приводит, и в суде присяжном к чему большинство присягнет, кого большинство назовет правым, тому и веровать"*.

И Рожмбергская книга говорит о свидетелях которые по сути вероятно были соприсяжные. В статьях 186, 187. и 191, в ситуациях когда отчуждали дедину (по сербском – баштину, по

русском – воотчину) определенно упоминаются свидетели которые присягивали и таким же образом подтверждали справедливость их положений об собственности над землей. Особенно драгоценная статья 182: *"За насилие над женщиной троекратный вызов; (ответчику) надлежит присягнуть сам-седьмой (То есть с семью соприсяжниками) в том, что невиновен"* И здесь также является 7 соприсяжников, подтверждающие положение ответчика, как и в русском и в сербском праве.

**Ордални**, или так называемый Божий Суд, являлся институтом доказательства в праве славянских народов еще со времени ранних средних веков. Он присутствует также и в законодательстве многих германских народов. Самые известные виды доказательств - железо и вода. Их особенность отражается в воображаемом характере этого института и свидетельствует о их древнем происхождении. Древнерусское, старое сербское право и особенно польское обычное право, характеризуются наличием этих институтов доказательства. Следовательно, можно допустить, что и ордалии существовали как праславянское учреждение еще до первого писаного права.

В почти всех источниках права славянских народов упоминается какой-то вид Божьего Суда. В том же смысле, Елблонская книга представляет самый значительный источник, поэтому что статьи XXIV и XXV очень обширно предписывают способ осуществления этого института. Первая из них объясняет как суд осуществлялся "железо", а вторая "воду".<sup>9</sup>

Русская Правда только упоминает два вида Божьего суда, "железо" и "воду", но не объясняет как их делали в практике. И в

---

<sup>9</sup> Существуют два вида: обвиняемому можно "пройти по железу три шага" или "пронести железо три шага". В каждом случае, это было можно сделать только тогда когда у ответчика не было свидетелей и он не хотел биться на судебном поединке. Он считался виноватым когда "один шаг сделал неверно" или когда после три дня у него очень ясные признаки что обжегнулся. Статья XXV предписывает как суд осуществлялся другой вид ордалий – воду. Судья приказывал это доказательство если у обвиняемого не было свидетелей и "если хочет все же кончить дело в тот же день". Ему был сделан знак на голове, по которому можно было бы заметить, тонет ли он или плавает. Если не тонул, а плыл на воде, он "побежден" в том деле.

нормах Пространной Правды ордалии, кажется, второстепенного значения, поэтому что определяются для тех у которых не было других доказательств. В этом смысле значительные ст. 21. и 22, о которых уже говорили. Здесь надо указать и на ст. 85 Пространной Правды, подтверждающую вынесенное мнение: *"Ты тяжже все судят (с) послухы свободными; будет ли послух холоп, то холопу на правду не вылазити; но оже хоцет истец, или иметь и, а река тако: по сего речи емлю ти, но яз емлю тя, а не холоп, и емети и на железо..."* Можно только предполагать как шла процедура "железа". Поэтому, надо еще раз подчеркнуть значение польского обычного права в Елблонской книге, которая, по исторической аналогии, может объяснить тот аспект этих ордалий о котором мы не можем узнавать из других старих источников славянского права.

Рожмбергская книга в многих статьях также только упоминает два вида ордалий. Статьи 155-163 говорят об испытании водой и железом. Посмотрим статью 157. которая предписывает: *"За разбой один вызов; тем же порядком звать к суд, как за ограбление; испытание водой"*. Статья 162. говорит: *"За вязание снопов, самовольно сжатых, один вызов; за поджог один вызов; так же позвать в суд, как за ограбление; по этому иску испытание железом"*. И здесь остается неизвестно каким образом делались эти доказательства.

Надо заметить что в древнем сербском праве одна ордалия отличается от всех других находящихся в источниках древнего славянского права, и по названию и по сущности. Это "котал", о котором говорит ст. 84. Закона Стефана Душана: *"Если кто руку в кипящий котел опускал, тому больше ни суда ни оправдания никакого не надобно. Кто таким образом оправдался, пред судьями не должен оправдываться. И чтоб ни ручательства, ни клеветы, ни самоуправства в суде не было. Судить только по закону"*. Разница от Елблонской книги (в которой упоминается холодная вода) в том что здесь, в сербском праве, как видно, имеется в виду кипящая вода. Обвиняемый должен был ставить свои руки в кипящую воду, чтобы вытащил кусок раскаленного железа. Если он ожегнулся, тогда виноват.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, Београд 1996, стр.753.

\* \* \*

Свод, присяга, соприсяжные и ордалии четыре вида доказательств которые существовали в различных обществах и разновременных государств славянских народов. Несмотря на то что их встречаем в различных эпохах и источниках, они в сущности сходные или тождественные учреждения судебного процесса. Этие доказательства являются институтами древнего судопроизводства одинокого происхождения, все они из времени родопламенной организации славян. С другой точки зрения, они уступка государственной (судебной) власти сделана глубоко укорененной традиции. Свод, присяга, соприсяжные и ордалии были очень полезными для ранних форм государственного строя, поэтому что их авторитет на том же ступени развития был еще очень слаб. Дело идет об институтах судебной процедуры очевидно общих для всех славян и в этом смысле они часть общеславянского правового наследствия и культуры. Этие учреждения праславянского права поддерживают гипотезу что эвентульную реконструкцию первобытного общеславянского права можем делать и анализом текстов из позднейшего периода развития. В том же смысле, такие историческо-правовые исследования о доказательствах судебного процесса, также представляют невеликий но значительный вклад изучению общеславянских древностей.

*Александар Ђорђевић, асистент приправник  
Универзитет у Нишу  
Правни факултет*

### **СВОД, ЗАКЛЕТВА, САКЛЕТВЕНИЦИ И ОРДАЛИЈЕ У СЛОВЕНСКИМ ИЗВОРИМА ПРАВА**

**Апстракт:** *Судска функција је прво обележје државне власти која порекло води још из првобитног друштва. Развој судске функције државне власти може се пратити код свих индоевропских народа, а самим тим и код Словена. У погледу доказних средстава у суђењу код готово свих Словена могуће је реконструисати опшtesловенско правосуђе, а одговоре на кључна питања треба тражити у многим средњовековним изворима права. Због тога је неопходно коришћење упоредноправног метода. У изворима права свих словенских народа несумњиво постоје истоветни институти судства као што су свод, заклетва, саклетвеници и ордалије.*

**Кључне речи:** *судска функција, државна власт, првобитно друштво, доказна средства, словенски извори права.*

**ПРАВО НА НЕПРИСТРАСТАН И НЕЗАВИСАН СУД**  
**- у контексту решавања изборних спорова\***

*Апстракт:* Аутор у раду посматра значај права на непристрастан и независан суд у решавању изборних спорова и заштити изборног права. Смисао решавања ових спорова је у заштити субјективног изборног права и обезбеђењу интегритет а изборног процеса, који ће водити законитом саставу парламента. Услед неизбежне "политичке" димензије изборних спорова претпоставка њиховог успешног решавања је непристрасно и независно поступање свих органа који су позвани да ове спорове решавају.

*Кључне речи:* изборни спор, суд, уставни суд, изборна комисија, изборно право

### **1.1. Изборни спорови-појам и особености**

У теорији уставног права, изборни спор се одређује као сваки спор у којима органи за спровођење избора и судови одлучују о повреди изборног права и изборног поступка.<sup>1</sup> Изборни спорови могу произаћи из тумачења, примене или непоштовања законом прописане процедуре у којој се спроводе изборне активности, а које најчешће долазе од стране органа који спроводе изборе или од других лица која су укључена у изборни процес. Изборни спорови су нераздвојан пратилац избора, јављају се увек и свуда, и зато их не треба посматрати као слабост система; али, онолико колико је једна држава у стању да ефикасно и делотворно решава изборне спорове то ће утолико бити доказ јачине, виталности и отворености њеног политичког и правног система.

Основни циљ и смисао решавања изборних спорова је дво-струк: заштитити једнако изборно право свих грађана и обезбедити поштовање правних правила да би се пружиле гаранције да ће политичко представништво верно одсликати вољу народа. Стога, изборни спорови имају извесне специфичности по којима се разликују од других врста спорова. Изборни спор се показује једним посебним врстом спора који се разликује и од спорова о надлежности и од спорова пуне јурисдикције. Ова специфичност изборних спорова огледа се у следећем: 1. на терену надлежности- јер подразумева укључивање више различитих органа у решавање ових спорова, у зависности од фазе изборног процеса; 2. специфичности у погледу изборних жалби; 3. примена специјализованих процесних правила; 4. посебна овлашћења судија; 5. особеност изборних спорова с аспекта принципа двостраности.<sup>2</sup>

Посебност изборних спорова у односу на остале спорове произилази из чињенице што су радње у изборном поступку строго одређене, предвиђени су веома кратки законски рокови за њихово спровођење који се не могу продужавати, а фазе изборног процеса

---

\*Рад је резултат истраживања на пројекту " Приступ правосуђу- инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", бр.149043 Д, који финансира Министарство науке Републике Србије

<sup>1</sup> М. Пајванчић, Изборно право, Нови Сад, 1999, стр. 216

<sup>2</sup> J.C. Masclet: Droit Électoral, Paris, 1989. p. 313



надовезују се једна на другу. Док разумно време за решавање спорова у грађанским, привредним, управним стварима зависи од околности самог случаја, његове комплексности, понашања странака и власти, решавање изборних спорова мора бити приоритетно решено и у кратком временском периоду, посебно уколико је оспорен изборни резултат.

На терену надлежности посебност изборних спорова јесте укључивање више различитих органа, почев од изборних комисија, преко судова опште надлежности до уставних судова. Ангажовање већег броја органа долази услед широког обима простирања изборних спорова: изборни спорови могу се односити на разграничење изборних граница, регистрацију бирача, регистрацију кандидата, начин спровођења изборне кампање, начин на који се избори спроводе, на састав изборних комисија, састав бирачких листа, финансирање избора, бројање гласова, изборни резултат. С обзиром на време њиховог настанка можемо разликовати изборне спорове који настају у припремној фази избора, током изборног дана и непосредно након тога.

У припремној фази избора бројни су спорови који се тичу измена у бирачком списку, као и спорови који настају у фази кандидовања. Измене у бирачком списку су могуће под стриктно предвиђеним условима и по прописаном поступку, који се покреће по захтеву овлашћеног лица. Ове измене је могуће спровести до одређеног тренутка, али тако да се тачност бирачког списка не може оспоравати вече уочи избора, јер се тиме, између осталог, може угрозити ефикасно решавање по приговорима и жалбама, које се тичу самог гласања.<sup>3</sup>

Када се говори о споровима који настају у фази кандидовања, треба поћи од тога да је то једна од најзначајнијих фаза изборног одлучивања. Учешће у одлучивању о томе ко треба да буде кандидат на изборима је исто тако важно, као и учешће у одлучивању о томе који ће кандидат бити изабран.<sup>4</sup> Формална исправност поднетих кандидатура процењује се од стране надлежних административних

<sup>3</sup> Више о томе D. Petit, *Resolving Election Disputes in the OSCE Area: Towards a Standard Election Dispute Monitoring System*, OSCE-ODHIR, Warsaw, 2000

<sup>4</sup> М, Дамјановић, *Систем и процес кандидовања при избору централног представничког тела- упоредни преглед*, (док.дисертација), Београд, 1974, стр 1-5.

органа. По жалби долази до ангажовања судова, или чак уставних судова. Приговори, жалбе или друга правна средства, које подносе кандидати или бирачи, морају бити третирани поштовањем принципа једнакости. То подразумева једнако поступање према свим кандидатима, партијским или непартијским, у јасно означеном року и у складу са унапред одређеним правилима, која су позната јавности. Одбијање кандидатуре или поништавање већ прихваћене кандидатуре треба примењивати као крајњу меру и у крајње оправданим условима, а не као средство за дисквалификацију потенцијалних кандидата. Решавањем ових спорова омогућава свим грађанима, који имају бирачко право, да то право остваре гласањем или кандидовањем на изборима. Ове спорове треба решавати пре одржавања избора, да не би угрозили легитимност избора, али тако да судија који поступа у припремној фази не би могао да решава касније настале изборне спорове.

Током гласања и непосредно након тога, када се утврђују резултати гласања, могуће су многе неправилности који се предузимају са циљем фаворизовања одређеног кандидата или листе, а које искривљују изборну вољу грађана и угрожавају легитимност изборног процеса. Право на оспоравање исправности избора, по правилу, има сваки бирач који је уписан у бирачки списак, али и политичке партије, које су учествовале на изборима, уколико су уочиле извесне неправилности на бирачком месту или из било ког другог разлога сматрају да избори нису били регуларни. Право на оспоравање исправности избора остварује се од момента састављања записника са бирачких места до утврђивања коначних резултата гласања. Изборним законима се, по правилу, врло прецизно регулише поступак утврђивања и оспоравања изборних резултата, уз могућност поништаја и понављања избора на датом подручју, где су такве неправилности предузете, или се избори могу у целини поновити. Код решавања ових изборних спорова акценат је на њиховој "објективној" димензији; они морају да служе заштите објективног изборног права, односно да њихово решавање води законитом саставу парламента. Формално посматрано, санкција није толико битна колико брзо реаговање и решавање спорова.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Видети о томе Guy S. Goodwin-Gil, *Free and fair elections*, Geneva, 2006.

Специфичност изборних жалби произилази управо из чињенице да се њима не штити само једно лично право појединца, већ и интегритет самог изборног процеса. Одлучујући поводом изборних жалби, изборни судија треба да суверено процењује чињенице и доказе које ће утицати на његову одлуку. Он процењује да ли последице које произилазе из евентуалних нерегуларности повлаче за собом и поништавање избора.

## **1.2. Изборни спорови-институционалне гаранције**

Овако комплексна структура изборних спорова произилази из сложености радњи које се предузимају током изборног поступка: од регистрације бирача до објављивања изборних резултата и расподеле мандата. Стога, потпуно је оправдано ангажовање више различитих органа у њиховом решавању, у зависности од тога када настају и колико су "озбиљни", почев од административних органа за спровођење избора, преко судова и уставних судова, па чак и парламента.

Изборна комисија као свој основни задатак има спровођење избора у складу са предвиђеном, законом регулисаном изборном процедуром. Она се стара да се спроводу одговарајућа правила "изборне игре": односно да избори буду фер и демократски. Извршавање овог задатка подразумева ангажовање комисије у свим оним припремним радњама, које претходе изборима, током самих избора, када сnose највећи терет одговорности за њихово исправно спровођење, али и након избора, када могу проглашавати резултате или решавати спорове који настају у вези са изборима. У послове изборне администрације долази састављање и одржавање бирачких спискова, публиковање информација које имају за циљ едуковање и информисање грађана, селекција и контрола особља које спроводи гласање, пребројавање гласова, могући контролни послови везани за кандидовање и изборну кампању. Изборне комисије, тако штите изборно право током читавог изборног периода, делујући превентивно, у смислу да спречавају такве повреде, и инсистирајући на поштовању изборних прописа; али могу и да поступају по конкретним захтевима за заштитом изборног права поводом повреда које настају на самим бирачким местима. Изборне комисије, тако, представљају један од стубова демократских избора.

Улога судова у заштити изборног права и решавању изборних спорова се квалитативно и квантитативно разликује од улоге поменутих органа. Судови приступају решавању насталих изборних спорова у поступку по жалби на одлуке изборне администрације. То треба да ослободи суд решавања неких мање значајних спорова, који настају услед техничких грешака изборних комисија. Решавање изборних спорова и заштита изборног права може бити поверена свим судовима опште надлежности на челу са Врховним судом, или да о постојећем спору одмах решава највиша судска институција, чије ће одлуке бити коначне и против којих не постоји могућност жалбе. То може да опредељује и чињеница да ли се ради о локалним или парламентарним изборима. Неретко се у државама у којима постоје, решавање изборних спорова поверава Уставним суду. Укључивање уставних судова у решавање изборних спорова произилази из посебне улоге коју ови судови имају. Уставни судови се укључују у решавање изборних спорова: било као другостепенни органи решавајући спорове који се тичу законитости избора, или да иступају као супсидијарни органи, заједно са судовима опште надлежности. У поступак решавања изборних спорова у ширем смислу може бити укључен и парламент. Парламент се појављује у поступку верификације посланичких мандата, када треба утврдити законитост спроведених избора, руководећи се релевантним законским одредбама, тако да не може да потврди незаконити избор, нити може поништити законити избор.<sup>6</sup>

У неким системима постоје и посебни тзв. изборни судови, који су позвани да решавају изборне спорове, али који уз то могу да обављају и неке "менаџерске активности" и који организују изборе са логистичке тачке гледишта. Овакав модел решавања изборних спорова постоји у земљама Латинске Америке и њихово увођење је имало значајну улогу у процесу демократизације и демократске консолидације.

Велики допринос у заштити изборног права и решавању изборних спорова је дала и пракса Европског суда за људска права, који је више пута реаговао у оваквим споровима примењујући

---

<sup>6</sup> Ј. Стефановић, Уставно право ФНРЈ и компративно, Загреб, 1950, стр. 626

одредбе члана 3 Протокола бр.1.<sup>7</sup> Поступајући подовом индивидуалних захтева за заштиту изборног права, Европски суд за људска права је избегавао да намеће државама било каква решења, сматрајући питање избора унутрашњим питањем сваке државе и остављајући да саме процене за који ће се изборни систем одредити и како ће решавати изборне спорове. Он је више пута нагласио да за потребе члана 3 Протокола бр. 1 сваки изборни систем се мора процењивати у светлу политичког развоја земље која је у питању; наиме, карактеристике система које су неприхватљиве у контексту једног система, могу бити оправдане у контексту другог, све дотле док одабрани систем предвиђа услове "који обезбеђују слободно изражавање мишљење народа при избору законодавног органа"

### **1.3. Принцип непристрасности и независности и изборни спорови**

Решавање изборних спорова није у потпуности разрађено међународним инструментима и у међународној заједници не постоји јасан консензус како те спорове треба решавати, већ је препуштено државама да се одређују за неки од модела који најбоље одговара њеним потребама. Приликом успостављања система решавања спорова мора се поћи од принципа који су постављени у међународним документима. Основа би требало да буде право на правично суђење, које је предвиђено ставом 5.10 Документа из Копенхагена, чл. 13 тачка 9 Завршеног Документа из Беча, као и чл. 6 Европске конвенције, укључујући и независност судства, како је то ближе одређено чл. 19, 20 и 21 Документа из Москве.<sup>8</sup> Независно и непристрасно поступање мора да буде руководећи принцип за све органе који су позвани да решавају изборне спорове. Без обзира за који модел решавања спорова да се држава одреди, постоји глобални консензус да је у овом поступку фундаментална легитимност и интегритет изборног поступка, односно обезбедити независност и непристрасност органа који решавају ове спорове.

<sup>7</sup> Видети *Melnychenko v. Ukraine*, (appl. no. 17707/02, *Krasnov and Skrutov v. Russia* (appl. No 17864/04), *Sukhovettsky v. Ukraine* (appl.no 13716/02)

<sup>8</sup> D. Petit, *op cit*, p.9

Да би изборне комисије, односно изборна администрација успешно могла да извршава поверене јој задатке и да ефикасно и објективно решава изборне спорове, морају тежити испољавању трију фундаменталних карактеристика: независност, непристрасност и компетентност. Врло је важно да све чланове комисије не именује исти орган. Мешавина институција које су укључене у поступак номинације је данас правило и у старим и новим демократијама. Може бити корисно и да неке чланове комисије именује неполитичка институција, која се сматра неутралном. У неким држава овај задатак се поверава посебном правосудном телу. У сваком случају изборни закон треба да предвиђа јасне и транспарентне поступке именовања и одређивања изборних комисија.<sup>9</sup> Преко-рачење рокова, збуњено или неусмерено особље, лоша комуникација и дијалог са политичким странкама и представницима медија, општи осећај дезорганизованости или неправедно поступање комисије, може озбиљно да угрози делотворност комисије у њеном послу.<sup>10</sup>

Важан је и амбијент у коме изборна комисија поступа. Наиме, у многим "старим" демократијама избори и референдуми су организовани од стране посебне гране извршне власти, који је у саставу Министарства унутрашњих послова или Министарства правде. То је прихватљиво, јер владе у овим државама не интервенишу у процес спровођења избора. У државама које имају мало искуства у организовању демократских избора, независност изборне администрације насупротив извршној власти не може бити гарантована. Стога, се често у састав ових комисија улазе судије највиших судова. У циљу непристрасног деловања изборне администрације је важно обезбедити да она располаже довољним административним и буџетским средствима. Транспарентност поступака у којима се ови спорови решавају такође помаже да се ојача независност и поверење у ова тела.

Независност судства се може посматрати као део свеукупне независности власти, која је у основи принципа поделе власти. Судска независност је један од камена темељаца демократског

---

<sup>9</sup> European Commission for democracy through law, Report on electoral law and electoral administration in Europe, (adopted 8-9 June 2006) CDL- AD(2006)018 [www.venice.coe](http://www.venice.coe)

<sup>10</sup> Ibid.

правног поретка и она мора да постоји увек када суд поступа и када решава спорове било које врсте. Независност судства се може посматрати као институционална и као персонална. Независност судства као институције се огледа у његовој самосталности према органима законодавне и извршне власти, али и према појединцима, интересним групама и разним организацијама. Независност судија као личности се огледа у њиховој слободи да доносе непристрасне одлуке на основу сопствене оцене чињеница и сопственог схватања закона, без ограничења, притисака, подстицаја или интервенција.<sup>11</sup> Независност судства је основни постулат правне државе и стога није тешко објаснити "зашто су сви образовани народи прихватили начело судске независности, као једну неопходну установу".<sup>12</sup> Иманентно је судској власти да се врши од стране неутралних инстанци, које су у стварном и персоналном погледу независне. Без стварне независности, судска функција се не може замислити, а без независног суда принцип правне државе остаје само пука форма.<sup>13</sup> Независност судова не треба посматрати као привилегију судова, нити је она сама себи циљ, већ је то право сваког човека, а дужност сваког судије.<sup>14</sup>

Али, очувати судску независност посебно је важно онда када се решавају "политички" спорови, а изборни спорови неизбежно имају такву димензију. Зато је захтев за судском независношћу и непристрасношћу врло важно "помирити" са оваквом врстом спорова. Судови, решавајући изборне спорове, могу бити изложени директним или индиректним политичким притисцима. Притисци могу да долазе од стране носиоца власти, односно лица која се налазе на одређеним функцијама; могу постојати и приватне интервенције или да интервенције долазе злоупотребом одређених партијских, административно-управних функција. Често се не

<sup>11</sup> Више о томе: З. Мршевић, *Изазови судске независности*, Београд, 1998.

<sup>12</sup> Ж. Периф, Приступно предавање из теорије грађанског судског поступка, 1889. наведено према С. Лилић (ур.), *Подела власти и независно судство*, Београд, 2002, стр. 62

<sup>13</sup> Д. Стојановић, *Уставно право-друга књига*, Ниш, 2007, стр. 319

<sup>14</sup> D.Woodhouse, "The Constitutional Reform Act 2005- defending judicial independence in the English Way" in *International Journal of Constitutional Law* 2007 5 (1), pp 153-156

интервенише отворено већ у виду консултација, разговора, сугестија и слично, што је мање драстичан, али не и мање штетан начин ограничења независности судова у доношењу одлука.<sup>15</sup> Колико ће се у таквим случајевима остварити прокламована судска независност зависи од многих фактора, као што су ниво политичке културе и стање свести уопште, стање опште политичке климе, понашање политичких странака, морал и карактер, као и стручност и савесност самих судија. То показују и искуства пост-социјалистичких држава, где је са порастом значаја избора растао и број изборних спорова, и повећавао се притисак на судове који су те спорове решавали. У почетку, у првим годинама успостављања вишепартијских, компетитивних избора судови нису били довољно вешти у решавању ових спорова. Разлог томе су биле и недовољно прецизне одредбе изборних закона. Са стабилизацијом изборних система, у овим државама се успостављају одређени стандарди у погледу решавања изборних спорова и заштите изборног права.

Укључивање уставних судова у решавање изборних спорова има више предности. Уставни суд је институција од највишег ауторитета и ужива највиши степен независности; уставно судство ужива потпуни, ничим окрњени легитимитет: вршећи функцију заштите устава, оно се налазило на бранику заштите права и слободе и демократских и цивилизацијских тековина. Уставно судство није нека виша власт у односу на законодавну, извршну и судску власт, већ је као и други органи подређено уставу и строго везано за устав. Уставно судство ужива потпуни легитимитет: вршећи функцију заштите устава, уставности и законитости, оно се налазило на бранику заштите права и слободе и демократских и цивилизацијских тековина. Оно не ствара право, већ отклања повреде нанете уставу и уставности и обезбеђује да устав буде *lex superior*.

Уставно судство није нека виша власт у односу на законодавну, извршну и судску власт, већ је као и други органи подређено уставу и строго везано за устав. Зато се и каже да је "најмање опасно" и најмања је могућност за политизацију овог суда.<sup>16</sup> Управо

---

<sup>15</sup> З. Мршевић, *op.cit.*, стр. 87

<sup>16</sup> П. Николић, " Уставни суд и нови Устав Србије" у Уставни суд Србије-у сусрет новом Уставу, Београд, 2004, стр. 54



из тих разлога пожељно је поверити уставном суду решавање "политичких" изборних спорова. Уставном суду се не даје у надлежност решавање неког питања због политичког садржаја, већ да би уставни суд решио *sine iure et studio*, односно правним а не политичким резонавањем.<sup>17</sup> Уколико је решавање изборних спорова препуштено уставним судовима, онда улога уставног суда постаје много израженија, ако се посматра и нормативна контрола коју овај суд врши у односу на изборне законе и изборне прописе, укључујући и посебну уставносудску заштиту изборног права. Тиме уставни судови креирају амбијент у коме се изборно право остварује и пружају једну контитунирану заштиту изборног права: пре, за време и после избора. Уколико се, пак, решавање изборних спорова поверено и уставним судовима и судовима опште надлежности, важно је прецизно разграничити надлежност сваког суда.

### **5. Решавање изборних спорова у Србији и принцип независности и непристрасности**

У Србији, заштиту изборног права обезбеђује Републичка изборна комисија, Врховни суд Србије и надлежни судови<sup>18</sup>, док Уставни суд Србије одлучује о изборним споровима за које законом није одређена надлежност суда.<sup>19</sup>

Значајна улога Републичке изборне комисије у заштити изборног права произилази из њене надлежности, постављене Законом о избору народних посланика: стара се о законитом спровођењу избора, организује техничку припрему за изборе, прати примену и даје објашњења у вези са применом овог закона, нарочито о спровођењу гласања у иностранству, утврђује јединствене стандарде за изборни материјал, прописује обрасце и правила за спровођење изборних радњи прописаних овим законом, прописује врсту спреја из члана 68. став 4. овог закона, одређује и оглашава у "Службеном гласнику Републике Србије" број и адресу бирачких места, најкасније 20 дана пре дана одређеног за одржавање избора, образује

---

<sup>17</sup> И. Крбек, Уставно судовање, стр. 53

<sup>18</sup> Чл. 7 Закона о избору народних посланика ("Сл. Гласник РС", бр. 35/2000, 18/04)

<sup>19</sup> Чл. 167 ст.2 тачка 5 Устава Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр 98/06. )

бирачке одборе и именује председника и чланове бирачких одбора, утврђује број гласачких листића за бирачка места, оверава их и заједно са овереним изводом из бирачког списка, записнички, предаје бирачким одборима, одређује изборне акте који јој се достављају, утврђује да ли је изборна листа састављена и поднета у складу са овим законом и проглашава, доноси решење о проглашењу збирне изборне листе, одређује начин чувања и руковања изборним материјалом, утврђује и објављује резултате избора, утврђује број мандата који припадају свакој изборној листи, подноси извештај Народној скупштини Републике Србије о спроведеним изборима, доставља податке органима надлежним за прикупљање и обраду статистичких података<sup>20</sup>.

Републичка изборна комисија има централну улогу у превентивној заштити изборног права у периоду од расписивања избора до утврђивања коначних изборних резултата. Успешној заштити изборног права може допринети самосталност, независност и непристрасност комисије, која мора бити сачувана и онда када ради у сталном, као и у проширеном саставу. Републичку изборну комисију у сталном саставу чине председник и шеснаест чланова које именује Народна скупштина Србије, а у проширеном саставу су и по један представник подносиоца изборне листе. "Политички састав" Републичке изборне комисије мора бити такав да ниједна политичка странка, страначка коалиција или друга политичка организација не могу имати више од половине чланова; тако да је потребно успоставити одговарајућу политичку равнотежу: да сви који учествују у изборној трци буду представљени, али да нико нема већину. *Одредбом чл. 29 став 2 Закона о избору народних посланика предвиђено је да органи за спровођење избора раде у проширеном саставу од дана утврђивања тог састава до завршетка избора, па је став Врховног суда Србије да се завршетком избора у смислу цитираног прописа сматра моменат када је Републичка изборна комисија утврдила резултате избора народних посланика Народне скупштине Републике Србије и ове резултате објавила у "Службеном гласнику Републике Србије".*<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Чл. 34 Закон о избору народних посланика

<sup>21</sup> Пресуда Врховног суда Србије Уж 6/2001

У циљу очувања непристрасности у раду, законом је предвиђено да кандидати са потврђене или проглашене листе не могу присуствовати избору органа за спровођење избора. Смисао ове забране је да спречи лица, која имају непосредни интерес, да на било који начин утичу на рад органа за спровођење избора. Забрана ове врсте је у складу са начелом слободних избора, јер осигурава независан и самосталан рад органа за спровођење избора.<sup>22</sup> Законом је прописано да чланови и заменици чланова органа за спровођење избора не могу бити лица која су међусобно сродници у правној линији без обзира на степен сродства, у побочној закључно са трећим степеном сродства, а у тазбинском сродству закључно са другим степеном сродства, као ни брачни другови и лица која су у међусобном односу усвојиоца и усвојеника, односно стараоца и штићеника (чл. 30). Непоступање по овој одредби води распуштању органа и понављању гласања на том бирачком месту, чак и када није било никаквих других неправилности.

Претпоставке судске независности и непристрасности постављене су Уставом Републике Србије од 8.11.2006. Наиме, Уставом се предвиђа да су "судови самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима"<sup>23</sup>. Уставом се гарантује и независност самог судије. "Судија је у вршењу судијске функције независан и потчињен само Уставу и закону. Сваки утицај на судију у вршењу судијске функције је забрањен."<sup>24</sup> Закон о уређењу судова садржи одредбу којом се изричито забрањује коришћење јавног положаја, медија или било које јавно иступање којим се утиче на судски поступак, као и сваки други утицај на суд (чл.6).

Решавајући изборне спорове суд поступа по правилима за решавање управног спора, уз извесне специфичности који намеће природа изборног спора. Пре свега, скраћени су рокови и за покретање поступка пред судом и за одлучивање самог суда. Суд у поступку решавања изборних спорова доноси одлуку најкасније у

<sup>22</sup> М. Пајванчић, *op. cit.*, стр. 211

<sup>23</sup> Чл. 142 ст.2 Устава Републике Србије

<sup>24</sup> Чл. 149 Устава Републике Србије

року од 48 сати од пријема жалбе са списима<sup>25</sup>. Одлука донета у поступку по жалби је правноснажна и против ње се не може поднети захтев за ванредно преиспитивање судске одлуке, нити захтев за понављање поступка, предвиђени Законом о управним споровима. Недостатак овако предвиђеног модела заштите је недовољна транспарентност рада судова, што може да изазове сумњу у непристрасност и независност судства и што може да утиче на поверење грађана у легитимност изборног процеса. Зато треба инсистирати на одговорајућим променама у том смислу. Ако имамо у виду да се Србија сврстала у ред земаља у којима је изборна процедура стандардизована, а њено непоштовање представља тек изузетак, остаје само да се побољша поступак заштите изборног права.

Решавање изборних спорова је супсидијарна надлежност Уставног суда Србије. Он је позван да решава спорове који нису у надлежности других органа, односно судова. Захтев за одлучивање у изборном спору који није у надлежности судова или других државних органа може поднети сваки бирач, кандидат за председника Републике, кандидат за посланика, односно одборника и подносилац предлога кандидата. Захтев треба да садржи разлоге и доказе због којих се тражи одлучивање у изборном спору. Захтев се може поднети најкасније у року од петнаест дана од дана окончања изборног поступка који се оспорава. Уставни суд Србије одржава јавну расправу, на коју позива све учеснике у поступку ради излагања става и давања мишљења. Уставни суд, решавајући изборни спор, треба да утврди да ли је неправилност у изборном поступку доказана и да ли је имала битан утицај на изборни резултат. Тек када су оба услова испуњена Уставни суд може да својом одлуком поништи цео изборни поступак или делове тог поступка. У доношењу одлуке Уставни суд није везан никаквим роком.

---

<sup>25</sup> Венецијанска комисија и ОЕБС сматрају да су рокови за поступање сувише кратки и да је у том периоду немогуће извести све потребне доказе и саслушати обе стране. Такође, сматра се да седнице Врховног суда на којима се решавају изборни спорови морају бити јавне и подносиоцу жалбе мора бити омогућено да присуствује лично или преко представника. Видети Joint recommendations on the laws on parliamentary, presidential and local elections, and electoral administration in the Republic of Serbia, opinion no. 347/2005; [www.venice.co.int](http://www.venice.co.int)

Ова надлежност Уставног суда је постојала и према Уставу Републике Србије од 1990, задржана је и у новом уставу, али и даље није прецизније одређено који су то спорови. Значајне новине у том погледу не доноси ни новоусвојени Закон о Уставном суду Србије. Захтев за одлучивање о изборном спору за који законом није одређена надлежност судова може поднети: сваки бирач, кандидат за председника Републике, односно посланика или одборника, као и подносилац предлога кандидата. Захтев се може поднети најкасније у року од 15 дана од дана окончања изборног поступка који се оспорава.<sup>26</sup> Ако је неправилност у изборном поступку доказана, а имала је битан утицај на изборни резултат, Уставни суд одлука поништава цео изборни поступак или делове тог поступка, који се морају тачно означити. Изборни поступак или делови тог поступка поновиће се у року од десет дана од дана достављања одлуке Уставног суда надлежном органу.<sup>27</sup>

У својој досадашњој пракси уставни суд се често "устезао" да се огласи надлежним за решавање изборних спорова, иако је период за нама обележен великим бројем повреда изборног права и бројним неправилностима током спровођења избора.<sup>28</sup> Уставни судови су избегавали да решавају ове спорове, јер су "ти спорови по природи првенствено политички".<sup>29</sup> Таква пракса Уставног суда Србије, као и изостанак целовитог и конзистентног регулисања заштите изборног права водило је томе да је једно уставом гарантовано право губило свој смисао.

Према одредбама новог Устава ова "изборна" надлежност је проширена утолико што је Уставни суд је позван и да одлучује по жалбама на одлуке донете у вези са потврђивањем мандата народних посланика. Жалбу може поднети кандидат за народног посланика и подносилац предлога кандидата. Уставни суд је дужан да одлуку, по жалби, доноси у року од 72 сата од подношења жалбе и у овом поступку примењују се одредбе Закона о Уставном суду, које регулишу поступак одлучивања о изборним споровима<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Чл. 75 Закон о Уставном суду Србије ("Сл. гласник РС", бр. 109/07)

<sup>27</sup> Чл. 76 Закон о Уставном суду Србије

<sup>28</sup> З. Ђукић- Вељовић, Огледи о политичком представништву и изборима, Београд, 1995, стр. 211

<sup>29</sup> Више о томе Б. Ненадић, "Изборни спорови у надлежности Уставног суда Србије" у Уставно питање у Србији (зборник радова), Ниш, 2004, стр. 275

<sup>30</sup> Видети чл. 79 Закона о Уставном суду Србије

Како је новим Уставом Србије, афирмисана надлежност Уставног суда Србије може се очекивати да у наредном периоду ту дође до значајних побољшања. Уставном суду је поред постојеће, супсидијарне надлежности за решавање изборних спорова, поверено да испитује уставност парламентарне одлуке о потврђивању парламентарног мандата, да одлучује по уставној жалби<sup>31</sup>, онда можемо очекивати веће ангажовање ове правосудне институције у поступак заштите изборног права.

За остваривање изборног права значајна је и његова посредна заштита од стране Уставног суда, која се остварује нормативном контролом и могућношћу забране рада политичких партија. Ангажовање Уставног суда, који би требало да буде несумњиви носилац епитета непристрасности и независности, заштита изборног права би требало да буде подигнута на један квалитативно виши ниво.

\* \* \*

Модели решавања изборних спорова разликују се од државе до државе; али је у највећем броју случајева решавање ових спорова поверено судовима. То могу бити судови опште надлежности, уставни судови, или чак посебни изборни судови. Међународни документи који третирају ову област, као и многи теоретичари, који се баве овим питањима, не опредељују се за неки од ових модела као најбољи. Али оно у чему се сви слажу је да се ниједан систем решавања изборних спорова не може сматрати кредибилним, уколико не полази од основних предуслова за независно судство<sup>32</sup>. Законско регулисање избора, изборних нерегуларности и изборних спорова, иако кључно, није довољно да обезбеди да се изборни спорови решавају у складу са стандардима правне државе, уколико изборне комисије не располажу потребном независношћу у оквиру изборног процеса и колико судство није независно у организацији

---

<sup>31</sup> Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчена Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.

<sup>32</sup> К. Adrian- К. Handerson, The Resolution of disputes related to election results, IFES Rule of law Conference Paper Series, 2004. [www.ifes.org/publication](http://www.ifes.org/publication)

државне власти. Легитимност изборног процеса у великој мери зависи од објективности и непристрасности у решавању ових спорова. То је кључно за изградњу поверења у демократске институције у изборном процесу и од тога зависи да ли ће грађани видети изборни процес као легитиман и да ли ће желети да у томе учествују. Имајући у виду положај уставних судова у односу на друге органе државне власти, сматрамо да уставносудско решавање изборних спорова има највише предуслова да испуни захтеве непристрасности и независности. Уосталом, уставни суд, у великој мери, да доприноси целовитој заштити изборног права и креирању амбијента у коме ће се ово право остварити.

*Maja Nastić, LLB, Junior Assistant*

***THE RIGHT TO IMPARTIAL AND INDEPENDENT COURT  
- in the electoral dispute resolution context***

***Summary***

*The author in this paper observes the significance of the right to impartial and independent court in resolving electoral disputes and protecting electoral rights. The purpose of resolving these disputes is to protect the subjective electoral right and ensure the integrity of electoral process, which would lead to the legal constitution of parliament. Due to the inevitable "political" dimension of electoral disputes, their successful resolution is preconditioned by the impartiality and independence of actions of all authorities in charge for resolving these disputes.*

***Keywords:*** *electoral dispute, constitutional court, electoral commission, electoral right*



## ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ЕКОНОМСКЕ АНАЛИЗЕ ПРАВА

**Апстракт:** Идеја о примени економских метода у праву постојала је пре настанка и развоја модерне научне дисциплине Економска анализа права. Ту идеју су промовисали припадници Немачке историјске школе и Институционалне школе, а касније је прихваћена и даље разрађена од бројних теоретичара у Америци и Европи. Они су утицали да се средином 20. века конституише нова научна дисциплина, која је дала велики допринос систематском повезивању правних и економских принципа, као и разумевању права и правних института на један нови начин.

Методи Економске анализе права или Права и економије налазе своју примену у оним областима у којима је избор начињен, почев од криминалног понашања, преко понашања унутар породице и брачне заједнице, до понашања политичких интересних група. У тој анализи ова научна дисциплина примењује стандардне економске моделе попут модела понуде и тражње, модела тржишта и познате економске методе као што је статистички метод, дајући нова открића, која су од великог значаја и користи за правну теорију и праксу.

Због улоге и значаја Економске анализе права у потпунијем разумевању права и правних института, а посебно њихових економских ефеката, дошло је до прихватања ове наставне и научне дисциплине на правним факултетима широм света. Томе су допринела и бројна истраживања правних и економских проблема, као и објављени стручни радови.

**Кључне речи:** Економска анализа права, школе, институције, економске методе, ефикасност, рационални избор, економска анализа криминала.

## Увод

*Економска анализа права (Право и економија)* је релативно нова научна дисциплина која повезује две велике научне области. Она примењује економске методе у изучавању форме, структуре, развоја и ефеката права и правних института.<sup>1</sup> Економска анализа права правне институте не посматра као непроменљиве спољашње варијабле, већ као ендogene варијабле о којима људи доносе одлуке, односно врше избор.

Њен основни циљ је објашњење везе између правних института и карактера економског живота. У том настојању она се не ограничава само на оне институте, унутар грана права, које за своју основу имају економске односе (пореско право, антимонополско право, радно право и друге гране права), већ проширује анализу права и на институте својине, уговора, накнаде штете и друге. Поред тога, економска анализа се примењује на правне институте и у оним гранама права, које су дуго времена биле „недодирљиве“ за један такав приступ (кривично право, грађанско право, кривично-процесно, грађанско-процесно право, управно право, управни поступак и друге). Томе је пресудни значај дала *Неоинституционална економија или Економија својинских права*, као посебна теорија са сопственим методом. Она има ширу примену од Економске анализе права, јер свој метод истраживања примењује на све, а не само, правне институте. Идеја водила ове теорије је слободно тржиште на коме појединци делујући у сопственом интересу, истовремено остварују и друштвене интересе.

Полазна основа Економске анализе права је да право има економску логику, односно да се правни институти могу објаснити принципима трошкова и користи. Међутим, као и већина нових теорија, и ова је наишла на почетно неразумевање и критику. Многи сматрају да је то редукционистички приступ праву. Основна замерка је да Економска анализа права игнорише правду као основну вредност права. Међутим, у многим случајевима правичност се изједначава са ефикасношћу. У ствари, ова дисциплина се може

---

<sup>1</sup> Charles K. Rowley, *Public Choice and the Economic Analysis of Law*, Cluwer Academic Publishers, Boston, 1989, str.125.

схватити не као искључива и апсолутна у својим ставовима, већ као комплементарна и неопходна у објашњењу многих правних института. Основни принцип ове научне дисциплине је *економска ефикасност*.

### **Теоријска основа Економске анализе права**

Економска анализа права се као научна дисциплина развила средином 20. века у Сједињеним Америчким Државама, пре свега захваљујући радовима Ричарда Познера (Richard A. Posner). Временом је све више прихватана у круговима правника као корисно средство у анализи и решавању правних проблема. Међутим, идеја о примени економских метода и концепата у правној области датира још из 19. века на тлу европског континента, где је постојао академски покрет који је имао амбицију да прошири класично схватање права. Са друге стране, на тлу Сједињених Америчких Држава, Оливер В. Холмс (Oliver Wendell Holmes) је истакао значај повезивања правне и економске научне области, мада сама идеја потиче и пре Холмса и везује се за покрет који је познат под називом *Институционална економија*. Овај покрет је наставио да се шири током 20. века, све до данашњих дана. Још једно значајно име у вези са применом економских идеја у праву, је Арон Директор (Aaron Director). Он је почасни професор Универзитета у Чикагу и заједно са нобеловцем Милтоном Фридманом (Milton Friedman), сматра се утемељивачем *Чикашке школе економске мисли*. Утицао је на генерације правника, међу којима су и имена многих судија, па чак и председника Врховног суда Америке.<sup>2</sup> Ово само говори колики је утицај економске мисли и теорије на правничку, пре свега судијску професију.

Осим Чикашке школе економске мисли и Институционалне економије, временом су се развили и други приступи у Праву и економији, при чему треба свакако издвојити *Неоинституционалну економију*. Између осталог, она је значајна и због свог историјског приступа у изучавању правних и економских институција, што је потврђено додељивањем Нобелове награде двојици истакнутих

---

<sup>2</sup> У питању је William Hubbs Rehnquist који је председавао Врховним судом Америке пуних 19 година.

економских историчара - Дагласу Норту (Douglass North) и Роберту Фогелу (Robert Fogel). Посебну улогу и значај има и *Аустријска школа економске мисли*, где се истичу Фридрих Вон Хајек (Friedrich August von Hayek), Лудвиг Вон Мисес (Ludwig Heinrich Edler von Mises) и други, са својим идејама слободног тржишта без државног уплитања у тржишне односе и веровања у појединца и појединачну акцију.

Различитост приступа у Економској анализи права говори у прилог томе да су они наследили бројне контроверзе из своје изворне области, али то истовремено значи да је ова дисциплина отворена за новине и различито сагледавање ствари, што јој даје снагу и могућност за даљи развој без затварања у уске оквире и калупе. Са друге стране, присутна је велика методолошка разноликост ове дисциплине, тако да предстоји даље методолошко уобличавање и афирмација овог предмета. Ипак, велика открића у анализи правних института попут својине, уговора, накнаде штете и других, утицала су на јачање поверења у ову научну дисциплину, чинећи је све атрактивнијом.

Годинама је на научном пољу суверено владала *Неокласична економија* са својим предметом и методом. Међутим, због изучавања економских и друштвених проблема на теоријском плану, у форми бројних претпоставки и модела, она није могла да прати развој савремених тржишта и стварну животну динамику у економском смислу. Она није обухватила важна ограничења која институције (правне, политичке и друштвене) постављају привредним субјектима. То је створило погодно тло за појаву различитих приступа у изучавању институција, који само представљају надградњу на постојећа, веома значајна, достигнућа неокласичне економије. Већ поменута Неоинституционална економија је напустила теоријски свет у коме се све активности глатко одвијају само на основу информација које пружају цене и ушла у реални свет неизвесности и непотпуног знања. Она је укључила у анализу и *транзакционе трошкове*<sup>3</sup>, као трошкове размене својинских права.

---

<sup>3</sup> Транзакциони трошкови јесу трошкови тражења и лоцирања партнера за размену, трошкови преговарања, трошкови извршења уговора и други.

Економска анализа права сублимира те различите теорије и од 70-тих година 20. века, са капиталним делом већ поменутог Ричарда Познера „*Економска анализа права*“<sup>4</sup>, које се базира у великој мери на теоријским знањима Неокласичне економије, добија признање у правним и ширим интелектуалним круговима као самостална научна дисциплина. Касније, Економска анализа права је обухватила и *Теорију јавног избора* (Public Choice Theory), која се у ширем смислу бави анализом доношења нетржишних одлука (политичких, религиозних и других), а у ужем смислу, концентрише се на политичко одлучивање у оквиру теорије државе, политике партија, изборних правила, понашања гласача. Коначно, у оквиру Економске анализе права налази се и *Теорија игара* (Game Theory), која се бави општом анализом стратегијске интеракције. Апаратура Теорије игара може се користити за проучавање друштвених игара, политичког преговарања и економског понашања.

Економска анализа права своју теоријску основу гради на идејама великих мислилаца, као што су: Адам Смит (Adam Smith), Макијавели (Niccolo di Bernardo dei Machiavelli), Хобс (Thomas Hobbes), Хјум (David Hume), Бекарија (Cesare Beccaria), Белами (Edward Bellamy), Бентам (Jeremy Bentham) и други.

## **Историјски развој Економске анализе права**

### **Први талас**

Развој научне дисциплине Економска анализа права (Право и економија) можемо пратити у два таласа. Први талас или покрет настао је у Европи, али је наставио да се шири и развија у Сједињеним Америчким Државама. Његови главни протагонисти поставили су круцијарно питање о детерминисаности својинских и других права у различитим земљама. У 16. и 17. веку сматрало се да су својинска и друга права одређена природним правом, које је у потпуности независно од позитивног права. Међутим, овај став није задовољио присталице првог таласа, јер није могао да објасни промене својинских права у времену и простору. По њиховом

---

<sup>4</sup> Видети: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998.

мишљењу, промене својинских права су одражавале промене у економских условима једне земље.

Овај талас су развили економисти, и међу њима се истичу они који су припадали тзв. *Немачкој историјској школи*. Значајан допринос повезивању политичке економије и права дали су и теоретичари из других земаља (Енглеска, Француска, Аустрија, Белгија, Италија и САД). Било је на стотине присталица овог покрета, а међу њима Молинари (Gustave de Molinari), Менгер (Carl Menger), Шмолер (Gustav Schmoller), Вагнер (Adolph Wagner) и други.

Кључна теза овог покрета је да су правна правила зависна од економских и социјалних услова. Касније, у 19. веку, Карл Маркс (Karl Heinrich Marx) је прихватио ову идеју. Иначе, она је наишла на чврсто упориште и међу правницима, попут Арнолда (Wilhelm Arnold), Јеринга (Rudolph von Jhering), Мајна (Henry Maine) и других. У Аустрији, на почетку 20. века, приступило се економској анализи одговорности за причињену штету. Такође, они су вршили различита истраживања, од утицаја густине насељености и квалитета земље на различите институције, преко утврђивања предмета индивидуалних и општих права, до проучавања трансакционих трошкова који су добро познати у данашњем праву и економији. У свим истраживањима полазили су од чињенице да појединци сносе трошкове и користи приликом вршења рационалног избора у свету оскудних ресурса.

Први талас је временом почео да бледи, пре свега због све присутније специјализације у друштвеним наукама, која је условила да се економија концентрише искључиво на питања економског карактера. То је утицало да се правни институти посматрају као егзогене варијабле, које су као такве дате и непроменљиве. Са друге стране, постојала је и одређена методолошка неусклађеност, која је можда била резултат и стања у коме се тада налазила економија као наука, јер се маргинална револуција у економији одиграла у кратком периоду на крају 19. века. Неке присталице су постепено напустиле приступ индивидуалног рационалног избора и прихватиле холистички концепт („национални дух“, „колективна воља“ и сл.). Овај покрет је наишао на „осуду“ економиста, који су сматрали да је њихова теорија сувише дескриптивна и са друге стране, на још веће неприхватање од стране правника. До 1930. године покрет је нестао,

али су идеје и даље остале да живе и нашле своје место у радовима Коуза (Ronald Coase), Вилијамсона (Oliver Williamson), Норта (Douglass North) и других. Једна од најважнијих идеја је да закони и политичке институције постављају ограничења економској активности.

### Други талас

Развој модерне Економске анализе права можемо пратити у неколико етапа. Прва етапа почиње од 1930. године надаље, у ком периоду је кључну улогу одиграо познати британски економиста и нобеловац Роналд Коуз са својим делом „Природа фирме“.<sup>5</sup> Међутим, експанзивни развој ове дисциплине везује се за 1940. годину и већ поменути Универзитет у Чикагу под вођством професора Арона Директора. Тзв. „Чикашку групу“ чинили су и Милтом Фридман (Milton Friedman), Џорџ Стиглер (George Stigler) и Френк Најт (Frank Knight). Они су усвојили другачији приступ у економској анализи који се базирао на сумњи у државну интервенцију у привреди и на томе да тржиште најбоље штити рационални индивидуални избор појединаца. На тај начин они су обликовали другачију врсту индивидуалистичке идеологије. Арон Директор, бриљантни економиста, истицао се у примени економских знања у гранама права као што су: антимонополско право, корпоративно право, стечајно право, радно право, пореско право, облигационо право и др. У овом периоду је дошло до развоја тзв. „старог“ Права и економије, за разлику од 1960. године надаље, када се појавило тзв. „ново“ Право и економија, које је економску анализу проширило на правне институте попут уговора, својине, накнаде штете и института кривичног права. „Ново“ Право и економија даље се развија захваљујући чувеном економисти и нобеловцу Герију Бекеру (Gary Becker), који је применио економске инструменте у анализи нетржишног понашања. Он је оставио посебан печат у истраживању криминалног понашања, понашања унутар породице и уопште људског понашања.

У овом периоду постављени су темељи Теорије јавног избора, која ће касније постати део Права и економије. Тада су објављене значајне студије и истраживања у области јавних добара

<sup>5</sup> Видети: Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica*, br. 4, 1937, стр. 386-405.

и механизма њиховог управљања, затим политичких избора, конкуренције између локалних власти и локалних структура, демократије и политичких институција итд.

Други период (1958-1973) је значајан по креирању и развоју стручног часописа *Journal of Law and Economics*, чији је први уредник био А. Директор. Касније, када се Р. Коуз преселио у Америку, постао је уредник овог часописа, и управо у њему објавио свој други значајни чланак „Проблем друштвеног трошка“.<sup>6</sup> У том чланку он је истраживао природу негативних екстерних ефеката (као што је загађење) и створио основу онога што ће се касније назвати „Коузова теорема“. Други значајан чланак<sup>7</sup> везује се за Армена Алкиана (Armen A. Alchian), који је проучавао различите економске последице приватне и државне својине, третирајући их као ендогене економске варијабле. Коначно, трећи познати рад се односи на институт накнаде штете, који се схвата као систем у коме је потребан одређени ниво опреза у активностима у којима се штета може нанети другим лицима, узимајући у обзир и трошкове нанете штете као и трошкове управљања тим системом.<sup>8</sup> Сви ови радови су утицали на многе економисте и њихове радове везане за институт накнаде штете, уговора, својине и институте процесног права.

Већ поменути правним институтима су се у почетку углавном бавили стручњаци економске провенијенције који су припадали тзв. „Чикашкој групи“. Они су својим радовима засенили и научнике из других друштвених наука и утрли пут за даљи развој Економске анализе права. Међутим, свакако треба издвојити и два позната правника из тог периода, Калабрезеја (Guido Calabresi) и Мана (Henry Manne). Први ће остати упамћен по једноставној примени економских инструмената у праву и рационализацији целокупног англо-саксонског система права. Други ће остати упамћен по практичном раду на обуци правника и судија у разумевању права са рационалног аспекта, као и обуци економиста у схватању проширене примене економских метода.

---

<sup>6</sup> Видети: Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, br. 3, 1960, стр. 1-44.

<sup>7</sup> Видети: Armen A. Alchian, *Some Economics of Property Rights*, *Il Politico*, br. 30, 1965, стр. 816-829.

<sup>8</sup> Видети: Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, *Yale Law Journal*, br. 70, 1961, стр. 499-553.



Трећи период (1973-1980) је обележен постепеним прихватањем Права и економије на правним факултетима у Америци. Постоје три важна догађаја која су томе допринела. Први је публикавање новог стручног часописа *Journal of Legal Studies*, други је публикавање Познерове прве едиције „Увода у економску анализу права“, а трећи се везује за рад економских института, на којима су се држали кратки интензивни семинари за професоре права, правне стручњаке и судије.

Познерова књига „Економска анализа права“, намењена правницима и писана једноставним стилем, обухватила је скоро целокупни систем англо-саксонског права. У тој књизи је промовисао тезу о ефикасности англо-саксонског правног система. Он је био ватрени поборник тезе о ефикасности и сматрао да је са нормативног аспекта, ефикасност пожељан циљ, јер омогућава спречавање расипања или максимизирање друштвеног богатства. Осим Познера и други аутори су прихватили ову тезу и на бројним примерима доказивали њену основаност. Тврдило се да је приватна својина на јавним добрима ефикаснија од државне својине, јер креира боље подстицаје за уштеду трошкова на оскудним ресурсима. У том контексту је навођен познати пример пчелара и власника воћњака. Наиме, власник воћњака има корист од пчелара, коме не плаћа никакву надокнаду (пчеле опрашују његове воћке), што би по ранијим мишљењима представљало основу за државну интервенцију путем пореза. Међутим, теоретичари Права и економије су доказали да је у овом случају (пример позитивне екстерналије) ефикасније да власник воћњака и пчелар закључе уговор о постављању кошница близу воћњака и тиме себи осигурају обојану корист. Са друге стране, код накнаде штете је указано да систем правила о одговорности за причињену штету не треба само да пружа основу за обештећење, већ и да креира подстицаје да штета буде спречена тако што би трошкови повећаног опреза били нижи од трошкова саме штете у активностима где она може бити причињена.

Четврти период (1976-1983) је обележен жестоком дебатом између Чикашке школе економске мисли на челу са Познером и са друге стране представника других праваца унутар Права и економије, пре свега институционалиста, правних философа,

правника другачијих опредељења. Критичари су сматрали да ефикасност не може да представља основу за дистрибуцију својинских права (институционалисти), затим да теза ефикасности може да представља хеуристички метод<sup>9</sup>, али не и начин за проверу теоријских ставова. Истицан је неисторијски карактер ове тезе, односно да ефикасно решење у прошлости не мора нужно да омогући исте ефекте и у будућности, затим да је вредновање ефикасности субјективно, а не објективно, јер не постоји скала за мерење ефикасности, што је било мишљење Аустријске школе економске мисли. Даље, оспоравана је теза о ефикасности англо-саксонског правног система, јер недостаје једна општеприхваћена теорија о томе и коначно истицано је да се у савременој држави поред ефикасности, мора водити рачуна и о редистрибутивним ефектима правних правила.

Последњи период (од 1983. године надаље) карактерише Познерова одбрана својих ставова од жестоких критика, која се састојала у публикавању нових едиција „Економске анализе права“, затим повећање рејтинга часописа *Journal of Law and Economics* и *Journal of Legal Studies* и објављивање нових чланака. Основна карактеристика овог бурног периода је та што су из сенке изашле и почеле да се афирмишу нове школе, попут Институционалне, Неоинституционалне, Теорије јавног избора, Аустријске школе економске мисли. Са друге стране, појавили су се нови часописи: *International Review of Law and Economics* (1981), *Journal of Law, Economics and Organization* (1985) и *European Journal of Law and Economics* (1994). У њима је акценат стављен на проучавање правних, економских и политичких институција.

### **Методолошки приступ Економске анализе права**

Постоје одређене заједничке премисе, које су прихваћене од већине теоретичара овог правца, а на којима се базира дисциплина Право и економија. То су:

- 1) Претпоставка о *методолошком индивидуализму*. Она полази од тога да се анализа деловања група, организација, друштва или нације мора свести на посматрање одлука

---

<sup>9</sup> Метод и вештина за прикупљање нових научних чињеница.

појединаца унутар тих колективитета. Зато се увек поставља питање каква је одлука појединаца унутар група, а не каква је одлука групе.

2) Друга претпоставка је да рационални појединци доносе одлуке у сопственом интересу, односно максимизирају сопствену корисност. То је хипотеза о *рационалном избору*. Она нам омогућава да предвидимо понашање појединаца на промене у окружењу, односно како ће они реаговати на те промене.

3) Трећа претпоставка је постојање *стабилних преференција*. Да бисмо предвидели како ће појединци реаговати на промене у окружењу, морамо претпоставити да су њихове преференције стабилне у кратком року.

4) Четврта претпоставка се односи на интеракције између људи. За те интеракције се претпоставља да, осим кратких поремећаја, испољавају тежњу ка равнотежном стању. Дакле, то је хипотеза о постојању *равнотеже у међуљудским односима*. Такође, ова хипотеза се аналогно примењује и на тржишне односе. Понуда и тражња на сваком тржишту доводе до равнотежног стања, јер њиховим изједначавањем долази до успостављања равнотежне цене.

Иако унутар ове научне дисциплине постоје бројне школе, које често о истим питањима и премисама имају различита гледишта, на садашњем нивоу развоја ове дисциплине, можемо издвојити дефинисане предмете изучавања, као што су: значај и улога институција, историјски карактер институција, компаративно изучавање правних и економских система, стратегијско понашање, људска ограничена рационалност, неизвесност и предузетништво, економска регулација, Теорија игара, Теорија јавног избора, однос Права и економије и Социологије права. Та питања су отворена и представљају подлогу за даља истраживања. У сваком случају, она су надградња над предметом интересовања Чикашке школе неокласичне мисли, која је и поред бројних аргументованих и основаних оспоравања, дала огроман допринос у систематском повезивању правне и економске научне области.

Критичари Економске анализе права често тврде да бројне школе из ове области примењују еклектички и прагматички

приступ, као и да је такав приступ базиран на ограниченом броју претпоставки. Иако расправе око дефиниције предмета и метода нису без основа, постоји одређени консензус који је дао Гери Бекер. Он је садржан у његовом ставу да економију као науку не треба дефинисати према предмету истраживања, већ према методу. Тај метод представља *теза о рационалном избору*. Он се примењује на било који предмет истраживања у коме је избор начињен, почев од криминалног понашања, понашања унутар породице, до понашања политичких актера. Према Бекеру, равнотежа се не успоставља само на експлицитним тржиштима, као што је организовано финансијско тржиште, већ и на имплицитним тржиштима, попут тржишта за криминалне активности или тржишта за склапање бракова. Ако цена криминалних активности пада, односно ако се смањи запређена казна за одређене врсте кривичних дела, или ако се смањи вероватноћа откривања починилаца кривичних дела, понуда криминала (кршење закона) ће порастати. Понуда криминала зависи и од висине зараде у законитим делатностима, односно од висине *опортунитетних трошкова*.<sup>10</sup> Са друге стране, постоји и брачно тржиште, на коме се потенцијални супружници надмећу, односно конкуришу једни другима за добијање најбољег брачног друга. Дакле, са једне стране постоји понуда за склапање брака, а са друге стране, тражња за склапање брака. До изједначења брачне понуде и тражње, односно до склапања брака, долази због компаративних предности мушкараца и жена. Изједначење брачне понуде и тражње се одвија у условима неизвесности, јер нико од потенцијалних брачних другова не може унапред да претпостави како ће изгледати њен или његов брачни живот у будућности. Компаративна предност мушкараца означава да мушкарци имају ниже опортунитетне трошкове у тржишним активностима (јер су продуктивнији, односно више зарађују), а жене у вантржишним активностима, односно у производњи унутар домаћинства. Због тога се свако специјализује у оној активности у којој има компаративну предност. Притом, што је већа специјализација, то су веће користи од размене, те се увећава и

---

<sup>10</sup> Опортунитетни трошак јесте највећа пропуштена добит која је могла бити остварена од неке активности. Другим речима, то је оно чега се неко одриче да би добио нешто друго.

ниво корисности коју уживају брачни другови. Овде је реч о претпоставци да мушкарци имају већу зараду од жена. Међутим, уколико се пође од претпоставке да жене имају већу зараду од мушкараца, односно да су продуктивније, у том случају подстицаји за склапање брака налазе се у компаративној предности жена из биолошких разлога (пре свега у подизању и чувању деце). Према томе, деца су један од основних економских разлога за склапање брака. Ови примери показују да се на датим имплицитним тржиштима формирају тржишне цене на основу опортунитетних трошкова криминалне активности, односно опортунитетних трошкова одлуке о склапању брака. Економисти такве цене називају *неновчаним ценама или ценама у сенци (shadow prices)*.

Дисциплина Право и економија се може дефинисати и као „Економска анализа права“ и то као анализа која подразумева примену рационалног приступа у праву. Економска анализа обухвата и развој и еволуцију права, као и његове ефекте и последице примене.

Као што је раније речено, Право и економија је блиско повезана са Неоинституционалном економијом, јер је она само једна од школа унутар ове дисциплине. Међутим, по Коузу, Неоинституционалну економију треба посматрати као посебну дисциплину са својим предметом и методом, која је усмерена на поучавање институција, као што су предузеће, тржиште, правне институције, које су важне за функционисање економског система.

Претпоставка о рационалном избору не означава себичност и тежњу да људи само максимизирају сопствену корисност. Појединци могу да максимизирају корисност и радећи у туђем интересу, као што је рад у добротворним организацијама, или рад из милосрђа. Са друге стране, у породичном праву се често претпоставља да родитељи поступају алтруистично према својој деци. Такође, ова претпоставка не значи да појединци поступају изоловано од других људи. Управо Теорија игара користи претпоставку о узајамним интеракцијама ради проучавања социјалних релација.

Постоје и тврдње да је рационални избор ограничен, услед недостатка потпуних информација, као и ограничености наше способности да обрадимо информације. Као последица тога појединци немају тежњу да максимизирају корисност, већ да достигну

одређени жељени ниво корисности. Међутим, у Праву и економији се сматра да прикупљање и обрада информација имају своју цену (губитак времена, новца и других ресурса), те да рационални појединци промишљено ограничавају број прикупљених информација.

### **Позитивна и нормативна Економска анализа права**

*Позитивна Економска анализа права* објашњава право и његове ефекте онакве какви јесу, а из такве анализе произилази и њена *нормативна компонента*. Другим речима, из објашњења права, онаквог какво јесте, произилази претпоставка какво би требало да буде. Иако економисти не могу да саветују да ли би друштво требало да тежи лимитирању броја кривичних дела, нпр. крађа, они могу показати да је неефикасно дозволити неограничен број крађа и да је за остварење те вредности потребно жртвовати неку другу вредност. Економисти доказују да су средства помоћу којих се покушава остварити један циљ (нпр. смањење броја крађа) неефикасна, и да друштво може постићи бољу превенцију крађе, уз ниже трошкове, помоћу других средстава и метода.

Међутим, постоје и мишљења да Економска анализа права може бити само позитивна, тј. да доношење вредносних судова о томе да је једна правна норма пожељнија од друге, не спада у домен економске анализе. Нека мишљења су толико радикална да иду дотле у тврдњи да правна наука може бити само нормативна, а да економија као наука само позитивна. Као последица тога, ове две научне дисциплине не могу имати заједнички предмет истраживања. Међутим, у том случају се може поставити низ практичних питања везаних за примену правних аката. Једно од њих јесте нпр. какве су последице неусвајање буџета у законском року, при чему је привремено финансирање буџета лимитирано на само три месеца. Након ова три месеца, а без усвојеног буџета, настају јасне економске последице у виду повреде права буџетских корисника, као и дубљи друштвени и политички ефекти, у виду нестабилности и поремећаја свих институција чије финансирање зависи од буџета. Ово је јасан пример како правна регулатива, због својих нејасноћа и правних празнина, конкретно утиче на друштвени и економски

живот једне земље. На основу економске анализе правних норми могу се и бројчано исказати штетни ефекти.<sup>11</sup>

Економисти, као и правници који поштују економску логику, итекако су позвани да предлажу законске акте, узимајући у обзир њихове економске последице и нарочито да у конкретним ситуацијама дају савете да ли је један законски акт ефикасан у својој примени или не.

### **Дедуктивни насупротив индуктивног приступа**

*Дедуктивни приступ* у науци полази од теорије и креће се ка пракси. Полазне претпоставке су једноставне и разумљиве чињенице из свакодневног живота, које се као такве не доказују, већ се узимају као дате (ноторне чињенице).

*Индуктивни приступ* у науци полази од праксе и креће се ка теорији. У таквом приступу врше се емпиријска истраживања, на основу којих се праве генерализације и гради теорија. Присталица индуктивног приступа је Роналд Коуз, који је овај приступ примењивао у својим истраживањима и на њему градио теорије. Такође, постоје представници Бихејвиоралног права и економије који сматрају да се понашање појединаца тешко може предвидети, посебно ако се узме у обзир да преференције појединаца нису стабилне. По њима је индуктивни приступ најбољи начин да се спрече компликације у предвиђању на основу рационалног модела.

У Економској анализи права доминира дедуктивни приступ. Он је изложен критици због високог нивоа апстрактности полазних претпоставки и немогућности да се докажу као евидентне чињенице свакодневног живота. Такав приступ доводи до тога да се

---

<sup>11</sup> У нашој земљи 2007. године је био повређен Закон о буџетском систему, пошто је без правног основа донета Уредба о привременом финансирању буџета у још једном кварталу и након истека законског рока од три месеца. Ова правна празнина је условила кршење закона, да би се избегле негативне економске последице, друштвени и политички немири и очувао социјални мир. Овај догађај је утицао да се крајем 2007. године предложи нови Закон о буџетском систему, у коме је предвиђено да привремено финансирање буџета траје највише „три плус три месеца“. Питање је да ли је и овај рок довољан, с обзиром на досадашњу неефикасност наших државних институција, у овом случају Владе и Народне скупштине.

занемарују и превиђају битне чињенице неког посматраног случаја. Међутим, један од најугицајнијих контрааргумената је став Милтона Фридмана о улози претпоставки у позитивној економији. Он сматра да се реалистичност једног економског модела не тестира на основу претпоставки на којима је изграђен, већ на основу закључака које произилазе из модела. Другим речима, важно је да се закључци и предвиђања која произилазе из модела могу емпиријски доказати. Тиме статистичка верификација добија посебан значај, јер омогућава да се докажу економске теорије и закони. Међутим, представник критичког реализма Карл Попер (Karl Popper), сматра да се верификацијом никада не може доказати да ли је једна теорија исправна или не.

Постоји мноштво ставова у прилог индуктивног или дедуктивног приступа. У сваком случају, Економска анализа права остаје дедуктивна наука, која своју основаност и кредибилитет потврђује конкретним истраживањима у разним гранама права.

### **Примена Економске анализе права**

Наводећи бројне теорије у оквиру научне дисциплине Право и економија, уверили смо се у обимност њеног предмета. Усвајајући на овом месту тезу да је назив „Право и економија“ прикладнији у анализи различитих друштвених појава (шири предмет), а назив „Економска анализа права“ у примени економске анализе само у правној области (ужи предмет), у даљем тексту ћемо се фокусирати на ужи предмет и сагледати *економску анализу криминала* на примеру Бекерове теорије.

Родоначелник ове теорије је Гери Бекер. У анализи криминала, односно противправног понашања, применио је потпуно другачији приступ. Пошао је од претпоставке да су криминалци, односно прекршиоци закона, рационални људи који максимизирају своју корисност. Приликом процењивања да ли да прекрше закон или не, они пореде очекивану нето корисност коју могу да присвоје кршећи закон, са очекиваном нето корисношћу у потпуно законитим делатностима. Притом они ту одлуку доносе у условима неизвесности, јер не знају да ли ће, у случају да прекрше закон, бити откривени и осуђени. Уколико је очекивана нето корисност коју могу да присвоје кршећи закон већа од очекиване нето корисности



од ангажовања у делатностима које су у складу са законом, они ће донети одлуку да прекрше закон и почине кривично дело. Овим моделом се може објаснити зашто се у популацији криминалаца налази велики број људи са нижим степеном образовања, односно људи чији је доходак у законитим делатностима нижи. У опредељивању да ли да се упусте у криминалне активности одлучујући фактори су висина законито стеченог дохотка (који је нижи) и очекивана корисност од чињења кривичног дела (која је већа). У овом моделу се не узимају у обзир морална и друга ограничења са којима се појединци суочавају.

Очекивана корисност од чињења кривичног дела зависи од висине запрећене казне и вероватноће откривања починиоца кривичног дела. Уколико је запрећена казна виша (односно њен новчани еквивалент виши) и уколико је већа вероватноћа откривања починиоца кривичног дела, очекивана корисност од вршења кривичног дела опада. Пошто очекивана корисност те врсте опада, опада и вероватноћа да ће доћи до кршења закона. У том случају постојећа казнена политика представља одлучујући фактор генералне превенције криминала и уколико је она општрија утолико ће бити мање извршилаца кривичних дела.

Ову позитивну анализу Бекер проширује нормативним елементима и упушта се у предлагање оптималних решења у казненој политици. У трагању за оптималном врстом казне, он се залаже за *новчану казну*, јер за њено спровођење није потребно ангажовање додатних рерурса као у случају извршења затворских казни. Даље, он сматра да оптимални износ новчане казне треба да буде једнак износу граничне штете која је настала услед извршења кривичног дела и граничних трошкова привођења починиоца кривичног дела правди.<sup>12</sup>

У дилеми да ли је са друштвеног становишта пожељнија политика којом се увећава запрећена казна или политика којом се повећава вероватноћа откривања починиоца кривичног дела (односно доношења правноснажне осуђујуће пресуде) у циљу повећања генералне превенције, Бекер сматра да је свеједно која ће се политика применити, јер обе имају подједнак утицај на ефективну

---

<sup>12</sup> Овде свакако треба узети у обзир и материјалне могућности починиоца кривичног дела, јер оне ограничавају практичну примену овог модела.

казну. Међутим, политика којом се жели повећање вероватноће откривања починиоца кривичног дела изискује већа материјална средства (полиција, судство и друге институције). Насупрот томе, повећање запрећене казне не захтева додатне ресурсе. У том случају, уколико је потенцијални починилац кривичног дела неутралан према ризику, политика повећања запрећене казне је пожељнија са друштвеног аспекта. Међутим, искуство свакодневног живота показује да је типични починилац кривичног дела склон ризику, што значи да је према Бекеровом моделу ефикасније повећати вероватноћу откривања починиоца кривичног дела.

Ова теорија је имала огроман утицај на многе теоретичаре, што потврђују и бројни радови на ову тему који су уследили, а са друге стране, она је изазвала и велике контроверзе, због појаве радова у којима се користио Бекеров модел у анализи генералне превенције смртне казне.

### **Закључак**

Економска анализа права (Право и економија) је интердисциплинарна научна дисциплина која повезује две велике научне области и омогућава њихово лакше разумевање. Економија пружа методе за проучавање и сагледавање права на један нови начин, који је веома користан у правној теорији и пракси. Већина људи је навикнута да право види само у категоријама правде и правичности. Међутим, комплементарни економски приступ сугерише да се на право гледа као на систем подстицаја, који утиче позитивно или негативно на понашање привредних субјеката и као инструмент за постизање одређених друштвених циљева тј. ефикасности и правичности.

Са друге стране, право и правни акти имају огроман утицај на економију и економске перформансе једне земље. Није свеједно да ли је у одређеној земљи уставом или другим актима фаворизована приватна или друштвена својина (чега смо ми били сведоци), или како је законски уређено питање организације финансијског тржишта.

С обзиром на непобитну чињеницу повезаности права и економије, као и нужност да правници прихвате и уважавају економску логику, али и економисти правне принципе и логику, настала је и развила се посебна научна дисциплина— *Економска*

*анализа права.* Да је ова дисциплина важна и да је стекла пуни кредибилитет, сведочи и њено прихватање и инкорпорирање у наставне планове и програме правних факултета у Сједињеним Америчким Државама и Европи. Поред већ традиционалног изучавања правних и економских проблема на правним факултетима широм света, у гранама права које по природи ствари то захтевају (антимонополско право, корпоративно право, пореско право и друге гране), проширила се примена метода ове дисциплине и на правне институте као што су: накнада штете, уговори, институти процесног права. Осим основног и обавезног предмета на правним факултетима, Економска анализа права постоји и у форми изборног предмета или специјалног програма на правним факултетима у многим земљама у Европи (Холандија, Француска, Италија, Велика Британија и друге). Затим, спроводе се бројна истраживања правних и економских проблема на правним и другим факултетима и специјализованим институтима. Коначно, постоје и бројна међународна удружења, која одржавају конференције, семинаре и предавања из предмета Право и економија. Једно од значајнијих је Европско удружење за право и економију (*European Association of Law and Economics*), које је основано 1984. године са циљем проучавања правних и економских питања.

Покрет Право и економија је један од највећих интелектуалних изазова крајем 20. и почетком 21. века. Иако је ова научна дисциплина прихваћена на престижним факултетима широм света, тек следи њена пуна афирмација. Постоје бројне препреке и ограничења на том путу, од отпора правника у прихватању економских метода, преко одређене методолошке неуједначености предмета, до конзервативизма и затварања у традиционалне оквире. Све то отежава имплементацију ове научне и наставне дисциплине.

Само узајамним разумевањем и комуникацијом између представника правне доктрине и економске науке, могуће је остварити основни циљ Економске анализе права - *потпуније разумевање форме и садржине правних института и правних аката, а посебно њихових економских последица.* У основи тим циљем би требало да се руководе сви научни радници и истраживачи, без обзира на њихову припадност једној или другој научној дисциплини.

*Aleksandar Mojašević, LLB, Junior Assistant,*

## **NOTION AND IMPORTANCE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW**

### **Summary**

*The idea of applying economic methods in law had existed before creation and development of modern scientific discipline named the Economic Analysis of Law. That idea was promoted by members of German Historical School and Institutionalism School. Latter, it was accepted and worked out by numerous theoreticians, both in America and Europe. They propelled the emergence of the new scientific discipline in the mid twentieth century, which contributed a great deal to the making systematic connection between law and economic principles, as well as to understanding law and legal institutes in a new way.*

*Methods of Economic Analysis of Law or Law and Economics could be applied in analyzing any field of social practice - criminal behavior, family and marriage behavior, political interest groups, etc. In those analyses, standard economic models could be applied, such as supply and demand model, market model, as well as the regular economic methods (e.g. statistic method), which provide a new insights, which is of great importance and benefit for the legal theory and practice.*

*Due to its practical role and significance in fuller understanding of the law and legal institutes, and especially theirs economic effects, the Economic Analysis of Law is becoming a part of curricula at faculties of law throughout the world.*

**Key words:** *Economic Analysis of Law, doctrines, institutions, economic methods, efficiency, rational choice, economic analysis of crime.*

**ПРИЗНАЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА КАО  
ПРЕЈУДИЦИЈЕЛНО ПИТАЊЕ У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ  
(члан 25 Закона о извршном поступку)<sup>1</sup>**

***Апстракт:** Могућност да суд надлежан за спровођење извршног поступка одлучује о признању стране извршне одлуке као прејудисијалном питању значајна је новина у праву Републике Србије. Иако је слична могућност била предвиђена и чл. 101 ст. 5 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗМПП), она је из различитих разлога ретко коришћена у пракси. Циљ аутора је да анализом правила ЗМПП која се примењују у оквиру редовног поступка признања страних судских одлука и нових одредби чл. 25 Закона о извршном поступку (ЗИП) укаже на разлике у овим поступцима и на предности примене ове одредбе ЗИП. Такође, и да приказом резултата истраживања судске праксе на локалном нивоу утврди учесталост њене практичне примене, тим пре што се у време доношења Закона о извршном поступку у доктрини претпостављало да ће овај облик признања и извршења страних судских одлука бити и најчешће коришћен.*

**Кључне речи:** страна извршна исправа, признање страних одлука као прејудисијелно питање у извршном поступку

---

<sup>1</sup> Овај рад представља резултат емпиријског истраживања реализованог у оквиру пројекта „Пристап правосудју - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу, а уз финансијску помоћ Министарства науке и заштите животне средине на основу Уговора о реализацији пројекта из програма основних истраживања бр. 149043Д од 23.02.2006. године.

## **1. Признање и извршење страних судских одлука према одредбама Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља**

Признање и извршење страних одлука представља једно од најзначајнијих области Међународног приватног права. У праву Републике Србије ова материја је регулисана одредбама чл. 86-101 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗМПП).<sup>2</sup> Наведени чланови уређују проглашење стране одлуке извршном, док је поступак непосредног извршења регулисан Законом о извршном поступку (ЗИП)<sup>3</sup>. Поред тога, и Закон о ванпарничном поступку<sup>4</sup> се примењује на питања процедуре признања. Извор норми о признању и извршењу јесу још и поједини билатерални<sup>5</sup>, али и мултилатерални уговори<sup>6</sup> које је у овој материји закључила Република Србија.

### **1.1. Поступак признања страних судских одлука**

Признање стране судске одлуке значи њено изједначавање са домаћом судском одлуком, али и стварање услова да оваква одлука произведе правно дејство на домаћој територији.

---

<sup>2</sup> “Сл. лист СФРЈ”, бр. 43/82, 72/82 и “Сл. лист СРЈ”, бр. 46/96.

<sup>3</sup> “Сл. гласник РС”, бр. 125/2004.

<sup>4</sup> “Сл. гласник РС”, бр. 6/95 и 18/2005.

<sup>5</sup> Двострани уговори о правној помоћи у овој области су закључени са Алжиром, Бугарском, Кипром, Чешком, Словачком, Мађарском, Монголијом, Пољском, Румунијом, Русијом, Француском, Грчком, Аустријом и Белгијом.

<sup>6</sup> То су Хашка конвенција о грађанском судском поступку (1905, 1954), Хашка конвенција о олакшању међународног приступа судовима (1980), Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980), Ђујоршка конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству (1956), Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања (2001), Конвенција о међународном превозу железницом (1980), Варшавска конвенција за изједначавање извесних прописа о међународном превозу ваздухопловом (1929), Женевска конвенција о уговорима о међународном друмском превозу робе, путника и пртљага (1973), Бечка конвенција о грађанској одговорности за нуклеарне штете (1963), Међународна конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану загађењем нафтом (1969).

Стране одлуке које су подобне да буду предмет поступка признања пред домаћим судовима јесу одлуке страног суда и одлуке других несудских страних органа које су по праву државе у којој су донете изједначене са судским.<sup>7</sup> Реч је о одлуци донетој у име државе различите од оне у којој се спроводи њено признање, што омогућава да предмет поступка признања буду и одлуке донете од стране конзуларних органа на домаћој територији. При томе, страна одлука мора бити донета у материји међународног приватног права.

Да би страна судска одлука била призната потребно је да кумулативно буду испуњени следећи услови:

1) страна судска одлука мора бити снабдевена потврдом о правноснажности коју издаје надлежни орган земље порекла одлуке (клаузула правноснажности),

2) постојање конкуретне судске надлежности и то према домаћим прописима о судској надлежности, односно непостојање искључиве надлежности домаћег суда у конкретном случају,

3) постојање реципроцитета<sup>8</sup>, при чему је овај захтев сведен на минимум јер је законски претпостављен сходно чл. 92 ст. 3 ЗМПП. Иначе се захтева постојање фактичке узајамности, материјалноправне садржине.<sup>9</sup>

4) поштовање права на одбрану, при чему се нарочито има у виду исправност достављања иницијалног акта и позива на прво рочиште,

5) поштовање јавног поретка домаће државе<sup>10</sup> у смислу ефеката које признање може да изазове у домаћем правном поретку,

6) поштовање начела *ne bis in idem*. Наиме, ако је у истој ствари, између истих странака суд или други орган Републике

<sup>7</sup> Дакле, за квалификацију стране одлуке као судске или са њом изједначеног правног акта меродавно је право државе њеног порекла.

<sup>8</sup> Овај услов се не поставља када признање стране одлуке тражи домаћи држављанин. Иначе, узајамност није услов ни у случају када се тражи признање страних судских одлука донетих у брачним споровима, патернитетским и матернитетским споровима.

<sup>9</sup> Испуњење услова материјалног реципроцитета значи да није довољно само да се одлуке домаћих судова признају у земљи порекла стране одлуке већ и да услови признања нису битно тежи од услова који се за признање захтевају код нас.

<sup>10</sup> Од овог услова се одступа у случају признања стране статусне одлуке која се тиче држављанина земље порекла одлуке.

Србије донео правноснажну одлуку или је призната страна судска одлука донета у истој ствари и између истих странака домаћи суд ће одбити да призна страну одлуку. Специфична је ситуација уколико пред домаћим судом тече раније покренута парница у истој ствари и између истих странака која још увек није правноснажно окончана (приговор литиспенденције). У том случају, суд који спроводи поступак признања ће застати<sup>11</sup> са овим поступком све до окончања парнице која се води пред домаћим судом. Ако се она евентуално не оконча правноснажном пресудом поступак признања се ипак може наставити.

Наведени услови делимично су модификовани уколико је предмет поступка признања страна статусна одлука.<sup>12</sup> Наиме, страна судска одлука која се тиче статуса нашег држављанина, при чему је као меродавно примењено страно право иако је према одредбама ЗМПП требало применити домаће право, биће призната уз додатни услов да резултат примене страног права не одступа битно од резултата који би се добили применом домаћег права. Одлуке страних судова којима је одлучено о неком статусном питању држављанина земље порекла одлуке признају се без преиспитивања услова надлежности, јавног поретка и узајамности. Ако се таквом одлуком истовремено решава и о статусу домаћег држављанина не примењује се повлашћени већ редован режим признања.<sup>13</sup> Уколико се страна судска одлука односи на статус лица који није држављанин земље порекла одлуке, она ће се признати под условом да испуњава услове за признање у у држави чији је држављанин односно лице.

Поступак признања се покреће захтевом за признање који стварно и месно надлежном суду подноси законом овлашћено лице. Треба имати у виду да ЗМПП није одредио ко је овлашћено лице, осим када се ради о признању страних статусних одлука. У том

---

<sup>11</sup> Законски израз “застати” у процесном смислу тумачи се као прекид поступка јер ЗПП не познаје установу застоја. Видети више Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., Међународно приватно право, Нови Сад, 2005, стр. 539.

<sup>12</sup> Под страном статусном одлуком подразумевају се нпр. одлуке о повери детета на чување и васпитање, лишењу или ограничењу родитељског права, разводу или поништају брака, о усвојењу и др.

<sup>13</sup> Видети чл. 94. ст. 2 ЗМПП.



случају је овлашћено лице оно које за то има правни интерес.<sup>14</sup> У доктрини се сматра да се то правило може проширити и на све остале одлуке. У сваком случају то ће несумњиво бити лице које је било странка у поступку, односно његови правни следбеници.

Уз захтев за признање, иако Закон то изричито не предвиђа, у делу доктрине<sup>15</sup> се сматра да треба приложити још и легализовани препис одлуке, оверени превод на српски језик, потврду о правноснажности и њен превод као и доказ о плаћеној судској такси.

Стварно надлежни за признање страних одлука у грађанским стварима су окружни судови, односно трговински судови за одлуке из своје надлежности. Месна надлежност одређује се према подручју на коме се спроводи поступак признања. Поступак признања је ванпарнични и спроводи га судија појединац. У поступку признања може учествовати и противник предлагача при чему се мора поштовати начело контрадикторности. Ипак, усмена расправа заказује се само изузетно.<sup>16</sup> О признању се одлучује решењем које је у случају позитивног исхода декларативне природе. Страна одлука се решењем о признању не може ни мењати ни допуњавати, а у складу са прихваћеним системом ограничене контроле. Решење се доставља свим странкама које имају право жалбе вишој инстанци у року од 15 дана од достављања. Ревизија није дозвољена.

Поред случаја када је признање стране судске одлуке предмет посебног поступка, о њему се може одлучивати и као о *прејудицијелном питању*. У том случају за одлучивање је надлежан суд који води поступак у коме се поставило ово питање, а тако донета одлука има правно дејство само за тај главни поступак. Овако донето решење улази у састав образложења одлуке о главној ствари и самим тим не може бити обухваћено правноснажношћу. Његово извршење спровешће се такође према Закону о извршном поступку на идентичан начин као да је у питању домаћи извршни наслов.

<sup>14</sup> Видети чл. 101 ст. 6 ЗМПП.

<sup>15</sup> Живковић, М., Станивуковић, М., Међународно приватно право, општи део, Београд, 2006, стр. 395.

<sup>16</sup> Уколико суд нађе да је усмена расправа потребна ради разјашњења и утврђења битних чињеница.

## 1.2. Извршење страних кондемпнаторних одлука поводом којих је спроведен поступак признања

Извршење стране судске одлуке представља принудно остваривање приватноправног потраживања на основу стране извршне исправе у поступку који спроводи домаћи суд. Овај поступак се спроводи по одредбама Закона о извршном поступку и то по истим правилима која важе и за извршење домаћих одлука. Стварно је надлежан општински суд, месно надлежан по одредбама ЗИП. У случају да је предмет извршног поступка пред домаћим судом страна одлука која је претходно призната у редовном поступку, уз захтев за извршење извршни поверилац мора да приложи:

- 1) страну извршну исправу у оригиналу или овереном препису,
- 2) оверен превод одлуке на службени језик суда, потврду о правноснажности и потврду о извршности издате од стране надлежног органа државе порекла одлуке као и њихове оверене преводе;

Међутим, у делу доктрине<sup>17</sup> сматра се да потврда о правноснажности није обавезна будући да је признањем страна одлука изједначена са домаћом пресудом. У прилог наведеном тумачењу иде и чињеница да је потврда о правноснажности већ једном поднета суду који је одлучивао о признању, што значи да је испуњење овог услова утврђено још у овом поступку јер у супротном, страна одлука не би ни могла бити призната. Ипак, инсистирање на подношењу потврде о правноснажности у фази извршења било би сверсисходно, према мишљењу аутора, само уколико се о признању одлучује као о претходном питању од стране извршног суда.

## 2. Признање и извршење страних извршних исправа према члану 25 Закона о извршном поступку

Поред могућности примене одговарајућих одредби ЗМПП о признању и извршењу претходно признате стране одлуке могуће је захтевати и *извршење стране извршне исправе*<sup>18</sup> која није

---

<sup>17</sup> Живковић, М., Станивуковић, М., *op.cit.*, стр. 410.

<sup>18</sup> Термин подразумева страну одлуку која може бити призната.

**претходно призната пред домаћим судом.** Овде се имају у виду само кондемпнаторне одлуке. Поверилац може захтевати извршење стране одлуке поводом које није претходно спроведен поступак егзекутуре. У том случају примениће се одредбе чл. 25 ЗИП и надлежни извршни суд одлучиће о признању као прејудицијелном питању.<sup>19</sup>

Приликом дефинисања појма “стране извршне исправе” из чл. 25 ЗИП као предмета овог поступка треба имати у виду да се у овом случају не примењује одредба члана 30 ЗИП<sup>20</sup> већ се њен појам одређује уже. У том смислу, предмет поступка одлучивања о извршењу на основу стране извршне исправе која није претходно призната пред домаћим судом може бити само она одлука која је донета у материји међународног приватног права.

Такође, у поступку који предвиђа чл. 25 ЗИП суд одлучује о признању као прејудицијелном питању само уз проверу испуњености услова о којима води рачуна *ex officio*. То практично значи да се проверава испуњеност оних услова који се односе на:

- 1) правилно засновану међународну судску надлежност према прописима *lex fori*, односно да за поступање у конкретном предмету није био искључиво надлежан домаћи суд,
- 2) јавни поредак и
- 3) *ne bis in idem*;

Међутим, извршни суд је у погледу утврђивања испуњености последњег наведеног услова делимично и ограничен. Наиме, иако домаћи суд води рачуна по службеној дужаности само о постојању раније домаће пресуде у истој ствари и између истих странака ипак је, приликом утврђивања овог услова разумно очекивати већу иницијативу противника предлагача јер суд најчешће није у могућности да буде унапред упознат са постојањем такве одлуке,

<sup>19</sup> Законска формулација овог поступка гласи: “Поступак одлучивања о извршењу на основу стране извршне исправе која није претходно призната пред домаћим судом”.

<sup>20</sup> Наведена одредба под извршном исправом подразумева и оне одлуке које су донете у прекршајном, односно управном поступку или поравнање постигнуто у управном поступку при чему је неопходно да ови правни акти гласе на новчано потраживање.

стране или домаће. Из истог разлога реално је очекивати појаву овог проблема и у редовном поступку признања који се спроводи по одредбама ЗМПП.

Чињеница да суд у овом поступку утврђује испуњеност услова о којима воду рачуна по службеној дужности могла би да имплицира поједностављење поступка признања. Наиме, извршни дужник добија могућност да против одлуке која је призната у овом поступку истиче и друге разлоге за одбијање признања, али тек у правном леку. На овај начин суд је у првостепеном поступку ослобођен дужности утврђивања управо оних услова који су уједно и најсложенији и чија је провера изискивала највише времена, пре свега имајући у виду услов поштовања права на одбрану.

У циљу покретања поступка предвиђеног чл. 25 ЗИП извршни поверилац је дужан да поднесе предлог за извршење стране извршне исправе. Даље, нужно је да уз предлог приложи још и:

- 1) оригинал или оверени препис стране извршне исправе,
- 2) њен оверени превод на службени језик суда,
- 3) потврду о извршности коју издаје надлежни орган земље порекла одлуке, али и потврду о правноснажности.

За спровођење поступка одлучивања о извршењу на основу стране извршне исправе која није претходно призната пред домаћим судом стварно је надлежан суд који је по републичким прописима надлежан за спровођење извршног поступка, а месна надлежност се одређује према ЗИП. О предлогу одлучује судија појединац, а поступак се у целости спроводи према правилима ЗИП. До доношења решења извршни суд не саслушава ни извршног повериоца ни извршног дужника. Једино одступање би се могло очекивати у случају да суд нема све расположиве податке или постоје нејасноће.

Одреба члана 25 Закона о извршном поступку уводи новине и у погледу рокова за одлучивање које додатно поједностављују како поступак признања тако и положај извршног повериоца. Наиме, надлежни извршни суд је дужан да у року од 30 дана од подношења захтева о њему донесе одлуку. Овако кратак рок у коме суд мора одлучити о претходном питању није био предвиђен чланом

101 ст. 5 ЗМПП.<sup>21</sup> Осим тога, за разлику од редовног поступка признања страних одлука који је регулисан у ЗМПП, у поступку извршења и обезбеђења важи начело хитности. Управо је дужност суда да остварује наведени принцип она чињеница која додатно утиче да решење предвиђено чланом 25 ЗИП олакшава положај извршног повериоца.<sup>22</sup> Наиме, он је сада у могућности да тражи евентуално признање стране извршне исправе у упрошћеном поступку и да издејствује доношење одлуке о признању у краћем року и делимично повољнијим условима. С друге стране, управо узимајући у обзир кратке рокове за одлучивање и чињеницу да се неки од разлога за одбијање признања могу навести тек у правном леку сматра се и да је решење чл. 25 ЗИП неповољније за дужника.

Даље, у делу доктрине сматра се да овако одређен рок мора имати последице и на дужност суда да провери испуњеност услова реципроцитета у случају сумње. Наиме, обавеза суда да утврђује постојање узајамности зависи од држања противника предлагача: ако он не оспорава његово постојање суд узима да реципроцитет постоји и када му стварно стање није познато. Ако је питање спорно обратиће се Министарству правде, али ако ствар није довољно разјашњена ни након овог објашњења сматраће се да реципроцитет постоји.<sup>23</sup> Из наведеног разлога очекује се да судови ипак неће често утврђивати постојање узајамности, већ ће своју одлуку базирати на “претпостављеној узајамности” у складу са чл. 92 ст. 3 ЗМПП, осим ако је њено непостојање очигледно. Предвиђени рок од 30 дана је, са становишта праксе, исувише кратак за проверу испуњености услова узајамности у случају сумње која претпоставља сложenu

<sup>21</sup> С друге стране, о предлогу за извршење стране одлуке поводом које је спроведен поступак признања у складу са одредбама ЗМПП извршни суд треба да одлучи у року од 3 дана.

<sup>22</sup> Члан 5 ст. 1 и 2 ЗИП уводи начело хитности. Наведени члан у том делу гласи: “У поступку извршења и обезбеђења суд је дужан да поступа хитно (ст. 1), о предлогу за извршење суд је дужан да одлучи у року од три дана од дана подношења предлога. Ако се предлог за извршење заснива на страниј извршној исправу која није претходно призната од стране домаћег суда, суд је дужан да одлучи о предлогу за извршење у року од 30 дана од дана његовог подношења (ст.2)”

<sup>23</sup> Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., Међународно приватно право, Нови Сад, 2005, стр. 540.

комуникацију суда и републичког министарства за послове правде. Међутим, домаћи судови се често и радо користе одредбама о претпостављеној узајамности која је уведена у домаће право будући да се сматра да убрзава и олакшава међународни правни саобраћај.<sup>24</sup> Ипак, у одређеним областима међународног приватног права ова претпоставка не би смела да важи.<sup>25</sup>

Извршење стране одлуке која није претходно призната може се захтевати у року од 10 година од дана њене правноснажности у земљи порекла одлуке.<sup>26</sup> Међутим, уколико је рок застарелости краћи, а захтев је поднет по његовом истеку, али у оквиру 10 година од дана правноснажности у доктрини се сматра да би суд требало да о предлогу одлучи јер се овим омогућава остварење принципа једнаког поступања. Наиме, странка која свој захтев остварује пред страним судом не може бити доведена у лошији положај од оне која заштиту својих права остварује пред домаћим судом.<sup>27</sup>

Страна извршна исправа се може непосредно извршити тек након прерачунавања досуђеног износа у домаћу валуту. Исто важи и за камату и то према стопи и од датума одређеног у одлуци, али и за трошкове поступка вођеног у иностранству.

### 3. Уместо закључка – примена члана 25 ЗИП у пракси извршног одељења Општинског суда у Нишу

Актуелност теме као и погодности које су уведене на страни извршног повериоца иницирале су емпиријско истраживање правосудне праксе на локалном нивоу. Наиме, у доктрини се претпостављало да ће судови, али и адвокати чешће примењивати наведену

---

<sup>24</sup> Видети више о питању утврђивања узајамности у случају сумње у овом поступку Живковић, М., Извршење страних одлука (страних извршних исправа) у праву Србије, Европски правник бр. 1/2007, Нови Сад, 2007, стр.103-108.

<sup>25</sup> Нпр. када је у питању стицање својине на непокретности путем наслеђивања при чему је наследник страни држављанин, чл. 82в Закона о основама својинско-правних односа овлашћује суд или други орган да о постојању реципроцитета може затражити објашњење од надлежног органа за послове правде. Услед вредности које непокретности имају у економији сваке земље услов реципроцитета се не би смео претпостављати већ би се *морао* на одговарајући начин проверити.

<sup>26</sup> У складу са чланом 379 Закона о облигационим односима.

<sup>27</sup> Видети Живковић, М., loc.cit.

одредбу Закона о извршном поступку, будући да је у овом случају и сâм поступак признања стране судске одлуке олакшан јер суд неће бити обавезан да цени постојање свих услова чије је испуњење неопходно у редовном поступку признања стране судске одлуке.

Међутим, истраживање које је спроведено у току 2007. године у Општинском суду у Нишу - извршном одељењу дало је резултате сасвим супротне од очекиваних. Наиме, у периоду од ступања на снагу Закона о извршном поступку<sup>28</sup> до августа месеца текуће 2007. године није било нити једног случаја одлучивања о признању стране извршне исправе у смислу одредби чл. 25 Закона о извршном поступку.

Штавише, у намери да се утврде и објасне разлози оваквог стања дошло се до закључка да постоји реална потреба за организовањем стручног саветовања судија и адвоката на тему услова, предности и недостатака примене наведене одредбе ЗИП. Наиме, у извршном поступку извршни поверилац заиста ретко иступа непосредно, већ је у највећем броју случајева заступан пуномоћником – адвокатом. То је још израженије уколико се ради о поступку признања страних одлука. Ова чињеница намеће и закључак да број предмета у којима се захтева примена одредбе ЗИП о поступку одлучивања о извршењу на основу стране извршне исправе која није претходно призната пред домаћим судом у потпуности зависи од правилне информисаности и знања адвоката. Рад са њима у овом смислу неопходан је и услед постојања одбојног става према материји међународног приватног права, генерално. С друге стране, примена овог поступка би у пракси значила смањење обима посла судијама, али и адвокатима као пуномоћницима. Чини се да ни ова одредба за сада не налази одговарајућу примену у пракси, што је био случај и са чл.101 ст. 5 ЗМПП.

С друге стране, имплементација члана 25 Закона о извршном поступку у правосудну праксу и његова правилна примена имала би изузетан непосредан значај за остваривање *права на правично суђење*. У овом случају оно се остварује кроз право извршног повериоца да тражи евентуално признање стране извршне исправе у

---

<sup>28</sup> Закон је ступио на снагу дана 23.02.2005. године (три месеца након објављивања у “Сл. гласнику РС” бр. 125/04).

упрошћеном поступку и у краћем року. Доношењем позитивне одлуке о признању страна извршна исправа се изједначава са домаћом извршном исправом. На овај начин се омогућава извршном повериоцу да своје право намирења оствари у извршном поступку по правилима која су идентична правилима за извршење домаће извршне исправе.



*Sanja Marjanović, LLB, Junior Assistant*

**THE RECOGNITION OF FOREIGN COURT JUDGMENTS AS  
PRELIMINARY ISSUE IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS**

(Art. 25 of the Statute of Enforcement Proceedings)

**Summary**

*The possibility for the court in charge for carrying out the enforcement proceedings decides on recognition of the foreign enforceable judgment as a preliminary issue is an important novelty in Serbian law. Although the similar option was provided for in the Statute on Private International Law (Art. 105(5)), from various reasons it was scarcely used in practice. By analyzing the Statute on Private International Law's provisions pertaining to the regular recognition proceedings and the new solutions adopted by the Statute of Enforcement Proceedings the author aims at pointing out the differences with respect to these proceedings as well as the advantages of application of the Statute of Enforcement Proceedings' provision. Likewise, by presenting the judicature research results, tries to determine the incidence of the practical application of this provision, since at the time of Statute of Enforcement Proceedings' enactment it was projected that this form of recognition would be most commonly used.*

**Key words:** *foreign decision, recognition of foreign decisions as preliminary issue in enforcement proceedings*



## **ПРАВНА ПРИРОДА ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

**Апстракт:** *Јавне агенције су новина у нашем правном систему, те стога још увек није изграђен јединствен појам јавне агенције који би одговарао свим обележјима и сврси ради које се оснивају те организације. Пре свега, из разлога што у нашој правној теорији још увек није јасно дефинисано место ових организација у правном систему Републике Србије, а потом и због постојања извесних недоумица које стварају позитивни прописи којима се организује устројство и рад државне управе у нашој земљи.*

*Јавне агенције су специфичне организације. Ово из разлога што имају велике сличности и са органима државне управе и са организацијама које врше јавну службу. Практично, јавне агенције се налазе на средини између ових двају организационих облика јавне управе, како у функционалном тако и у организационом смислу.*

*Како би утврдили правну природу ових организација у нашем правном систему, морамо најпре утврдити неке моменте који су битни за настанак ових организација у свету, будући да су оне преузете из иностраних правних система. Затим је потребно утврдити њихова обележја, ради одређивања њиховог места у односу на друге субјекте јавне управе, утврдити природу послова које обављају и коначно утврдити предуслове и узроке њиховог оснивања.*

**Кључне речи:** *јавне агенције, јавне службе, јавна овлашћења, самосталне организације*

## 1. Увод

Појам јавне агенције није лако одредити. Пре свега због тога што се у литератури под појмом «агенција» могу подвести разни организациони облици који обављају јавне послове. Ипак, оно што је неспорно је да све оне припадају јавном сектору, будући да су или државни органи или пак нека врста самосталних организација чији је оснивач држава. Друга неспорна чињеница је да оне припадају систему јавне управе, будући да су им овлашћења претежно управне (административне) природе.

Битно је напоменути да је појам «јавна агенција» творевина нашег законодавства, будући да се у западноевропској и северноамеричкој правној теорији користи термин независне регулаторне агенције (IRA – Independent Regulatory Agency). У страниој правној литератури јавне агенције се различито дефинишу. У дефинисању ових организација поједини аутори полазе од истицања њихових заједничких обележја, будући да мноштво њихових појавних облика не дозвољава стварање јединствене дефиниције. Тако се нпр. независним регулаторним агенцијама сматрају организације које: 1) нису организационо повезане са министарствима 2) имају сопствена овлашћења и одговорности додељене јавно-правним актом (законом) и 2) чији се руководиоци не бирају директно нити су вођене од стране изабраних званичника<sup>1</sup>. Други, пак, покушавају да дају јединствену дефиницију на бази заједничких обележја која би обухватила све ове облике, па тако јавне агенције представљају независна управна тела са посебним правним субјективитетом, основана законом и снабдевена овлашћењима за доношење одлука у виду општих правила (прописа) или у појединачном случају (управних аката)<sup>2</sup>.

Домаћа правна теорија још увек није изградила јединствен појам ових организација. Ово пре свега због тога што су оне новина

---

<sup>1</sup> Mark Thatcher, The third force? Independent regulatory agencies and elected politicians in Europe, *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, vol. 18 no. 32, Blackwell Publishing, Oxford, 2005. str. 352

<sup>2</sup> Xénophon A. Yataganas, Delegation of regulatory authority in the European Union: The relevance of the American model of independent agencies, *Jean Monnet Working Paper 3/01*, New York University School of Law, New York, 2001. str. 22

у нашем правном систему, с обзиром да су први пут уведене 2005. године. Међутим, њихова обележја о којима ћемо касније говорити која их чине веома погодним за остваривање дугорочних планова и задатака државе довела су до њихове експанзије у последње време, што ће нужно наметнути потребу њиховог јаснијег дефинисања и одређивања улоге и места у нашем правном систему.

Можемо рећи да једину дефиницију јавне агенције у нашем праву даје сам закон, одређујући је као «организацију која се оснива за развојне, стручне и регулаторне послове од општег интереса, уколико ти послови не захтевају сталан и непосредан политички надзор и ако их она може боље и делотворније вршити него орган управе, а нарочито уколико се ти послови могу у целини или претежно финансирати од цене које плаћају корисници услуга<sup>3</sup>» уз нужну напомену да се ради о самосталним јавним телима независним од свог оснивача.

## 2. Настанак и развој јавних агенција

### 2.1. Настанак, развој и облици јавних агенција у свету

Јавне агенције творевина су англо-саксонског правног система, прецизније америчког права. Ове организације у САД имају дугу традицију и егзистирају већ дуже од 120 година. Ипак, последњих година прошлога века дошло је до њихове експанзије и у западној Европи, а потом и у читавом свету.

#### 2.1.1. Јавне агенције у Сједињеним Америчким државама

Као што је напоменуто, јавне агенције су творевина америчког права. Ово из разлога што амерички правни систем почива на идеји строге поделе власти, где је законодавна функција у целости у рукама Конгреса, укључујући и дефинисање структуре управе и судства<sup>4</sup>. Уставна овлашћења извршне функције власти, гледано са аспекта Устава САД<sup>5</sup>, своде се на извршење закона, без

<sup>3</sup> члан 1. став 1. и члан 2. став 1. Закона о јавним агенцијама (Службени гласник Републике Србије бр.

<sup>4</sup> *op.cit.* str.17

<sup>5</sup> *op.cit.*

овлашћења законодавне иницијативе<sup>6</sup>, нити пак права на доношење подзаконских прописа којима се ближе уређују поједина питања из закона (за разлику од органа управе у европским државама које имају та овлашћења).

Интересантно је да америчко право а и правна теорија под појмом «агенција» подразумева сваку организацију, било државну или недржавну, која обавља управне послове. Међутим, за разлику од агенција које представљају државне органе и (government departments) америчка прагматичност и специфичан однос између законодавства, управе и судства базиран на доктрини поделе власти створио је посебан организациони облик за управљање појединим државним пословима – тзв. независне регулаторне агенције (independent regulatory agencies) или како их северноамеричка правна теорија назива «четврта грана власти одн. сажети облик државне власти».

Занимљив је и начин настанка ових агенција, будући да оне нису плод теоријских премишљања већ одређених практичних потреба. Наиме, прва независна регулаторна агенција, Унутрашња трговинска комисија (Interstate Commerce Comission) настала 1889. била је плод неповерења Конгреса према председнику Харисону, а створена је издвајањем ове организације из оквира Одељења за унутрашње послове (Department of interior) коме је раније била прикључена. Друга агенција из прве генерације ових организација – Савезна трговинска комисија (Federal Trade Comission – FTC) која истражује монополе и нелојалну конкуренцију, такође дугује своје постојање неповерењу Конгреса у рад државне администрације, праћеним сумњама у ефективност судске контроле таквих појава. Од тада па до данас независне регулаторне агенције осниване су за разне друштвене области и стекле веома важну улогу у америчком управном систему, а посебно потврдиле разлоге свог постојања корисношћу и ефективношћу.<sup>7</sup>

Дакле, ове организације творевина су америчког Конгреса, будући да своје упориште немају у Уставу. Суштински, оне су део

---

<sup>6</sup> Драган Стојановић, *Уставно право – књига II*, Свен, Ниш 2003. стр. 191

<sup>7</sup> Xénophon A. Yataganas, *Delegation of regulatory authority in the European Union: The relevance of the American model of independent agencies*, *Jean Monnet Working Paper 3/01*, New York University School of Law, 2001. стр. 22-23

административног (управног) система али уз извесну дозу самосталности од Председника као шефа управе. Наиме, поред формалне самосталности која подразумева правни субјективитет независан од управе, суштинска самосталност се огледа у чињеници да, иако Председник уз одобрење Конгреса поставља руководиоце ових организација, он нема дискреционо право за њихово разрешење, тј. они не могу бити разрешени без основа. Овај основ може бити неефикасност у раду, немар или злоупотреба овлашћења.<sup>8</sup>

Институционални оквир за рад ових организација створен је доношењем америчког Закона о управном поступку (Administrative Procedure Act) 1946. године. Овим законом послови које оне обављају подељени су у две категорије: прописивање општих правила и доношење одлука квази-судске природе у појединачном случају (што би одговарало појму управног акта у нашем праву).

Број ових организација у САД варирао је током времена, у зависности од актуелног политичког концепта. Тако је у време *New Deal*-а и пораста државне регулације у свим, пре свега у привредним областима њихов број растао, док се за време владавине председника Роналда Регана (*Reganomics*) и интензивне дерегулације смањивао. Данас је њихов број веома велики и покривају разне друштвене области, почев од привреде (FCC, SEC), преко заштите животне средине (EPA) па до обавештајних послова (CIA).

### 2.1.2. Јавне агенције у Европи

Може се слободно рећи да су јавне агенције у европским државама настале под утицајем њиховог успеха у САД, мада доста касније. Наиме, прве јавне одн. независне регулаторне агенције појавиле су се тридесетих година прошлог века, мада су озбиљније почеле да се оснивају тек после Другог светског рата а своју коначну експанзију доживеле после 1980-те године. С друге стране, за разлику од САД, у Европи су се јавне агенције најчешће оснивале за регулацију привредних токова.

Као и у САД, и у Европи постоји мноштво појавних облика ових тела са истим или сличним обележјима. У Великој Британији

---

<sup>8</sup> Independent regulatory agency, *Glossary of regulatory jargon*, The Regulatory Group Inc; Washington D.C. 2005. [www.reg-group.com](http://www.reg-group.com)

су то тзв. QUANGO – што представља заједнички појам за сва регулаторна тела независна од државе (quasi-independent non-governmental organisations), у Француској независне управне организације (Autorités Administratives Indépendantes) итд.

Основ настанка јавних агенција у европским земљама потпуно је другачији од оног у САД. Наиме, крајем осамдесетих година прошлог века, после финансијске кризе која је захватила скоро цео свет, у Европи је кренуо талас приватизације државних предузећа која су обављала послове од општег интереса. Та приватизација била је праћена одвајањем регулаторне функције од самог пружања јавних услуга, а огледала се у оснивању независних регулаторних тела чија је улога била да прописују правила за обављање послова од општег интереса, обезбеђују њихово континуирано обављање и врше надзор. Наиме, ова тела показала су се као више него корисна, поготово у земљама које су имале дугу историју непредвидивих потеза од стране изабраних политичара, будући да су владе често злоупотребљавале државна предузећа која врше јавну службу ради постизања краткорочних неекономских циљева (очување социјалног мира итд.)

Тих година су широм западне Европе створене две групе јавних агенција. Прву групу чиниле су агенције које су регулисале тржиште (делатности од општег интереса, тржишну конкуренцију и финансијске институције). Овлашћења ових агенција састојала су се у истрагама и спречавању нелојалне конкуренције (нпр. незаконитих уговора и злоупотребе доминантног положаја на тржишту); издавању и одузимању дозвола; утврђивању повезаности између тржишних субјеката и контролисању цена. Ова група агенција називана је «економским регулаторима». Другу групу чиниле су агенције за заштиту животне средине, заштиту на раду, исправност хране као и агенције за промовисање расне и родне равноправности, које су чиниле групу тзв. «социјалних регулатора». Оне су биле снабдевене овлашћењима за прописивање стандарда, издавање дозвола, надзор над спровођењем прописа и пружање информација. Током деведесетих година положај агенција је појачан проширењем овлашћења. Тако су агенције које регулишу тржишну конкуренцију добиле додатна овлашћења за вршење надзора над спровођењем прописа, агенције за заштиту животне средине, заштиту на раду и



исправност хране већу одговорност и више инструмената за извршење прописа а проширен је и делокруг и појачан правни положај агенција које регулишу рад финансијских институција<sup>9</sup>.

Конечно, после закључења Маастрихтског споразума (1992.) и стварања Европске Уније са проширеним овлашћењима од оних којима је располагала Европска заједница за угаљ и челик (створена Римским уговором 1957.) или Европска економска заједница (створена 1987.), почело је стварање јавних агенција и на европском нивоу. Ове организације су самостална јавна тела Уније која нису предвиђена споразумом, већ су производ секундарног законодавства усвојеног од стране Савета Европе. Посебно је интересантан оквир њиховог деловања, с обзиром да Европска Унија представља специфичну (супранационалну) творевину, у којој одлуке донете на нивоу Уније спроводе управни органи држава чланица. Наиме, улога регулаторних агенција на нивоу Европске Уније претежно се састоји у прикупљању информација, постављању техничких стандарда и координацији јавних агенција држава чланица у спровођењу прописа донетих на европском нивоу (стварање тзв. «регулаторне мреже»), а тек ређе у непосредном извршењу прописа.

## 2.2. Настанак јавних агенција у Републици Србији

Јавне агенције у Републици Србији настале су као резултат процеса усаглашавања домаћег правног система са правним системима земаља Европске Уније. Институционални оквир за оснивање и рад ових агенција створен је доношењем Закона о јавним агенцијама 2005. године. Доношењем новог Устава Републике Србије, јавне агенције добиле су статус уставне категорије. Према Уставу, јавна овлашћења се законом могу поверити и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима<sup>10</sup>.

Међутим, прве организације овога типа основане су знатно раније, још 2001. године, и то прво као службе Владе (у складу са Законом о Влади). док су касније основане јавне агенције пословале

<sup>9</sup> Mark Thatcher, *Delegation to independent regulatory agencies in Western Europe*, London school of economics, London 2005. стр. 4

<sup>10</sup> члан 137. став 4. Устава Републике Србије (Службени гласник Републике Србије бр. 83/06)

у статусу јавних установа у складу са законом којим се уређују јавне службе, до ступања на снагу Закона о јавним агенцијама.

С друге стране, будући да закон дозвољава одступања од општих правила о организацији јавних агенција која су њиме утврђена, један део ових организација основаних пре његовог ступања на снагу наставио је са радом у складу са прописима којима су основане (Републичка радиодифузна агенција, Републичка агенција за телекомуникације, Агенција за развој малих и средњих предузећа, Агенција за енергетску ефикасност итд.)

### **3. ОБЕЛЕЖЈА ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

Како бисмо одредили правну природу јавних агенција у нашем правном систему, неопходно је да утврдимо њихова најбитнија обележја. Такође, ово је потребно и у циљу разликовања ових организација од других организационих облика који обављају послове јавне управе у Србији. Као основна обележја јавних агенција можемо навести: јавноправни субјективитет, вршење јавне службе, поседовање јавних овлашћења и њихову самосталност.

#### **3.1. Организације јавног права**

Јавне агенције су *организације јавног права*. То је основно обележје ових организација. Оно се огледа у чињеници да њих могу основати једино јавно-правни колективитети, пре свега држава а затим и самоуправне територијалне јединице (аутономна покрајина, град и општина). Даље, њихово оснивање, поље деловања, овлашћења, одговорност и финансирање уређују се нормама јавног права одн. законом. Трећа битна чињеница која ове организације сврстава у јавно-правне оквире је законска одредба о непреносивости оснивачких права, чиме се држави или другом оснивачу забрањује приватизација јавне агенције.

#### **3.2. Вршење јавне службе**

Јавне агенције послове за које су основане врше у општем интересу тј. врше *јавну службу*. Наиме, то произилази из саме законске дефиниције јавне агенције, по којој се оне оснивају за

вршење развојних, стручних и регулаторних послова од општег интереса. Међутим, општи интерес није унапред утврђен набрајањем послова одн. делатности за које он постоји<sup>11</sup> већ се утврђује самим законом којим се уређују оснивање, послови и овлашћења јавне агенције. Ипак, поред јавних агенција које врше јавну службу, у правном систему Републике Србије постоје још два организациона облика који се оснивају у истом циљу - јавна предузећа и јавне установе. Између њих и јавних агенција постоје велике сличности али и доста разлика, о чему ће више бити речи у делу о положају јавних агенција у нашем правном систему.

### 3.3. Имаоци јавних овлашћења

Јавне агенције су *организације које могу располагати јавним овлашћењима*. Под јавним овлашћењима овде се подразумевају послови извршења закона који су као такви одређени законом којим се уређује државна управа. Јавним агенцијама се може поверити овлашћење за обављање послова извршења закона и других прописа из надлежности њиховог оснивача, уз општа ограничења везана за поверавање послова.

О овим овлашћењима биће више говора у делу о пословима јавних агенција.

### 3.4. Самосталне организације

Јавне агенције су *самосталне организације*. Ово је једна од најбитнијих карактеристика јавних агенција, која представља један од основних разлога њиховог увођења у правне системе европских земаља, па и наше државе. Наиме, самосталност јавних агенција представља гаранцију њиховог ефикасног и квалитетног рада и задовољења општег интереса. Њеним постојањем избегава се политички утицај изабраних државних дужносника и обезбеђује континуитет развоја у области коју покрива агенција.

---

<sup>11</sup> То је учињено у члану 3. став 1. Закона о јавним службама (Службени гласник Републике Србије бр. 42/91, 71/94, 79/2005 – др.закон, 81/2005 – испр.др. закона и 83/2005 – испр.др.закона) и члану 2. Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса (Службени гласник Републике Србије бр. 25/2000 и 25/2002)

С друге стране, самосталност јавних агенција није апсолутна већ релативна, из разлога што би претерана независност ових тела, будући да могу располагати доста широким овлашћењима, могла имати негативне ефекте (у виду погрешне употребе или чак злоупотребе тих овлашћења). Стога њу ограничава сам закон прописујући да ће се на поједине сегменте пословања јавних агенција примењивати одређена правила закона којим се уређује државна управа и на бази њега донети подзаконски прописи, као и правила о јавним финансијама и финансијском и рачуноводственом пословању, а предвиђа и контролне механизме у виду надзорних овлашћења оснивача према агенцији и посредне контроле њеног рада путем давања сагласности на планове активности и акте о финансијском пословању агенције.

Самосталност ових организација јавља се у четири облика: *формална* или *структурална* самосталност, *персонална* или *кадровска* самосталност, *функционална* самосталност и *финансијска* самосталност.

#### 3.4.1. Формална (структурална) самосталност

Формална или структурална самосталност подразумева да јавне агенције, и поред чињенице да их оснивају јавноправни колективитети у циљу вршења послова из њихове надлежности, нису државни, покрајински нити локални органи и не улазе у оквире формалне организационе структуре тих јавноправних колективитета. Напротив, јавне агенције су самостални правни субјекти независни од свог оснивача. Оне имају својство правног лица које стичу уписом у одговарајући судски регистар, те стога могу самостално закључивати правне послове и предузимати правне радње којим стичу права и обавезе у складу са циљем у коме су основане. Ова чињеница рефлектује се и на материјалну (имовинску) одговорност јавне агенције у правном саобраћају. Наиме, за преузете обавезе и штету коју својим пословањем причини јавна агенција одговара она сама свом својом имовином. Ипак, будући да се пословима које јавна агенција обавља задовољава општи интерес, закон је поставио горњу границу материјалне одговорности јавних агенција прописујући супсидијарну одговорност оснивача у одређеним случајевима. То ће бити у случају да имовина јавне агенције

није довољна за испуњење њених обавеза или ако би испуњење тих обавеза озбиљно угрозило њен рад.

#### 3.4.2. Персонална (кадровска) самосталност

Овај облик самосталности поједини аутори у страној правној литератури истичу као кључно обележје ових организација по којима се оне разликују од државних органа управе (пре свега министарстава). Персонална самосталност подразумева да оснивач, који по закону именује руководиоца јавне агенције и/или чланове управног одбора или другог колегијалног тела које управља јавном агенцијом, нема дискреционо овлашћење да та лица разреши дужности, већ то може учинити једино у случајевима и по поступку утврђеним законом. Закон предвиђа да се члан управног одбора или другог тела које управља агенцијом (ако је такво тело предвиђено посебним законом) може разрешити дужности пре времена на које су изабрани у четири случаја:

- ако више не испуњава прописане услове за избор на ту дужност,
- уколико не испуњава обавезе предвиђене законом или актом о оснивању јавне агенције
- ако буде осуђен за кривично дело на казну затвора у трајању од најмање шест месеци
- ако буде осуђен за кажњиво дело које га чини недостојним дужности члана управног одбора

Као основ за разрешење директора јавне агенције, поред наведених предвиђена су још два случаја, а то су проузроковање веће штете јавној агенцији несавесним или неправилним радом и проузроковање сметњи у раду јавне агенције немаром или несавесним радом. Поступак за разрешење води министарство у чијем делокругу је претежни део послова јавне агенције.

Ипак, персоналну самосталност додатно илуструје чињеница да органе управљања и пословођења у јавној агенцији попуњавају стручна лица а не политички (непосредно или од стране представничког тела) изабрани дужносници, која се именују по спроведеном конкурсном временски ограниченом мандату од пет година, као и то да њихов рад није предмет политичке контроле као што је то случај са министрима као руководиоцима органа државне управе;

нити се пак на радне односе у јавној агенцији примењују одредбе закона којим се уређује положај државних службеника већ општи прописи о раду.

Међутим, имајући у виду превасходно заштиту општег интереса у раду јавних агенција закон прописује извесна ограничења приликом избора чланова органа јавних агенција који се тичу спречавања сукоба интереса. Стога у органе управљања не може бити изабрано лице чијим би именовањем на дужност члана органа управљања или руководиоца (директора) јавне агенције наступила повреда закона којим се уређује спречавање сукоба интереса приликом вршења јавних послова, нити пак лице које је представник корисника финансијских подстицаја које пружа агенција.

#### 3.4.3. Функционална самосталност

По закону, јавна агенција је самостална у свом раду и њен рад не може бити усмераван од стране оснивача нити усклађиван са радом органа управе. Јавна агенција послује према правилима које сама утврди својим општим актима.

Граница функционалне самосталности утврђена је врстом послова које агенција обавља и законом. Наиме, јасно је да поверене послове јавна агенција мора обављати према правилима које утврди држава. Тако нпр. послове извршења закона и других прописа агенција ће обављати према правилима управног поступка. С друге стране, закон поставља и апсолутну границу самосталности у појединим сегментима па тако предвиђа да ће се на основна начела у раду, употребу језика и писма и канцеларијско пословање јавних агенција примењивати прописи којима се уређује рад органа државне управе.

Законом је као инструмент претходне (*ex ante*) контроле предвиђено и овлашћење органа који врши права и дужности оснивача (Владе) за давање претходне сагласности на годишњи програм рада јавне агенције. На овај начин Влада утиче, иако посредним путем, на самосталност пословања агенције будући да може, уколико то нађе за сходно, да ускрати сагласност и тиме спречи агенцију да спроведе неку планирану акцију која би, по оцени Владе, штетила општем интересу или самој агенцији.

Даље, извесна ограничења функционалне самосталности јавне агенције могу проистећи и као последица неправилности у обављању поверених послова од стране јавне агенције утврђених у поступку надзора који врши надлежно министарство. Министарство надлежно за вршење надзора над обављањем поверених послова од стране јавне агенције овлашћено је, према Закону о државној управи, да уколико утврди неправилности у раду предузме следеће мере:

1. упозори на уочене неправилности и одреди мере и рок за њихово отклањање;
2. изда инструкције;
3. наложи предузимање послова које сматра потребним;
4. покрене поступак за утврђивање одговорности;
5. непосредно изврши неки посао ако оцени да се друкчије не може извршити закон или други општи акт.

Посебно овлашћење министарства које врши надзор над радом јавне агенције представља преузимање повереног посла. Наиме, министарство је дужно да непосредно изврши поверени посао ако би неизвршење посла могло да изазове штетне последице по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности, а уколико јавна агенција и поред вишеструких упозорења не почне да врши поверени посао или не почне да га врши правилно или благовремено, министарство преузима извршење посла најдуже на 120 дана.

#### 3.4.4. Финансијска самосталност

Главни извор прихода јавних агенција је накнада коју јој корисници плаћају за пружање услуга. Ово је такође битна карактеристика јавних агенција а представља уједно и један од предуслова за оснивање јавне агенције, с обзиром да је законом предвиђено да се јавне агенције, између осталог, оснивају уколико се њихов рад у целости или претежном делу може финансирати од накнаде коју плаћају корисници услуга које она пружа. Будући да у највећем делу јавна агенција сама остварује приходе (сем за поверене послове за чије јој се вршење преносе средства из буџета), она је овлашћена да самостално с њима и располаже, уз извесне рестрикције које се тичу заштите општег интереса.

Финансијска самосталност јавних агенција подразумева њено овлашћење да, у поступку који је предвиђен законом, прописује тарифу одн. утврђује висину накнаде за услуге. Овај поступак укључује и кориснике њених услуга и министарство које врши надзор над радом, као и орган који врши права и дужности оснивача (Владу) и то на тај начин што орган управљања јавне агенције предлог тарифе објављује у дневном листу на који се дистрибуира на читавом подручју Србије и позива кориснике услуга да доставе предлоге и примедбе, уз истовремено достављање предлога тарифе министарству које врши надзор и министарству надлежном за финансије ради давања мишљења. Међутим, примедбе и предлози корисника и мишљења надлежних министарстава немају обавезујући карактер и јавна агенција их не мора уважити, али за то мора дати образложење. С друге стране, улога Владе је знатно другачија будући да она даје претходну сагласност на тарифу без које она не може ступити на снагу. И ово ограничење уведено је у складу са настојањем законодавца да заштити општи интерес.

Самосталност у коришћењу средстава остварених радом јавне агенције је релативна, будући да подлеже контроли од стране оснивача. Наиме, уколико агенција на крају године оствари позитиван финансијски резултат (вишак прихода над расходима) она та средства може расподелити на следећи начин: за развој јавне агенције, за награђивање запослених или их пак пренети у буџет оснивача. Како год, за пуноважност одлуке о судбини тих средстава потребна јој је претходна сагласност оснивача.

#### **4. ПОСЛОВИ ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА**

Јавне агенције се оснивају ради обављања послова који су управно-правне природе. Оквир у коме се одређују послови за које се могу јавне агенције прописан је законом. Ипак, врста послова које агенције обављају и обим њихових овлашћења разликује се од једне до друге, сагласно управној области и сврси за коју су основане. Које ће послове обављати јавна агенција и колика ће бити њена овлашћења зависи од намере и воље законодавца у конкретном случају.



У оквир законом одређених послова које јавна агенција уопште може обављати спадају: развојни послови, стручни послови, регулаторни послови (доношење подзаконских прописа), решавање у управном поступку, вођење јавних евиденција и издавање јавних исправа и послови надзора. Јавна агенција може законом бити овлашћена за вршење свих послова који јој се уопште могу пренети и поверити.

#### 4.1. Проблем «преношења» и «поверавања» послова одн. правна природа овлашћења јавне агенције

Оно што је приметно, то је да закон дели послове на *поверене* у које спадају доношење подзаконских прописа за извршење закона и других општих аката Народне скупштине и Владе – тзв. регулаторни послови, затим решавање у управном поступку у првом степену и вођење јавних евиденција и издавање јавних исправа, и остале послове које бисмо могли назвати *пренетим*, а у које спадају развојни, стручни и надзорни послови.

Између ове две врсте послова постоји суштинска разлика. Наиме, код пренетих послова држава оснивањем јавне агенције **трајно преноси** послове из своје надлежности у њен делокруг. Јавна агенција је овлашћена да, у границама утврђеним законом, утврђује правила и стандарде за њихово вршење а уједно је и једина одговорна за њихово обављање, с тим што држава не може преузети њихово вршење у случају манљивог обављања, већ једино укинути (ликвидирати) јавну агенцију и те послове поново пренети у свој делокруг.

Међутим, код поверених послова је ситуација знатно другачија. Наиме, по Закону о државној управи поједини послови управе могу се законом поверити аутономним покрајинама, општинама, градовима и граду Београду, јавним предузећима, установама, јавним агенцијама и другим организацијама, уз ограничење да се послови везани за обликовање политике Владе не могу никоме поверити, а да се инспекцијски послови могу поверити једино општинама, градовима и граду Београду. Али, за разлику од пренетих послова, поверавањем послова јавној агенцији држава не преноси и одговорност за њихово вршење, већ и даље задржава ту одговорност. С друге стране, сама агенција којој су поверена јавна овлашћења не може прописивати

правила и поступак за њихово вршење, већ је у свему везана правилима установљеним од стране државе. Према томе, у случају поверавања мења се само субјект вршења а не и садржина и начин поступања, а поверавање послова државне управе путем јавног овлашћења остаје облик вршења управне делатности државе<sup>12</sup>...

## 4.2. «Пренети» послови

Под пренетим пословима, дакле, подразумевамо оне послове који чине бит односно сврху постојања јавне агенције. То су развојни, стручни и надзорни (контролни) послови.

### 4.2.1. Развојни и стручни послови

Закон садржи доста уопштену формулацију развојних и стручних послова. Под развојним пословима се подразумева подстицање и усмеравање развоја у областима из делокруга агенције, посебно додељивање и распоређивање финансијских подстицаја и других развојних средстава, уз одредбу да се ови послови врше сагласно сврси оснивања јавне агенције.

Гледано са аспекта овлашћења појединих јавних агенција, развојни послови би се могли одредити као:

- послови праћења стања и израда планова и стратегија развоја одређене области
- саветодавни (консултантски) послови којим се усмерава развој одређене области
- послови доделе финансијских средстава у виду подстицаја за развој

Стручни послови би били сви они послови које агенција врши применом стручних метода и знања у делатностима за које је основана, нпр. пружање стручне помоћи, прикупљање статистичких података, израда информационе базе итд. укључујући ту и предузимање мера на које је овлашћена посебним законом.

---

<sup>12</sup> Милан Влатковић, Организациони облици вршења послова државне управе: имаоци јавних овлашћења и јавне агенције као облици вршења послова државне управе, *Paragraft e-press 255/2007*, НИП «Paragraft Co» д.о.о. Београд, 2005.

#### 4.2.2. Надзорни (контролни) послови

Надзорна овлашћења јавних агенција јављају се у два облика:

- надзор над наменским и сврсисходним коришћењем додељених финансијских подстицаја (субвенција)
- надзор над стручношћу и сврсисходношћу рада појединих лица

Надзор који агенција врши није инспекцијски надзор. Ово пре свега из разлога што се овлашћења за вршење инспекцијског надзора јавним агенцијама не могу уопште ни поверити. Друго, овде се ради о специфичној врсти надзора над понашањем лица којима су одобрена одређена финансијска средства са строго дефинисаном наменом или им је пак од стране агенције издата дозвола за обављање одређене делатности, уколико је агенција на то овлашћена. Треће, поступак за вршење надзора прописује сама агенција, при чему за вршење тих послова она може ангажовати и другу («овлашћену») организацију<sup>13</sup>.

Ипак, између ове врсте контроле и инспекцијског надзора постоји велика сличност, пре свега из разлога што је агенција у обавези да о извршеном надзору сачини записник и заснује га на потребној документацији и изјашњењу странака, а затим и да тај записник достави надлежном министарству, као и због чињенице да по извршеном надзору агенција може контролисаном субјекту наложити да исправи уочене неправилности, изрећи му одређену меру уколико је на то овлашћена или чак покренути поступак пред надлежним судом или другим надлежним органом уколико утврди да је контролисани субјект починио какво кажњиво дело.

#### 4.3. Поверени послови

Јавним агенцијама оснивач може поверити послове из оквира права и дужности органа државне управе који се тичу извршења закона и других прописа. Ти послови могу бити: регулаторни послови који подразумевају доношење прописа за извршавање општих аката Народне скупштине и Владе, решавање у управном

---

<sup>13</sup> Члан 13. став 1. Закона о радиодифузији (Службени гласник Републике Србије бр. 42/02)

поступку у првом степену и вођење јавних евиденција и издавање јавних исправа. Скуп ових послова може се одредити као *послови извршења закона и других прописа*, будући да их тако третира Закон о државној управи<sup>14</sup>.

#### 4.3.1. Регулаторни послови (доношење тзв. управних прописа)

Интересантно је да појам регулаторних послова у смислу Закона о јавним агенцијама подразумева само доношење подзаконских општих правних аката којим се прописују ближи услови и поступак за непосредну примену закона, уредаба и других прописа.

Термин «регулаторни послови» уведен је у наше право са усвајањем Закона о јавним агенцијама и просто «пресликан» из америчког права при чему му је садржински промењено значење, будући да америчка правна теорија под овим појмом подразумева «објављивање скупа правила, праћено неким институционалним механизмом, најчешће јавном агенцијом, која врши надзор и промовише поштовање тих правила»<sup>15</sup>.

У погледу доношења подзаконских правних аката или тзв. управних прописа, за јавну агенцију важе сви услови и ограничења предвиђени Законом о државној управи. Основни услов је да јавна агенција такво овлашћење црпи из закона (основ за доношење прописа не може бити уредба нити било који други акт Владе, као у случају министарства, будући да јавна агенција није орган државне управе<sup>16</sup>). Тим прописима не могу се физичким и правним лицима установљавати права и обавезе које нису већ установљене законом. Прописи морају по природи и називу одговарати прописима које доносе органи државне управе<sup>17</sup> и објављују се у Службеном гласнику Републике Србије. Агенција је дужна да пре објављивања прописа прибави од министарства које врши надзор над њеним радом мишљење о уставности и законитости тог прописа, при чему

---

<sup>14</sup> Чланови 14.-17. Закона о државној управи

<sup>15</sup> cit. iz: Marcelo Gameiro de Moura, Regulatory agencies: some theoretical concern about their creation, VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002, str. 1, preuzeto sa: <http://unpan1.un.org/intradoc/images/docgifs/CLAD.gif>

<sup>16</sup> члан 16. став 1. Закона о државној управи

<sup>17</sup> то су правилници, наредбе и упутства.

министарство даје образложени предлог агенцији како да његове одредбе усагласи са Уставом, законом и другим прописом. Уколико агенција то не учини министарство је дужно да Влади предложи доношење решења о обустави тог прописа и на њему заснованих управних аката и покретање поступка за оцену сагласности прописа са Уставом, законом или другим општим актом.

#### **4.3.2. Решавање у управном поступку у првом степену, вођење јавних евиденција и издавање јавних исправа**

Јавној агенцији може се поверити и овлашћење да решава у управном поступку у првом степену о правима, обавезама и правним интересима физичких и правних лица. Ова овлашћења јавна агенција врши по правилима општег управног поступка или посебног управног поступка уколико је такав поступак предвиђен законом којим се уређује конкретна материја. О жалби на првостепено решење јавне агенције решава надлежно министарство, при чему се првостепеним решењем сматра и решење њене подручне јединице.

Јавне евиденције агенција води према правилима закона којим су оне установљене, и на бази тих евиденција издаје јавне исправе и доставља друге податке грађанима, правним лицима и државним органима.

### **5. Положај јавних агенција у правном систему Републике Србије**

Као што је већ истакнуто, јавне агенције имају специфичан правни положај у нашем правном систему. Да бисмо још ближе одредили њихово место морамо их упоредити са сличним органима и организацијама, како би уочили њихове разлике. Посебно се уочава однос јавних агенција са два организациона облика у нашем систему јавне управе – тзв. «државним» агенцијама и јавним предузећима и установа-ма.

#### **5.1. Проблем разликовања јавних и тзв. «државних» агенција**

Поред јавних агенција, у правном систему Републике Србије егзистирају и тзв. «државне» агенције, тако да се јавља проблем

разликовања ових двају организационих облика. Међутим, по извршеној дубљој анализи јасно је да је њихово заједничко обележје једино назив.

Јавне агенције јесу субјекти јавне управе (као што су то и «државне» агенције) али спадају у групу тзв. *недржавних субјеката са јавним овлашћењима*. Наиме, као што је већ напоменуто, јавне агенције не улазе у оквире формалне организационе структуре државне управе, већ представљају самосталне правне субјекте и *увек имају својство правног лица*. Ову разлику додатно поткрепљује и позитивно законодавство својом терминологијом. Наиме, јавне агенције се **оснивају** и то законом или актом Владе, док се «државне» агенције **образују** искључиво законом. Даље, јавне агенције су независне у раду и Влада или други орган јавноправног колективитета који врши права и обавезе оснивача не може усмеравати њихов рад, нити га усклађивати са радом органа управе. Коначно, јавне агенције све послове обављају као **поверене**, будући да су ти послови изворно у надлежности њиховог оснивача (државе, покрајине, општине или града) утврђене Уставом и законима.

С друге стране тзв. «државне» агенције су органи државне управе, организоване у складу са Законом о државној управи и образоване Законом о министарствима, и то као тзв. посебне организације. Наиме, Законом о државној управи предвиђено је да се посебне организације државне управе образују за стручне и с њима повезане извршне послове чија природа захтева већу самосталност од оне коју има орган у саставу министарства. Основни облици посебних организација су секретаријати и заводи, док се законом могу образовати и посебне организације са другачијим називом (што је конкретно случај са државним агенцијама). Посебне организације државне управе *само изузетно* имају својство правног лица и то кад је тако одређено посебним законом. Даље, посебна организација је подређена Влади и њој одговара за свој рад, при чему Влада према њој има сва овлашћења утврђена Законом о државној управи. И коначно, «државне» агенције као органи државне управе све послове обављају као изворне, будући да представљају државне органе и да њихова овлашћења за обављање тих послова извиру непосредно из Устава и закона.

«Државне» агенције основане су Законом о изменама и допунама Закона о министарствима<sup>18</sup> и то су: Агенција за развој инфраструктуре локалне самоуправе и Агенција за страна улагања и промоцију извоза. Ове агенције представљају својеврстан изузетак од правила организовања у систему државне управе Републике Србије, с обзиром на основ њиховог настанка. Наиме, ове агенције су настале као пројекти финансирани од стране европских институција, при чему је у споразуму са органима Републике Србије било предвиђено да ће по истеку одређеног временског периода њих преузети држава.

Поред наведених, у групу «државних» агенција спада и Безбедносно-информативна агенција основана истоименим законом 2002. године<sup>19</sup>, као и Агенција за мирно решавање радних спорова основана Законом о мирном решавању радних спорова 2003. године.

## 5.2. Јавне агенције, јавна предузећа и јавне установе

Јавне агенције имају сличан правни положај са јавним предузећима и установама. Ово из разлога што и једни, и други и трећи представљају самосталне субјекте јавне управе, неретко снабдевене јавним овлашћењима. Даље, сви ови организациони облици обављају послове од општег интереса тј. врше јавну службу. Али, постоје и извесне разлике, релативно тешко уочљиве на први поглед, које ипак њих чине различитим субјектима јавне управе, са посебним местом у том систему.

Формалне разлике знатно су веће у односу између јавних агенција и јавних предузећа. Наиме, јавна предузећа оснивају се и организују у складу са нормама приватног (трговинског) права, док је једино њихов рад уређен нормама јавног права. С друге стране, формалне разлике између јавних установа и јавних агенција у нашем праву готово су минималне, што илуструје и чињеница да су у време непостојања одговарајућег правног оквира јавне агенције осниване у статусу установа. Даље, и овим организацијама могу бити поверена јавна овлашћења, као што је то случај са јавним агенцијама.

<sup>18</sup> Службени гласник Републике Србије број 84/2004

<sup>19</sup> Стеван Лилић, Предраг Димитријевић, Милан Марковић, *Управно право*, Савремена администрација А.Д. Београд, 2006. стр.198

Јавна предузећа и установе оснивају се за снабдевање добрима и пружање услуга за које постоји општи интерес, као и за управљање добрима од општег интереса. Једном речју, оснивају се за привредне делатности за чије обављање постоји општи интерес те се, стога, њихово вршење не може препустити тржишту због несавршености тржишног механизма у задовољењу ових потреба. Суштинска разлика између њих и јавних агенција је у томе што јавне агенције у претежном случају не обављају привредну делатност, у смислу производње добара и пружања услуга.

Штавише, у тзв. либерализованим тржиштима којима нагиње и наша привреда, јавне агенције су управо и настале приватизацијом јавних предузећа, с обзиром да се је држава повукла из процеса производње добара и пружања услуга од општег интереса, и то препустила приватно-правним субјектима. Улога јавних агенција у том процесу огледа се у прописивању правила и надзору над радом субјектата који обављају делатност од општег интереса.

## **6. Оснивање јавних агенција (предуслови и узроци)**

### **6.1. Предуслови за оснивање јавних агенција**

Оснивање јавних агенција у нашем праву условљено је трима објективним условима. Прва два услова односе се на функцију јавне агенције, при чему је један политичке а други техничке природе, док је трећи услов економске природе и представља израз настојања државе да умањи расходе и спречи дуплирање капацитета.

Услов политичке природе је да се јавна агенција може основати за послове који не захтевају сталан и непосредан политички надзор. Негативно изражено, јавна агенција се не може основати за обављање оних послова чије вршење подразумева политичку одговорност. У првом реду ту можемо сврстати управне послове који служе обликовању политике Владе, будући да је вођење политике везано искључиво за изабране представнике народа. Даље, ту можемо искључити и оне управне послове који су традиционално под «будним оком јавности» као што су одбрана, безбедност и унутрашњи послови, дипломатија и јавне финансије. На овај начин



сужен је круг послова претежно на оне области које регулишу привредне и социјалне токове.

Други услов предвиђа да се јавне агенције оснивају уколико послове који им се преносе оне могу боље и делотворније обављати него орган државне управе. Овај критеријум је такође објективне природе и оцењује се према техничким мерилима – оспособљености управних службеника за решавање појединих сложених питања, техничке опремљености и неопходне инфраструктуре у органима државне управе за обављање тих послова итд.

Трећи услов подразумева да се јавне агенције оснивају уколико се њихов рад може у целости или претежном делу финансирати од цене коју плаћају корисници услуга. Као што је већ речено, овај услов је израз настојања државе да део трошкова функционисања административног апарата превали на кориснике јавних услуга и на тај начин растерети буџет.

Да би јавна агенција уопште могла бити основана, потребно је да буду испуњена сва три услова.

## 6.2. Узроци оснивања јавних агенција

Из досадашњег излагања намеће се следећи закључак: да већину, ако не и све послове јавних агенција може у потпуности обављати орган државне управе. Поставља се питање, због чега би онда држава те послове поверавала самосталним телима над којима не врши непосредну контролу.

Одговор на то питање можемо тражити на различитим пољима. Оно што се логично намеће као први закључак јесте смањење јавних расхода, будући да трошкове услуга које агенције пружају сnose сами корисници, што не би био случај (бар не у тој мери) да те услуге пружају органи државне управе.

Други разлог односи се на специфичан положај јавних агенција, прецизније на њихову самосталност, која је изузетно погодан облик за избегавање одговорности политички изабраних министара у појединим областима<sup>20</sup>, поготово у спровођењу неких непопуларних мера економске или социјалне политике. Ово бисмо могли

<sup>20</sup> Као пример могу послужити одлуке РРА о додељивању националне фреквенције за емитовање ТВ програма

назвати «пребацивањем врућег кромпира» у руке неке јавне агенције чији руководиоци не би морали да страхују од могућег пораза на изборима.

Трећи разлог би подразумевао критеријум стручности и одговарајућих знања, којима државни службеници веома често не располажу, с обзиром на сложеност појединих техничких области које се регулишу, док би с друге стране њихова преквалификација била прескупа.

И четврти, можда и најбитнији разлог је приближавање наше државе Европској Унији и адаптација, пре свега, прописа у области привреде према привредном систему Уније и њених чланица, што је нужно довело до настајања процеса који је у европским земљама трајао осамдесетих и деведесетих година прошлога века и који подразумева приватизацију великих јавних предузећа, нужно праћену експанзијом независних регулаторних тела – јавних агенција.

## **7. Закључак**

Јавне агенције су у наш правни систем ушле прво као председан, да би касније добиле уоквирену институционалну форму, и коначно, биле подигнуте на уставни ранг.

Неспорно је да ове организације припадају јавном праву, при чему имају висок степен формалне, персоналне, функционалне и кадровске самосталности од државе као свог оснивача. Јавне агенције своје послове обављају у општем интересу, тако да спадају у систем јавних служби. С друге стране држава им може поверити обављање појединих управних послова из оквира својих права и дужности, тако да оне могу бити и носиоци јавних овлашћења – тзв. недржавни субјекти са јавним овлашћењима.

Јавне агенције могу располагати са два скупа овлашћења који се деле на пренете и поверене послове. Пренете послове, одн. послове чије јој трајно вршење пренесе држава, агенција обавља као своје тј. у своје име и за свој рачун и она је једина одговорна за њихово вршење (или невршење) те јој ти послови не могу бити одузети на било који други начин сем укидањем агенције. У те послове спадају развојни, стручни и надзорни послови. Поверене послове агенција врши као ималац јавног овлашћења, у име и за

рачун државе која јој је та овлашћења пренела, те је стога држава одговорна за обављање тих послова чак и после њиховог поверавања агенцији. За разлику од пренетих послова, поверене послове држава може преузети назад у случају да их агенција лоше обавља или их не обавља уопште.

Агенција може бити основана у случају да послови које обавља не захтевају сталан и непосредан политички надзор и ако их она може боље и делотворније обављати него орган државне управе, а нарочито уколико се њен рад у целости или претежно може финансирати из накнаде за пружање услуга агенције коју плаћају корисници, при чему сва три услова морају бити кумулативно испуњена.

Дакле, оно што се намеће као логичан одговор на питање одређења правне природе ових организација у нашем правном систему, је да су то јавно-правне организације са статусом правног лица, релативно независне од оснивача, које се оснивају под законом утврђеним условима ради обављања послова од општег интереса а могу им се поверити и овлашћења за обављање послова државне управе.

*Dušan Matić, student*

## **LEGAL NATURE OF PUBLIC AGENCIES IN SERBIAN LEGAL SYSTEM**

### **Summary**

*Public agencies are novelty in our legal system; hence the notion thereof, which would fit to all its features and purposes of setting up, is still not fully established. It's primarily due to the fact that in our legal theory, the place of these organizations in the legal system of the Republic of Serbia is still not clearly defined, and than due to certain doubts created by positive regulations, by which the structure and the functioning of the state administration is being organized. Public agencies are specific organizations, because of their similarities to the state administration authorities and public service organizations. Practically, public agencies are in the middle of these two organizational forms of public administration, both in functional and organizational sense. In order to determine legal nature of these organizations in our law, we have to identify certain moments, essential to the emergence of these organizations worldwide, since they are adopted from foreign legal systems. Consequently, it is necessary to establish their characteristics, for the purpose of determining their position with respect to other public administration subjects, to determine the nature of their actions, and finally, to lay down the conditions and reasons for their establishment.*

**Keywords:** *public agencies, public servise, public authorities, independent organizations.*

## БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

### МОНОГРАФСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

### МОНОГРАФИЈЕ

1. ДЕСЕТ ГОДИНА РАДА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ - 1960-1970, Ниш, 1970, 167 стр. уредник: Данило Ж. Марковић
2. Крстић, Божидар, ШИЗОФРЕНИЈА И УБИСТВА, Ниш, 1978, 117 стр.
3. 20 ГОДИНА РАДА: ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ - 1960-1980, Ниш, 1980, 171 стр. уредник: Љубиша Јовановић
4. ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ: 25 ГОДИНА РАДА И РАЗВОЈА, Ниш, 1985, 66 стр. уредник Љубиша Соколовић
5. Рочкомановић, Милорад, ЈАВНИ ПОРЕДАК У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1988, 125 стр.
6. Симић, Миролуб, БИБЛИОГРАФИЈА БОРБА ТАСИЋА, Ниш, 1990, 120 стр.
7. Стојановић, Драган, ОСНОВНА ПРАВА ЧОВЕКА – ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВИМА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА, Ниш, 1990, 222 стр.
8. Живковић, Мирко, ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НА ЧУВАЊЕ И ВАСПИТАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1991, 282 стр.
9. 35 ГОДИНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ, Ниш, 1995, 155 стр. уредник: Гордана Станковић
10. Ћирић, Александар, ЗАЈЕДНИЦА НЕЗАВИСНИХ ДРЖАВА (ЗНД): НАСТАНАК И ОРГАНИЗАЦИЈА, ПРИВРЕДНО-ПРАВНИ ОДНОСИ, РЕШАВАЊЕ СПОРОВА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1998, 318 стр.
11. Митровић, Љубиша, ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ И АКТЕРИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 340 стр.
12. Стојановић, Драган, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОСЛАНИКА – на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 346 стр.
13. Лазић, Мирослав, ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, 214 стр.
14. Ћирић, Александар, Цветковић, Предраг, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО – СТРУЧНИ ЕСЕЈИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, 484 стр.
15. Милановић, Тихомир, Ж., ПРАВО У СУДСКОЈ ПРАКСИ, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2001, 143 стр.

16. Јовановић, Мила, Старо римско *Ius Civile*. Књ. 1, *Leges regiae*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2002, 220 стр.
17. Николић, Драган, ВУКОВА ДЕЛА КАО ИЗВОР ЗА ИСТОРИЈУ ОБНАВЉАЊА СРПСКЕ ДРЖАВЕ, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004., 75 стр.
18. Живковић, Мирко, ЕВОЛУЦИЈА ИДЕЈА О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА, Ниш. Центар за публикације Правног факултета, 2004., 84. стр.
19. Ђорђевић, Мирослав, ОСЛОБОДИЛАЧКИ РАТ СРПСКИХ УСТАНИКА: 1804-1806, Београд, Војноиздавачки завод, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 447
20. Ђурђић, Војислав, Ранђеловић, Небојша, Илић, Горан, СРПСКО ДРЖАВНО ТУЖИЛАШТВО 1804-2004, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, 131. стр.
21. Анђелковић, Милева, Драган Јовашевић, ИЗБЕГАВАЊЕ ПЛЈАЊАЊА ПОРЕЗА – фискални и кривично-правни аспект, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 246
22. Пејић, Ирена, ПАРЛАМЕНТАРНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 340.
23. Голубовић, Срђан, ЕВРОПСКА МОЊЕТАРНА УНИЈА: ИНСТИТУЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 191
24. Јовановић, Мила, КОМЕНТАР СТАРОГ РИМСКОГ *IUS CIVILE*: Књ. 2, Закон XII таблица, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 461
25. Кнежевић, Саша, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 97
26. Јовашевић, Драган, НУЖНА ОДБРАНА И КРАЈЊА НУЖДА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, 264. стр.
27. Константиновић-Вилић, Слободанка, Костић, Миомира, Миладиновић, Душица, ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ И КВАЛИТЕТ ПРАВНЕ ПОМОЋИ ПРУЖЕНЕ ГРАЂАНИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И ПОСТУПКУ ИЗДРЖАВАЊА КАЗНЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 188
28. Кнежевић, Саша, ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 239

## УЦБЕНИЦИ

29. Живковић, Мирко, ФРАНЦУСКИ ЈЕЗИК ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВА, Ниш, 1993, 249 стр.
30. Ковачевић-Куштримовић, Радмила, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО - ОПШТИ ДЕО, 3. изд., Ниш, 1997, 306 стр.
31. Ђорђевић, Владислав, НАСЛЕДНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1997, 420 стр.

32. Николић, Драган, ФРАГМЕНТИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, 1997. – 321, LXV стр.
33. Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, 4. изд., Ниш, 1998, 690 стр.
34. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 2. изд., Ниш, 1998, 479 стр.
35. Анђелковић, Милева, ПОРЕСКО ПРАВО, Ниш, 1999, 333 стр.
36. Димитријевић, Момчило, Симић, Мирољуб, УВОД У ПРАВО, Ниш, 1999, 394 стр.
37. Ђорђевић, Мирослав, Стојичић, Слободанка, НАЦИОНАЛНА ИСТОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА, 1999, 247 стр.
38. Митровић, Љубиша, ОПШТА СОЦИОЛОГИЈА – предмет, метод и теорије, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 296 стр.
39. Стојановић, Драган, УСТАВНО ПРАВО, Књига 1, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 270 стр.
40. Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, VI, 576 стр.
41. Јовановић, Љубиша, Ђурђић, Војислав, Јовашевић, Драган, КРИВИЧНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, 2000, 587 стр.
42. Миленовић, Дара, ПОСЛОВНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, 606 стр.
43. Константиновић-Вилић, Слободанка, Ристановић, Весна, КРИМИНОЛОГИЈА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, 420 стр.
44. Миладиновић, Зоран, ПРАКТИКУМ ЗА ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ И АУТОРСКО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. 650
45. Стојановић, Наташа, ПРАКТИКУМ ЗА НАСЛЕДНО ПРАВО (ПОМОЋНИ УЏБЕНИК), Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004., стр. 372
46. Ђуровић, Радован, Ђирић, Александар, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО, ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, 320 стр.
47. Ђирић, Александар, Ђуровић, Радован, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО, ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, 420 стр.
48. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 4. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 416
49. Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 208
50. Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 289
51. Јанковец, Ивица, Миладиновић, Зоран, ПРАВО ОСИГУРАЊА, Ниш, Центар за публикације, 2006, стр. 467
52. Миленовић, Дара, СУБЈЕКТИ ПРИВРЕДНОГ ПРАВА, 3. допуњено и измењено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 545

53. Петровић, Милан, НАУКА О УПРАВЉАЊУ КАО ПРЕТПОСТАВКА УПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 400
54. Стевановић, Чедомир, Ђурђић Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 390
55. Миладиновић, Зоран, ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 446

## ЗБОРНИЦИ

56. СИМПОЗИЈУМ "САМОУПРАВЉАЊЕ И УНУТРАШЊА КОНТРОЛА", материјал за саветовање које је одржано 19-21. априла 1973. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 1973, 69 стр.
57. ЗАШТИТА ЧОВЕКОВЕ СРЕДИНЕ, Зборник радова са симпозијума одржаног новембра 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 197 стр. уредник: Славољуб Поповић
58. УДРУЖЕНИ РАД И ДРУШТВЕНА СВОЈИНА, Зборник радова са саветовања одржаног маја 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 211 стр. уредник: Славољуб Поповић
59. ФЕДЕРАЦИЈА И ФЕДЕРАЛИЗАМ, Зборник радова са међународног научног симпозијума одржаног јуна 1986. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета и Савеза удружења за политичке науке Југославије, Ниш, 1986, 432. стр. уредник: Јован Ђорђевић
60. ДВЕСТОТА ГОДИШЊИЦА ФРАНЦУСКЕ РЕВОЛУЦИЈЕ (1789-1989), сепарат из Зборника, бр. 29-1989, Ниш, 1989, 84. стр. уредник: Душан Р. Паравина
61. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР АНДРЕ ЂОРЂЕВИЋА: 1854-1914, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 44 стр. уредник: Гордана Станковић
62. РАД И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИХАИЛА МИТИЋА, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 89 стр. уредник: Гордана Станковић
63. СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА: 1844-1994, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 1994. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1994, 182. стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
64. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1995, 305 стр. уредник Гордана Станковић
65. НИШКИ ЦИВИЛИСТИ: ПРОФ. ДР МИРСА МИЈАЧИЋ, ПРОФ. ДР ГОРДАНА СТАНКОВИЋ, ПРОФ. ДР ВЛАДИСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ, Објављено



- у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, 1995, 76. стр. уредник: Гордана Станковић
66. ПРАВНИ ОДНОСИ У СТАМБЕНОЈ ОБЛАСТИ, Зборник радова са научног скупа одржаног марта 1995. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања и Катедре за грађанскоправне науке, Ниш, 1995, 390. стр. уредник: Гордана Станковић
  67. ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА, Зборник радова са међународног скупа одржаног новембра 1995. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, 434 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
  68. БОРИСЛАВ Т. БЛАГОЈЕВИЋ (1911-1986), Објављено у оквиру општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1997, 198. стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
  69. УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ, Зборник радова са стручног скупа одржаног новембра 1997. године у организацији југословенског Удружења за грађанско процесно право и арбитражно право и Правног факултета у Нишу, Ниш, 135 стр. уредник: Гордана Станковић
  70. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, /репринт изд./, Ниш, 1998, 213 стр. уредник: Гордана Станковић
  71. НАЦРТ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ И ЗАШТИТА ОД КРИМИНАЛИТЕТА НАСИЉА, Зборник саопштења и дискусије са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу новембра 1998. године, Ниш, 1999, 115 стр. уредник: Војислав Ђурђић
  72. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу марта 1999. године, Ниш, 1999, 202 стр. редакција: Војислав Ђурђић, Гордана Станковић, Невена Петрушић
  73. УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу децембра 1998. године, Ниш, 1999, 368. стр. уредник: Милан Петровић
  74. ЈУГОСЛОВЕНСКА КРИЗА - ПОУКЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног маја 2000. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 295 стр. уредници и рецензенти: Милан Петровић, Зоран Радивојевић
  75. НОВИ ЗАКОН О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу маја 2001. године, Ниш, 267 стр. приредиле: Гордана Станковић, Невена Петрушић
  76. СТРАНА УЛАГАЊА, Зборник радова са Семинара за иновацију знања одржаног фебруара-марта 2001. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 221 стр. уредник: Милорад Божић

77. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 1, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2002, Ниш, 273 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
78. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 2, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2003, Ниш, 482 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
79. ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ, 2003, Ниш, 260 стр. уредник: Гордана Станковић ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр.
80. ПРАКТИЧНО ОБРАЗОВАЊЕ ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр. уредник Мирослав Лазивић
81. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 3, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2004, Ниш, 236 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
82. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 4, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2004, Ниш, 205 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
83. РЕНЕСАНСА ФИНАНСИЈА, Зборник радова, 2004, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 156 стр., уредници: Миодраг Јовановић, Милева Анђелковић
84. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2004, стр. 320, уредник Мирко Живковић
85. УСТАВНО ПИТАЊЕ У СРБИЈИ: научно саветовање, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2004, стр. 464, уредник Милан Петровић
86. ЕВРОПСКИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА: ИСКУСТВА И НОВИ ИЗАЗОВИ,, зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 2003. г. на Правном факултету у Нишу, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 264, уредник: Зоран Радивојевић
87. СРБИЈА 1804-2004, зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 2004. године на Правном факултету у Нишу, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 481, уредник уредник: Слободанка Стојичић
88. ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – УСАГЛАШАВАЊЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, зборник радова са међународне научне конференције, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, уредник: Гордана Станковић
89. ДВЕСТОТИНЕ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА – УТИЦАЈ ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА НА СРПСКО ПРАВО, зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 337, уредник Гордана Станковић
90. НОВИНЕ У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ, зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу априла 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 280
91. ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу маја 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 643

92. ХАРМОНИЗАЦИЈА СТЕЧАЈНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА И НОВИ ЗАКОН О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ, зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006, стр. 272, уредник Гордана Станковић
93. ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, тематски зборник радова у оквиру пројекта ПРАВО НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007, уредник Невена Петрушић
94. ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, књ. 2, тематски зборник радова у оквиру пројекта ПРАВО НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007, уредник Невена Петрушић

#### **СЕРИЈСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ**

95. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 1/1962.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
96. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 2/1963.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
97. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 3/1964.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
98. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 4/1965.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
99. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 5/1966.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
100. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 6/1967.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
101. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 7/1968.  
уредник: Миодраг Матејић
102. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 8/1969.  
уредник: Миодраг Матејић
103. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 9/1970.  
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
104. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 10/1971.  
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
105. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 11/1972.  
уредник: Врлета Круљ
106. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 12/1973.  
уредник: Славко Марковић
107. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 13/1974.  
уредник: Душан Р. Паравина

108. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА ванредан број посвећен новим уставима 14/1974.  
уредник: Славко Марковић
109. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ТРИДЕСЕТ ГОДИНА ПРАВОСУЂА У СОЦИЈАЛСИТИЧКОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ 15/1975.  
уредник: Душан Р. Паравина
110. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 16/1976.  
уредници: Славољуб Поповић и Момчило Димитријевић
111. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 17/1977.  
уредник: Љубиша Јовановић
112. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 18/1978.  
уредник: Слободан Миленковић
113. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 19/1979.  
уредник: Михаило Митић
114. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 20/1980.  
уредник: Михаило Митић
115. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 21/1981.  
садржи библиографију радова поводом двадесетогодишњице рада  
уредник: Чедомир Стевановић
116. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 22/1982.  
уредник: Чедомир Стевановић
117. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 23/1983.  
уредник: Димитрије Кулић
118. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 24/1984.  
уредник: Мирослав Миљковић
119. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 25/1985.  
уредник: Мирослав Миљковић
120. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 26/1986.  
уредник: Мирослав Миљковић
121. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 27/1987.  
уредник: Славко Марковић
122. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, редовни и тематски број:  
УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СР СРБИЈИ 28/1988.  
уредник: Славко Марковић
123. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 29/1989.  
уредник: Слободанка Стојичић
124. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 30/1990.  
уредник: Слободанка Стојичић
125. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 31/1991.  
уредник: Гордана Станковић
126. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 32-33/1992/93.  
уредници: Гордана Станковић и Радмила Ковачевић Куштримовић
127. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 34-35/1994/95.  
уредник: Драган Станимировић

128. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 36-37/1996/97.  
уредник: Војислав Ђурђић
129. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 38-39/1998/99.  
уредник: Милорад Рочкомановић
130. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 40-41/2000/01.  
уредник: Дара Миленовић
131. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 42/2002.  
уредник: Миролуб Симић
132. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 43/2003.  
уредник: Мирса Мијачић
133. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 44/2004.  
уредник: Мирса Мијачић
134. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 45/2004.  
уредник: Мирса Мијачић
135. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 46/2004.  
уредник: Мирса Мијачић
136. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 47/2006.  
уредник: Милан Петровић
137. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ЈОВАН  
СТЕРИЈА ПОПОВИЋ 48/2006.  
уредник: Милан Петровић
138. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: Изградња  
правног система републике Србије 49/2007.  
уредник: Милан Петровић
139. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 50/2007.  
уредник: Милан Петровић

## ЗАКОНИ

140. УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ и Уставни закон за спровођење Устава  
Републике Србије, поговор Стојановић Драган, Ниш, Правни факултет,  
Центар за публикације, 2006, стр. 129

## МУЛТИМЕДИЈА И ЕЛЕКТРОНСКА ИЗДАЊА ЗБОРНИКА

141. ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ - Faculty of Law in Niš, мултимедијална  
презентација Факултета на српском и енглеском језику, ISBN 86-7148-033-X  
COBISS-ID 98072076
142. СТВАРАЊЕ УСЛОВА ЗА РАЗВОЈ МОДЕРНОГ ПРАВНОГ И  
ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ КАО ДЕМОКРАТСКЕ  
ДРЖАВЕ, зборник радова, Ниш, Правни факултет, 2005, уредник: Гордана  
Станковић







