

**Универзитет у Нишу
Правни факултет**

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

LI

Ниш, 2008

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Невена Петрушић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. Др Радмила Ковачевић-Куштримовић

Чланови редакционог одбора из земље

Проф. др Милан Петровић

Проф. др Предраг Димитријевић

Проф. др Миомира Костић

Проф. др Драган Николић

Проф. др Љубица Николић

Мр Мира Симовић

Чланови редакционог одбора из иностранства

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

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

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

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

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

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

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

Секретар Редакционог одбора: др Дејан Јанићијевић

Преводи: Гордана Игњатовић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: „Свен“

Тираж: 150

САДРЖАЈ

<i>Проф. др Милан Петровић</i> СТУДЕНТСКИ ПОКРЕТИ 1968. – НЕДОВРШЕНА РЕВОЛУЦИЈА..... 1 <i>STUDENT'S MOVEMENTS OF 1968. - UNFINISHED REVOLUTION</i>	
<i>Проф. др Милорад Рочкомановић</i> ОБИМ ПРИМЕНЕ НАСЛЕДНОГ СТАТУТА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ 37 <i>THE SCOPE OF APPLICABLE INTESTATE SUCCESSION LAW IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW</i>	
<i>Проф. др Предраг Димитријевић</i> ПРАВО ПРИВАТНОСТИ НА ИНТЕРНЕТУ 49 <i>RIGHT TO PRIVACY ON THE INTERNET</i>	
<i>Проф. др Драган Јовашевић</i> ПОЈАМ, КАРАКТЕРИСТИКЕ И САДРЖИНА АМНЕСТИЈЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ 63 <i>THE NOTION, CHARACTERISTICS AND CONTENT OF OBLIVION IN CRIMINAL LAW</i>	
<i>Проф. др Владимир Серђевић</i> <i>Вања Серђевић</i> ПРАВНИ ОСНОВИ ФОРМИРАЊА ЦЕНА У СРБИЈИ И ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ.. 93 <i>LEGAL FOUNDATION OF PRICE MAINTENANCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND EUROPEAN UNION</i>	
<i>Доц. др Предраг Цветковић</i> УЛОГА СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ У РАЗВОЈУ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ 111 <i>THE ROLE OF WORLD TRADE ORGANIZATION IN THE DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL COMPETITION LAW</i>	
<i>Др Марина Димитријевић</i> ОБЕЛЕЖЈА ПРАВА НА ДОБРУ УПРАВУ У ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ 129 <i>CHARACTERISTICS OF THE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION IN THE TAX PROCEEDINGS</i>	

Новак Крстић	
ИЗЈАВА О ОДРИЦАЊУ ОД НАСЛЕЂА.....	145
<i>RENUNCIATION OF INHERITANCE RIGHTS</i>	
мр Душица Миладиновић-Стефановић	
ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УСТАНОВЕ ПОМИЛОВАЊА.....	165
<i>HISTORICAL DEVELOPMENT OF PARDON</i>	
Михајло Цветковић	
НАЧЕЛО ЈЕДНАКЕ ВРЕДНОСТИ ДАВАЊА У УГОВОРНОМ ПРАВУ.....	189
<i>THE PRINCIPLE OF EQUIVALENCY IN CONTRACT LAW</i>	
Ненад Грујић	
ОДНОС УГОВОРНЕ И ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ.....	211
<i>RAPPORT DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ET EXTRACONTRACTUELLE POUR LE PRÉJUDICE (DOMMAGE)</i>	
Александар Мојашевић	
ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ ОД СТВАРИ СА НЕДОСТАТКОМ.....	235
<i>ECONOMIC ANALYSIS OF THE PRODUCT LIABILITY</i>	
Дарко Димовски	
ПОЈАВА И РАЗВОЈ КАЗНЕ ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ.....	249
<i>THE APPEARANCE AND DEVELOPMENT OF THE PUNISHMENT OF IMPRISONMENT</i>	
Библиографија	279

Проф. др Милан Петровић
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 329.78 (497.11) "1968"

**СТУДЕНТСКИ ПОКРЕТИ 1968.
– НЕДОВРШЕНА РЕВОЛУЦИЈА**

***Апстракт:** Ова студија најпре утврђује појмове „левице“ и „деснице“ као политичких феномена. Потом, пошто се до-такла студентских и црначких покрета у Сједињеним Америчким Државама, она излаже основне особине и развој студентских покрета у СР Немачкој и Француској касних 1960-их година. Највећи део студије посвећен је студентским револуционарним гигањима на Београдском универзитету 1968. године, чији је непосредни учесник био и писац ове студије. На сасвим нов начин у њој се тумачи деловање југословенскога председника Тита и групе професора и асистената београдскога Филозофског факултета окупљених око часописа „Praxis“ („праксисоваца“) у тим гигањима. Студија је такође прилог теорији револуција.*

***Кључне речи:** „левица“ и „десница“, студентски покрети, револуција као друштвени уговор, револуционарни вођа.*

Четрдесета је годишњица од како су студентски покрети – међу њима и покрет студената Београдског универзитета – били достигли своју кулминацију. Писац овога текста био је њихов најнепосреднији учесник – као студент Правног факултета Београдског универзитета био је члан Акционог одбора на том Факултету. Но, овај текст није ни историографски ни аутобиографски; искуства његовог аутора, као и други извори, само су **подлога** једног поимања са становишта теорије државе и политичке социологије које тежи да иза појединости открије целину. Зато се оно служи упоредним методом, сагледавајући поред студентскога покрета на Београдском универзитету и студентске покрете у Француској и Западној Немачкој те, донекле, и у Сједињеним Америчким Државама. На овај начин решавамо један оригиналан задатак будући да радова сличне врсте практично и нема.

Само, за разумевање студентских покрета 1968. мора се као претходно питање расветлити суштина „левице“ и „деснице“ као политичких појава. О њима се у свакодневном политичком животу и пропаганди непрекидно говори. Но, и овде научно поимање увелико заостаје за „светском вревом“.

Са становишта науке, десница и левица су типски појмови (слични Weber-овим „идеалним типовима“) скаларнога карактера; то ће рећи да постоје „умерена“ десница и левица, „радикална“ десница и левица те „крајња“ десница и левица. С тим, што поједина обележја могу да мењају своје место на скали, па чак и да прелазе са једне скале на другу. Тако, екстреман случај таквога померања јесу тоталитарна десница и тоталитарна левица, које показују низ упадљивих сличности уз очување најдубљих супротности.

Умерена десница заснива се на идејама слободе и једнакости како су схватане у почетној фази Француске револуције (1789–1799). Народ, нација, друштво, држава углавном се схватају као укупност грађана с једнаким политичким правима, чији је врховни орган слободно изабрани, те зато вишестраначки, парламент. Економија је тржишна и заснива се углавном на приватној својини и слободи рада. Плурализму политичких странака у сфери политике одговара плурализам самосталних предузећа и синдиката у области економије. Држава поставља само правне оквире слободној економској утакмици и меша се у њу само да би спречила нелојалну конкуренцију и злоу-

потребу економске моћи образовањем монопола. Обезбеђује се „владавина законâ, а не људи“. Зато је структурални непријатељ система јака и самостална влада. Следствено томе, устав ове државе установљује одговорност владе парламенту и контролу законитости управе од стране судова (правна држава). Умерену десницу у најчистијем виду заступају демолибералне странке.

Радикална десница доживљава нацију, државу, друштво – највећма у складу са схватањима немачке политичке романтике – као органску целину чији су делови неједнаки јер обављају неједнаке функције. Економски либерализам постоји, али само у мери у којој погодује напретку целине. Зато се поред приватнога предузећа јавља и државно, посебно у виду државних монопола. Уз велике домаће и стране инвеститоре, држава се нарочито стара о малом и средњем сељаку, пошто је патријархална сеоска породица узор самог органског устројства државе. Политичке странке су допуштене, али пошто њихова борба може да нарушава стабилност социјалнога организма, та се борба релативише тако, што изнад плуралистичкога парламента стоји јака, нестраначка влада (принцип ауторитарне државе). Структурални непријатељи овога режима су све оне странке које се залажу за владавину чистог већинског принципа. Том режиму најближе су стајале уставне монархије у Средњој Европи до краја Првог светског рата те балканске монархије и Ататурков режим у Турској до краја Другог светског рата. Данас су националистичке и религиозно-фундаменталистичке странке најближи баштеници наслеђа радикалне деснице.

Крајња десница је, најпре, национални хегемонизам, мада сваки национални хегемонизам није самим тим режим крајње деснице (фашизам). Потпуно одбацујући достигнућа Француске револуције, тај режим успоставља „сталешку (корпоративну) државу“, надовезујући се тако на европски Средњи век. Ипак, нова сталешка држава се од старе разликује по томе, што је могућ прелаз из једнога сталежа у други и што не постоји хијерархија међу сталежима; пред диктаторском влашћу они су у начелу једнаки. Вишестраначки парламентаризам се укида и у парламенту аklamацијом одлучују представници само једне странке, која је као покрет-авангарда „националнога устанка“ носилац диктаторскога режима. Диктатура као начин вршења државне власти постоји када носилац врховне власти

овласти један државни орган да предузима ванредне, законом неограничене **мере**. Диктатура као политички режим, што је и овде случај, постоји када носилац врховне власти самога себе овласти да диктаторски поступа. Режим је **тоталитаран** у два смисла. Прво, цео сталешки поредак функционише на подстицаје владе, која презентује јединство покрета и државе. Друго, политичка полиција има неограничену власт принуђивања према противницима режима. Главни фашистички режими нестали су с поразом Италије, Немачке и Јапана у Другом светском рату. Но, првобитни фашизам је нестao после војног удара 1974. у Португалији, односно после смрти генерала Франка 1975. у Шпанији. Тренутно, нео-фашизам се јавља у виду политички маргинализованих, затворених скупина.

Умерена левица је, слично умереној десници, такође настављач идеја Француске револуције, али пре њеног раздобља демократске републике (1792–1795) коме је печат дала владавина странке јакобинаца. Иако се тада приватна својина најсвечаније зајемчује, једнакост се није схватала као пука правна једнакост, већ и економски, као „једна врста социјализма“. Уведен је прогресивни порез и „глобљење богаташа“. У јавности је жигосана „аристократија богатих“ као страшнија од „жезла краљева“, богатство као „слободоубиство“ (liberticide).¹ Савремена умерена левица, попут либералне деснице, стоји на становишту вишестраначког парламентаризма. Но, у друштвено-економској сфери она се од ње разликује настојањем да оствари постулат „социјалне правде“. Умерена левица у начелу прихвата слободну утакмицу приватних предузећа и синдикалне слободе, али наглашава и државни интервенционизам којим се ствара „држава благостања“. Социјална политика умерене левике сучељава се са трилемом знаменитог енглеског економисте Keynes–а; пуна запосленост, тржишна економија, стабилност валуте. Умереној левици углавном припадају социјалистичке и социјалдемократске странке Западне Европе.

Радикална левица је и у односу на режим умерене деснице револуционарна, али настоји да та револуционарност не представља раскид са принципима слободе и једнакости. Финансијски капитал и

¹ В.: А. Aulard, Histoire Politique de la Révolution Française, 5-e éd, (2e tirage), Paris 1921, 448 илд.

главна средства саобраћаја и производње треба да се социјализују. Уместо учесника у борби на тржишту, предузећа постају средишта друштвеног живота запослених. Од либерализма радикални социјализам преузима неповерење, ако не и непријатељство, према држави. Зато је у предузећима и установама који су социјализовани неминовно **самоуправљање** колектива. У парламенту се уједињују законодавна и извршна власт (конвентски систем јединства власти), с тим што све политички важније одлуке подлежу ратификацији савета (зборова) бирача. Управне и судске функције су изборне. Пошто свуда влада непосредна демократија, улога политичких странака се минимизује. Расте, напротив, улога синдиката као организатора свакодневног живота. Занимљиво је да је Hannah Arendt, једна политичка теоретичарка изразито демолибералнога усмерења, сматрала да се једино у „систему савета“ може остварити политичка слобода.² Примери режима радикалне левнице јесу Париска комуна од 1871. године, совјети у руским револуцијама од 1905. и 1917. године те у немачкој револуцији од 1918. године. Радикални левичари су анархосиндикалисти, а на тим позицијама се налазила и такозвана „Радничка опозиција“ у совјетској Русији.

Крајња (комунистичка) левница преузела је револуционарну идеологију, па чак и структуре (совјете итд.) од радикалне левнице, али је на њих надоградила тоталитарни државни апарат у служби партије која је себе прогласила за „авангарду радничке класе“, премда су авангарду чинили професионални револуционари пореклом из свих могућих друштвених слојева. Комунисти су се заправо најсуровије обрачунавали са радикалном левницом, чије су духовне тековине присвојили. Комунисти су за радикалну левницу измислили назив „ултралевница“, како би себе приказали за једино исправну левницу. У „Кронштатској буни“ од 1921. (коју је комунистичка историографија потпуно прећуткивала) Црвена армија је у крви угушила устанак матроза који су хтели да врате радничко–синдикалистичку демократију на место Лењинове, како су сами говорили, „комесарократије“. Иронија је судбине да су управо ти матрози у октобру 1917. срушили Привремену владу и довели лењинисте на власт. Тај дуализам револуционарнога демократизма и револуционарнога тоталитаризма

² Хана Арент, О револуцији. Одбране јавне слободе, Београд 1991, 206 илд.

присутан је већ код првоапостола комунизма, Карла Маркса. Као што је познато, Маркс је Париску комуноу од 1871. славио као „најзад пронађени политички облик под којим се могло извршити економско ослобођење рада“. Но, само две године касније он се вратио концепту „диктатуре пролетаријата“: „Радници морају...дјеловати у правцу најодлучније централизације власти у рукама државне моћи. Они не смију бити заведени демократским фразама о слободи општина, самоуправи итд.“³ Велики Марксов противник, руски револуционар и анархиста Михаил Бакуњин, Маркса је назвао „пангерманистом“ и великим поштоваоцем банкарске породице Rotschild, да би продужио: „То може да изгледа необично. Шта може да буде заједничко комунизму и великој банци? О! Марксов комунизам хоће моћну државну централизацију, а где једна таква постоји, мора да у данашње време постоји и једна централна банка,...“⁴ Италијански фашизам и немачки националсоцијализам опонашали су руску комунистичку тоталитарну државу.⁵

Појам „центар“ најпре означава одређене страначке коалиције. „Леви центар“ је коалиција странака умерене деснице и умерене леве. То је такорећи немачка особеност. Немачки Устав од 1919. био је заједничко дело Социјалдемократске странке, Немачке демократске странке и римокатоличкога Центрума (Хришћанске народне странке). И догод је та такозвана „Вајмарска коалиција“ имала већину у централном Парламенту, трајала је и парламентарна савезна република, „Вајмарски систем“. Основни закон за СР Немачку од 1949. такође је резултат компромиса демохришћана и социјалдемократâ. „Десни центар“ је коалиција странака умерене и радикалне деснице. У данашњој Европи, због слабости радикалне деснице, он је реткост. Ипак, он се понекад јавља у бившим комунистичким земљама у виду антикомунистичких и антисоцијалистичких коалиција које настоје да убрзаним мерама либерализују економски живот. Но, у Азији, где радикалну десницу представљају јаке религиозно-фундаменталистичке странке, „десни центар“ није изузетак. Поменимо, с тим у вези, извесне коалиције у Турској и Израелу. „Странка цен-

³ Нав. у: Х. Арент, *ibid.*, 221.

⁴ М. Bakunin, *Staatlichkeit und Anarchie und andere Schriften*, herausg. v. H. Stuke, 1972, 399, 401.

⁵ A.J. Toynbee, *A Study of History*, VIII, 1965, 345, 395.

тра“ је странка која у своме окриљу обухвата фракције умерене деснице и умерене левице, које зависно од историјских околности добивају превагу једна над другом. Упечатљив пример такве странке нуди Демократска странка у Сједињеним Америчким Државама.

Померањем обележја унутар типова деснице и левице долазимо и до изузетно важнога појма „популизма“. Популизам једнако може бити десни и леви.

Десни популизам стоји на становишту слободне тржишне утакмице и приватне иницијативе које је својствено умереној десници. Али, његов политички режим одговара захтевима радикалне деснице, а то је јака влада, па чак и диктатура. У 19. веку, меродаван тип овога популизма био је цезаризам двојице Наполеона, Првог и Трећег, у Француској. Савремени приказ деснога популизма нуди президијализам Сједињених Америчких Држава. Још је Н. Финер истицао како се америчком народу сугерише да је његов председник „највећи човек на свету... са ограниченим овлашћењима, али са огромним латентним могућностима“.⁶ Ипак, тај режим поседује изузетну гипкост, што показује његова способност да се у кризним ситуацијама преобрази и у леви популизам. Пример: „Нови план“ („New Deal“) председника F.D. Roosevelt-a, који је настао након економскога слома 1929. године.

Леви популизам преузима основни друштвено-економски програм умерене левице: либералну државу благостања. Али опет, принцип ауторитарне државе од радикалне деснице. Упечатљиву слику левога популизма нуди влада генерала Перона у Аргентини од 1936. до 1955. године. Русија и неке бивше републике Совјетскога Савеза такође воде унутрашње политике и имају уставе који потпадају под ову форму популизма.

Општи узрок настанка студентских покрета 1968. је истовремена офанзива левице на светском плану и, уједно, конзервативизам радничких класа и етаблираних комунистичких партија.

Године 1968. ближио се врхунац рата у Вијетнаму у коме је комунистички Северни Вијетнам заједно са јужновијетнамским партиза-

⁶ Finer, *The Theory and Practice of Modern Government*, II, London 1932, 1017: „as the greatest man in the world... He is a plebiscitary executive, with limited powers, but large potentialities.“

нима (Вијетконгом) водио рат за национално уједињење и социјално ослобођење против војнога режима у Јужном Вијетнаму и највеће војне силе на свету, Сједињених Америчких Држава. Иако су се САД бориле крајње сурово и уз употребу најсавременије војне технике, било је очигледно да тај рат морају изгубити јер су Северновијетнамци и јужновијетнамски партизани још од краја 1964. држали 75% јужновијетнамске територије; Американци и њихови савезници били су практично опкољени у великим градовима. Две велике португалске колоније у Африци, Ангола и Мозамбик, биле су поприште борбе за ослобођење између португалских фашиста и партизанских покрета у којима су најзначајнију улогу играли домаћи комунисти. Те 1968. харизматска премијерка Индије, Индира Ганди, изјавила је на заседању Унктада (United Nations Conference for Trade and Development) у Њу Делхију да ће, уколико се провалија између сиромашних и богатих не смањи, сиромашни народи бити принуђени да насилним путем произведу промене.⁷ Нешто раније, чувени кубански револуционар Ернесто Че Гевара (Ché Guevara) напушта све функције у кубанском социјалистичком режиму и одлази да створи ново револуционарно жариште у сиромашној Боливији, где га 1967. заробљавају и убијају војска и ЦИА. Че Гевара ће постати симбол и мученик студентскога покрета. Свет је потресла и „Велика пролетерска културна револуција“ или краће „Културна револуција“ која је 1966. била избила у комунистичкој Кини. Њени носиоци били су омладинци и омладинке између 14. и 24. године старости, организовани у „црвеним гардама“. Њихов пак вођа био је сам председник Комунистичке партије Кине, Мао Це-тунг. Помоћу анархистичко-тоталитарних „црвених гарди“ Мао је хтео да уништи ревизионисте у самој Комунистичкој партији и државним службама на чијем челу је стајао председник Републике Лиу Шао-чи, „кинески Хрушчов“, али и целу традиционалну кинеску културу скупа са њеним чуварицама: ситним сопственицима, интелектуалцима, будистичким монасицама. Иако су методи обрачуна које су примењивали црвени гардисти били грозни, маоисти су имали немали број присташа међу припадницима студентских покрета и уопште „нове левице“, коју су поред студентских покрета чинили и покрети који су из њих произишли

⁷ Према: E. Nolte, *Deutschland und der Kalte Krieg*, 2. Aufl., Stuttgart 1985, 534.

или им били конвергентни. На те присташе остављао је дубок утисак револуционарни занос, спонтаност и фанатизам црвених гарди-ста као и то, што се радило о првој комунистичкој револуцији у једној комунистичкој држави против црвене бирократије која се – као и у другим социјалистичким земљама – претворила у владајућу класу. У исто време, на посредан начин, у наступајући фронт левице ушла је и већина Арапа. После Другог светског рата, у процесу деколонизације, у најмногољуднијим арапским земљама успоставили су се социјалистички режими, то јест режими једнога антиколонијалнога левог популизма: у Египту, Сирији, Ираку, Јужном Јемену, Либији, Тунису, Алжиру. Те државе чиниле су важну осовину Покрета несврстаних земаља, Покрета чији је оснивач и највећи ауторитет био југословенски председник Тито. У шестодневном рату 1967. Израел је на опште изненађење до ногу потукао своје арапске суседе, при том зауевши и остатак Палестине: стари део Јерусалима, Западну обалу Јордана и појас Газе, где су углавном пребивали и палестински Арапи протерани из Израела и Палестине током Првога израелско-палестинског рата 1948. године. Покрет несврстаних осудиће заузеће арапских територија као израелску агресију и ционистички колонијализам и признати Палестинску ослободилачку организацију за легитимнога представника палестинскога народа. Тито је, одмах по престанку непријатељстава, 13. јуна 1967. прекинуо дипломатске односе са Израелом. Други комунистички режими такође су стали на страну Арапа. Али на тај начин је отворена нова зона напетости са Сједињеним Америчким Државама као покровитељем Израела и светским централама ционизма. На сасвим другом крају фронта наступајуће левице налазило се 1968. „Прашко пролеће“. У Чехословачкој је бирократско руководство постстаљинистичкога типа морало, највећма због економских неуспеха, да преда власт реформским снагама, које су хтеле да уведу социјалистичку тржну економију, слободу мишљења и унутарпартијску демократију. Но, комунисти су изгубили контролу над догађајима (нису били у стању да се супротставе захтевима за рестаурацијом приватне својине и политичкога плурализма), па је тај први наговештај Горбачовљеве „перестројке и гласности“ завршио у августу 1968. инвазијом војних снага Варшавскога пакта на челу са совјетском Армијом.

Само, носилац свих тих светско-револуционарних гибања није била радничка класа, већ су то били сељаштво, интелигенција, војска као „наоружани народ“, па чак и делови традиционалнога грађанства. Покрети који су стајали на челу тих гибања, чак и онда када су се самодефинисали као поборници „диктатуре пролетаријата“, увелико су се разликовали од комунистичких партија бољшевичкога типа, које су само себе препознавале и признавале као заточнике револуционарнога авангардизма и револуционарне ортодоксије. Настао је дакле један **нови историјски субјект** и настала једна **нова револуционарна авангарда**. Ту промену је најдубље приказао амерички марксиста и политички теоретичар немачко-јеврејскога порекла, Herbert Marcuse. У Бостону је 1964. изашло прво издање његове политички фундаменталне и за 1968. релевантне књиге: „One-Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society“, у којој се чита да у узрапредовалој индустријској цивилизацији влада „комформна, лишена трења, умна демократска неслобода“. ⁸ Људи те цивилизације, „сублимирани робови, но ипак робови“, ⁹ своју душу налазе у своме ауту, и управо нивелација класних разлика служи одржању постојећега стања. Организовано радништво је одавно направило „неискрен споразум“ с капиталом, ¹⁰ и тај нови status quo у својој се чврстоћи изругује свакој могућности превазилажења. Наде мислиоца не могу се с тога, као још код Маркса, везивати за радништво, већ једино за „супстрат одбачених и аутсајдера, израбљиваних и прогањаних другачије расе и боје, незапослених и незапосливих“, „испод површине конзервативне базе народа“, ¹¹ који додуше не могу да изведу револуцију у Марксовом смислу, но ипак на свој начин репрезентују „велико одбијање“, које се јавља као последњи појавни облик негативитета у једном још само позитивном, „једнодимензионалном“ свету. Али, када се студентска револуција 1968. ипак догодила, Marcuse ће у међународноме студентском покрету видети нову револуционарну авангарду која треба да поведе радничку класу: „Студентска опозиција један је од одлучних елемената да-

⁸ H. Marcuse, Der eindimensionale Mensch. Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft, 3. Aufl., Neuwied/Berlin 1968, 21.

⁹ Marcuse, *ibid.*, 53.

¹⁰ Marcuse, *ibid.*, 14.

¹¹ Marcuse, *ibid.*, 267.

нашњег свијета. То додуше није непосредно револуционарна снага, али то је један од импулса који се могао преобразити у револуционарну снагу. Зато је једна од главних нужности стратегије ових година међународно повезивање студентских опозиција. Али исто тако треба приступити једном тежем и сложенијем задатку који изнова веже ум за револуцију. Интелектуални пролетаријат мора наћи заједнички духовни називник акције са сувременим индустријским пролетаријатом. Он мора вратити радничкој класи повјерење у себе саму као револуционарну класу. Радикалног остварења социјализма као интегралне, духовне, економске и политичке еманципације човјека, без тога не може и неће бити.¹² Напослетку, пошто је студентски покрет доживео осеку, Marcuse ће појам нове револуционарне авангарде проширити на „нову левицу“ у целини: „Када се Нова левица тако енергично бори за обнову природе, за јавне паркове и обале, за подручја мира; када она захтева нови сексуални морал и ослобођење жена, онда се она бори против материјалних односа који су људима наметнути капиталистичким системом и његовом репродукцијом.“¹³

Став револуционарних студената Београдскога универзитета спрам садржине Marcuse-ових схватања на карактеристичан начин одражава следећа епизода из времена јунскога штрајка 1968. на београдском Правном факултету. Један колега из Акционог одбора обратио ми се следећим речима: „Знаш ли да у Америци живи један филозоф који мисли исто као и ми. Зове се Маркузе. Занимљиво!“ У ствари, превод његове за 1968. политички релевантне књиге под насловом „Човјек једне димензије“ изашао је у Сарајеву управо те, 1968, године. Ранији преводи његових значајних дела – „Ум и револуција“ (Сарајево 1966) те „библија“ сексуалне револуције „Ерос и цивилизација“ (Загреб 1965) – нису привукли пажњу београдске студентске омладине тога времена. Дакле, иако нисмо читали Marcuse-а, **интуитивно** смо знали да смо оно што јесмо: нова револуционарна авангарда.

¹² Н. Marcuse, Студентска опозиције и револуција, Разлог 57, 1/1968–69, 11. Нав. у: П. Вранички, Хисторија марксизма, II, 5. изд., Загреб 1987, 273.

¹³ Х. Маркузе, Контрареволуција и револт, Београд 1982, 22.

Студентски покрет зачео се у Сједињеним Америчким Државама као језгро омладинскога покрета против рата и ратних злочина Сједињених Америчких Држава у Вијетнаму. Поред демонстрација, он је први пут почео да примењује „sit-in“, то јест заузеће универзитетских зграда и других некретнина те затварање у њима, чиме ће касније прибегавати и европски студентски покрети. Први велики „sit-in“ догодио се на Калифорнијском универзитету у Берклију 30. септембра/1. октобра 1964, а Академски сенат у Берклију заузео је 8. децембра исте године став повољан за студенте. Само, већина студентских покрета у Сједињеним Америчким Државама није имала револуционаран карактер; они нису хтели да мењају режим, већ политику режима. Но, сасвим је ствар другачије стајала са црначким омладинским покретима, који су се мобилисали у сиротињским црначким гетоима индустријских велеградава.

Постојао је и црначки студентски покрет: „Студентски координациони комитет за ненасиље“ (Student Nonviolent Coordinating Committee, SNCC), који се, напустивши своју првобитну оријентацију, залагао за бескомпромисну револуцију и непоштовање белачкога законодавства. Један од његових бивших председника, Stokely Carmichael, изнео је 1966. концепт „Black Power“ (Власт црнцима) и покушао да се повеже са организацијом „Црни пантери“ (Black Panthers) која је заговарала и оружане акције.¹⁴ „Црни муслимани“ (Black Muslim), организације која је настала 1960, и која окупља све већи број припадника, револуционарна је утолико, јер из расних побуда оспорава владајућу хришћанску културу Америке. По њима, ђаво је беле боје, и хришћанске религије измислили су Јевреји као инструменте тлачења, израбљивања и империјализма.¹⁵ „Црне муслимане“ је због недовољне политичке оштрине напустио харизматски старешина једне цамије у Харлему, Malcolm X, и основао активистичко омладинско удружење „Организацију афроамеричкога јединства“ (Organization of Afro-American Unity). Када је 21. фебруара 1965. на једном митингу покушао да изложи свој програм, неко га је из гоми-

¹⁴ В.: М. Зубак, Припремање терена: одјек глобалног студентског бунта 1968. године у југославенском омладинском и студентском тиску, у: 1968 – четрдесет година после=1968 – Forty Years Later. Зборник радова, Београд 2008, 443.

¹⁵ О „Црним муслиманима“ в.: Е. Lehnhoff, Politische Geheimbünde. Neu bearbeitet v. W. Gebühr, München/Wien 1968, 448 илд.

ле убио ватреним оружјем. Но, упркос краткотрајности свога деловања, Malcolm X је постао култна личност црних револуционара у Америци. Њихов непријатељ је био бели земљопоседник и кућевлашник, бели трговац и бели полицајац.¹⁶ Помоћ су добивали од Кубе (посредно од Совјетског Савеза), али највише од НР Кине – маоистички утицај био је међу њима приметан – јер је тада Кина чинила дивовске напоре да буде призната за гласноговорника и вођу свих обојених народа.¹⁷ Њихов циљ био је стварање Афроамеричке нације и државе на тлу Сједињених Америчких Држава, дакле подела те државе на црначки и белачки део. Ипак, већу подршку Афроамериканаца уживала су старија реформистичка удружења као „Национална асоцијација за непредак обојених“ (National Association of the Advancement of Colored People, NAACP) из које је поникао харизматски баптистички проповедник и добитник Нобелове награде за мир, Мартин Л. Кинг. Његова средства у борби за равноправност црнаца били су бојкот, демонстрације и „маршеви слободе“. Прикључило му се и мноштво белаца. Убијен је у атентату 4. априла 1968. када је био не врхунцу популарности.

То је било и време побуна црначке омладине. Да би их угушила, држава је поред полиције морала да употреби и војску и Националну гарду. Артиљерија је рушила читаве блокове зграда. Све је то неодољиво подсећало на руску револуцију од 1905. године. Када је 1967. у Детроиту заведен „ред“, било је 43 мртвих, око 1500 рањених и 4000 лишених слободе.¹⁸ После атентата на М.Л. Кинга, опет је плануо црначки гнев. Немачки генерални конзул јавља 16. априла 1968. из Чикага: „Биланс после три дана најтежих црначких изгреда какве овај град не памти деценијама, изгледа овако: 12000 припадника Националне гарде и Армије концентрисано на подручју града, десет мртвих, 500 рањених, 3000 ухапшених и више стотина спаљених зграда.“¹⁹ Ова агресивност власти навела је Marcuse-а да каже како у Сједињеним Америчким Државама може да се утврди „посто-

¹⁶ R. Dunayevskaya, *Philosophy and Revolution. From Hegel to Sartre, and from Marx to Mao*, New York 1973, 271 ид.

¹⁷ Lehnhoff, *op. cit.*, 449, прим. 3.

¹⁸ Dunayevskaya, *op. cit.*, 271.

¹⁹ Нав. у: G. Aly, *Unser Kampf 1968 – ein irritierter Blick zurück*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2008, 62.

јање једног протофашистичког синдрома“ те да: „Целокупни комплекс агресије и њених жртава указује не један протофашистички потенцијал *par excellence*.“²⁰ Студентски покрет у Сједињеним Америчким Државама не може се добро разумети без његове везе се хипи покретом (покретом хипикâ), једним омладинским покретом који је 1968. већ прешао свој зенит. Међутим, једина револуционарно–политичка организација беле омладине које је у то време постојала у Сједињеним Америчким Државама, „Међународна странка младих“ (Young International Party, YIP, зато су њени чланови названи „јипи-ји“), настојала је да хипике и побуњене студенте интегрише у светски омладински револуционарни покрет.²¹ Хипици су били представници једне поткултуре и контракултуре, што су хтели да покажу већ својом неконвенционалном спољашњошћу. Проповедали су пацифизам (симболично су се називали „децом цвећа“) и сексуалну револуцију, то јест рушење табуа које намеће хришћански сексуални морал. Само, још од краја Првог светског рата, поборник сексуалне револуције била је моћна америчка филмска индустрија, тако да се тај елемент хипијевске контракултуре повезао са јаким комерцијалним интересом. Западни студентски покрети поставили су сексуалну револуцију као један од својих циљева.

Студентски револуционарни покрет у СР Немачкој дебитовао је такође у јавности као оспоравање појединачних политика, и не режима. Главно поприште био је западноберлински Слободни универзитет, чији су студенти свој први „sit-in“ одржали од 22. до 23. јуна 1966. године, забринути због „катастрофе у образовању“. Протести против рата у Вијетнаму били су још увек на рубовима политичкога живота и контролисале су их „старе снаге“: виши протестантски свештеници, левичарски синдикати и Немачко друштво за мир. Први велики излив гнева догодио се током демонстрација против Сједињених Америчких Држава и рата у Вијетнаму, 8. маја 1967. у Минхену и Франкфурту, дакле управо на дан уочи годишњице ступања на снагу капитулације Немачке у Другом светском рату. У Минхену се поворка демонстраната зауставила испред Генералног конзулата Сједињених Држава. Око сто особа пробило је кордон по-

²⁰ Маркузе, *Контрареволуција*, 30, 33.

²¹ Зубак, *op. cit.*, 446.

лицајаца који су штитили Конзулат и, носећи заставе Вијетконга те слике Маркса и Мао Це-тунга, засуло полицајце јајима, каменицама и пакетићима с брашном и бојом. Демонстранти су потом спалили сламнату лутку која је представљала председника Уније Johnson-а. Четири недеље касније, 2. јуна, дошло је до демонстрација у Западном Берлину против посете иранскога шаха Мохамеда Резе Пахлавија тој подељеној немачкој престоници. У демонстрацијама су, поред немачких, учествовали и ирански студенти које је проамерички шахов режим приморао да постану политички емигранти. Шах је, слично раније Ататурку у Турској, водио политику модернизације државе, али је, неслично Ататурку, био суочен са снажном и разноликом опозицијом, коју је окрутно гушио. И док су припадници шахове тајне службе (САВАК), преобучени у манифестанте који су клицали шаху, скупа са западноберлинским полицајцима, међу којима је било запослено мноштво бивших есесоваца и осталих Хитлерових бојовника,²² моткама, металним штаповима и пендрецима растеривали демонстранте, један је виши службеник Политичке полиције (1. Одељења) хицем у главу убио студента и протестантскога пацифисту Benno-a Ohnesorg-a, који је претучен од других полицајаца лежао на земљи; убица је у затвору провео само четири месеца и до пензионисања 1987. наставио да ради у западноберлинској полицији. После убиства Ohnesorg-a почиње збиљска конфронтација студената и режима. Студенти спаљују „жуту штампу“, у првом реду сензационалистички „Bild-Zeitung“ берлинскога издавачкога концерна „Springer“, који харангирају против демонстраната.

Главна организација западнонемачких револуционарних студената постаће „Социјалистички немачки студентски савез“ (Sozialistischer Deutscher Studentenbund, SDS). Основала га је Социјалдемократска странка 1946. као своју високошколску организацију. Сагласно Статуту Савеза, његови чланови морали су да се залажу за социјализам. Међутим, после приступања НАТОу и „поновнога наоружавања“ СР Немачке 1955. године, Странка и Савез почели су да се размимотилазе. Социјалдемократија је кренула путем опортунизма, то јест приступања таквих изборних платформи које ће јој привући највећи могући број гласача, и та нова оријентација достигла је врхунац у де-

²² Aly, op. cit., 27 илд.

цембру 1966. стварањем прве „велике коалиције“ између демохришћана и социјалдемократа. Дотле пак, Социјалистички студентски савез задржао је наглашено марксистички курс. До отворенога раскиде доћи ће у новембру 1961. када је Социјалдемократска странка усвојила закључак о неспојивости чланства у два организацијама. Још пре тога, Странка је основала једно друго своје студентско удружење, „Социјалдемократски високошколски савез“ (Sozialdemokratischer Hochschulbund, SHB), али ће се и оно касније измакнути испод партијскога старатељства. После убиства Ohnesorg-а, чланство Социјалистичкога студентскога савеза се умногостручило, а његови руководиоци постали су неспорни прваци студентскога покрета у СР Немачкој.

Но, на сам врх тог покрета вино се, као његов харизматски вођа, берлински студент Rudi Dutschke, „Црвени Дучке“. Успешан студент, елоквентан и шармантан, „аскета“ (био је антиалкохоличар и непушач), тај изузетни Marcuse-ов ученик био је ретко обдарен како за револуционарну теорију тако и за револуционарну праксу у савременим условима. Његова чувена крилатица о „дугом маршу кроз институције“, која се по први пут у писменој форми била појавила у једном интервјуу,²³ нипошто не указује на неку врсту реформизма, већ на модалитете револуционарне борбе. По њему, у Западном Берлину требало би појачати политичке немире студентским демонстрацијама и осталим манифестацијама, повезати се са радницима појединих предузећа и подстицати дивље штрајкове, током којих би се спонтано образовали **совјети**. Западни Берлин би требало да постане политички независан од СР Немачке, нека врста Хонгконга у Европи, те као такав револуционарна централа Трећег света. Био би основан Централни градски совјет као „антипарламент“, чији би чланови увек могли да буду опозвани.²⁴ У једном чланку који је објавио под псеудонимом „R.S.“, Dutschke каже да ће у ослобођеном Западном Берлину, у коме ће бити успостављена демократија совјета и неће бити службеника, „парламент, странке и егзекутива“ „морати да своје распусте прогласе перманентним“.²⁵ Dutschke је да-

²³ Der Spiegel, 29/1967.

²⁴ В.: Aly, op. cit., 43, 96 илд.

²⁵ Oberbaumblatt. 12.6.1967.

кле био за један режим радикалне, и не крајње левице; то се нарочито види из његовога захтева за једном „другом револуцијом“ у Немачкој ДР, Источној Европи и Совјетском Савезу.²⁶ Но, он је себе и покрет који је предводио јасно видео као део светскога фронта наступајуће левице, чији се непријатељ зове: „организована Интернационала угњетавања у лику Сједињених Држава Северне Америке“.²⁷

На Dutschke-a је припреман атентат. „Bild-Zeitung“ је 6. фебруара 1968. објавио наслов: „Зауставите терор црвене омладине“ – а поред њега Dutschke-ову фотографију. Пет недеља касније, 11. априла, неки помоћни радник испалио је на Dutschke-a три револверска хица, довикнувши му при том: „Ти, одвратна комунистичка свињо!“ Dutschke је пао тешко рањен, и од тада задобијених рана никада се није опоравио; умро је од њихових касних последица на Бадње вече 1979. Знаковит је низ атентата: Неколико дана раније, 4. априла, убијен је Мартин Л. Кинг, а 5. јуна исте 1968. године, смртно је рањен највероватније будући председник Сједињених Држава, поборник црначких права R. Kennedy. Наиме, они који из дубоке позадине организују политичке атентате, знају боље од многих историчара и социолога да без **великих харизматских вођа** нема ни успешних историјских покрета, посебно **револуција**. Уништити великог вођу, значи убити и покрет, револуцију, осим ако на место несталога вође не ступи нови велики вођа. После уклањања Dutschke-a, студентски револуционарни покрет у СР Немачкој, упркос још неколиким спектакуларним акцијама, постепено јењава – нема правога вође. Социјалистички студентски савез је презадужен; повериоци га прогањају парницама – такође један од метода политичке ликвидације у плутократским режимима – и он се формално гаси 21. марта 1970. у Франкфурту. Студентски покрет ће се расточити у мноштву реформистичких покрета, које ће 1980. поново ујединити странка зелених, један сателит Социјалдемократије.

У Француској, земљи „старих“ револуција, 1968. није постојао само студентски револуционарни покрет, који се усталом у погледу метода борбе увелико угледао на револуционарни покрет западhone-

²⁶ R. Dutschke, Jeder hat sein Leben ganz zu leben. Die Tagebücher 1963–1979, Köln 2003, 53.

²⁷ G. Salvatore/R. Dutschke, Einleitung zu Che Guevara, Schaffen wir zwei, drei, viele Vietnam. Brief an das Exekutivsekretariat von OSPAAAL, Berlin 1967, 3.

мачких студената, него је тамо, у мају исте године, избила збиљска студентска социјалистичка револуција;²⁸ студентима су се придружиле и радници, ушавши у генерални штрајк и окупирајући фабрике, па је дошло до привременога „распада система“.

Пада у очи и сразмерно велика брзина и „кратак дах“ револуционисања париских студената. (Говорим „париских студената“, јер је у Француској спроведена практично максимална политичка, управна и културна централизација, те су услед тога студенти француских провинцијских универзитета били статисти који су углавном пратили и опонашали своје престоничке колеге.) Док су студентска гихања у Берклију и Западном Берлину трајала годинама, студентски револуционарни покрет у Паризу није постојао дуже од два месеца.²⁹

Континуиран след догађаја који су водили до настанка студентског револуционарног покрета почиње на Филозофскоме факултету (Faculté des lettres) у Нантеру, једном париском предграђу. Факултет је био смештен у једну ружну зграду, која је више личила на какву америчку фабрику аутомобила него на традиционално универзитетско здање. Држава је Факултет у Нантеру основала да би растеретила освештали Филозофски факултет у центру Париза, Сорбону, и уједно смањила број студената филозофских дисциплина; испити су били елиминаторни; студент који би пао на испиту, губио би право на даље студирање. Захтеви за реформама студирања били су главни разлог штрајка нантерских студената, који је почео 23. новембра 1967. Додуше, и сами професори сматрали су метод елиминаторних испита престогиим, па су у међувремену сами увели могућност делимичног полагања појединих испита. Но, студенти, међу којима су предњачили студенти социологије, тражили су и више од тога, а на име да учествују у управљању факултетом, с правом да буду саслушани, да дискутују, да траже објашњења. Ти захтеви, које нису подржавали ни студенти неких других студијских група (за француски, за географију, за живе стране језике), усмерени су ка Министарству националног образовања, након чега је штрајк завршен. Но, Министарство се уопште није огласило. То, разуме се, ревандикаторе није задовољило. Напетост су додатно повећавале гласине да се

²⁸ О „студентској револуцији“ 1968. у Француској говори и: Nolte, op. cit., 509.

²⁹ В.: А. Touraine, Le mouvement de mai ou le Communisme utopique, Paris, 1968, 108 илд.

на Факултету налазе полицајци у цивилу и да постоје „крне листе“ на којима се воде студенти који су учествовали у политичким немирима.

Студентски револуционарни покрет у Француској неодвојиво је везан за једно име: Daniel Cohn-Bendit, прозван „Црвени Дани“. Немачки држављанин јеврејскога порекла, Cohn-Bendit је студирао социологију у Нантеру и изврсно говорио француски, претпоставка за његов велики успех као говорника; био је у стању да одмах после говора пуног срџбе спусти тон и хладнокрвно анализира чињенице. Пун јарости, „светога гнева“ и заједљивости био је према свим својим противницима, било да се радило о војно-индустријском комплексу Сједињених Држава због рата у Вијетнаму, било о технократији (или „организованом капитализму“ или „монополском капитализму“), било о полицији, чије су припаднике француски револуционарни студенти називали есесовцима (парола: CRS=SS), било о руководству Комунистичке партије Француске. Следећа епизода учиниле је Cohn-Bendit-а широко познатим. Министар за омладину и спортове, Missoffe, дошао је 8. јануара 1968. да пусти у погон спортски базен намењен студентима Факултета у Нантеру. Том приликом Cohn-Bendit му се обратио питањем, зашто у његовој „Белој књизи о омладини“ ништа не пише о проблемима сексуалности. Министар је одговорио да интерпелант своје страсти може да расхлади у базену. Зато је Cohn-Bendit министра назвао „фашистом“. Због тога је био покренут поступак за избацивање Cohn-Bendit-а с Факултета, али се сам министар, будући да се радило о страном студенту, заузео да се тај поступак обустави. Cohn-Bendit је знао да окупи и активира масе, али није био револуционарни вођа, већ пре „аниматор“, какав је отприлике био и његов савременик, студент филозофије из Београда, Владимир Мијановић („Влада Револуција“). Револуционарни вођа мора да има свој политички поглед на свет, који кроз револуцију хоће да оствари. Cohn-Bendit није имао никакав политички програм, за њега је револуција била само рушилачки, али не и стваралачки чин. Штавише, он се јасно супротстављао појединачним покушајима да се студентски покрет конституише као засебна револуционарна политичка организација.³⁰ Лист Комунистичке партије Француске

³⁰ Touraine, *ibid*, 193.

„Humanité“ напао је 3. маја 1968. Cohn-Bendit-а као „немачкога анархисту“. Но, та оцена је превисока пошто главни правци анархизма имају конструктивне политичке програме. Cohn-Bendit је пре био политички нихилиста. Када се у Француској револуционарно врење стишало, он је с наклоношћу почео да гледа на градску герилу у Немачкој. Присуствовао је суђењу припадницима анархо-терористичке организације „Фракција црвена армија“ (Rote Armee Fraktion, RAF) у октобру 1968. у Франкфурту. Када је читана пресуда, добацио је Судском већу: „За ове оптужене надлежан је студентски суд!“ За то му је одмерена казна затвора од три дана због ремећења реда у судници.³¹ На крају се скрасио у покрету зелених као и низ других шездесетосмашких политичара.

Студентски револуционарни покрет у Паризу – који се прозвао „Покрет 22. марта“ јер су тога дана 1968. 142 студента заузела управну зграду Факултета у Нантеру – добио је прави замах у „ноћи барикада“. Пошто их је полиција избацила најпре из Нантера, а потом и из Сорбоне, револуционарни студенти почели су да секу стабла у центру града и праве барикаде, како би направили неку врсту „слободне територије“; уједно, из коловоза су вадили камене коцке да би се њима бранили од полиције. Режим је, знаковито, одбијао да се упусти у ма какве преговоре са студентским покретом и хтео је да га ликвидира голом полицијском принудом. Два часа после поноћи, 11. маја 1968, полиција је напала студенте сузавцем и пендрецима. Похватани студенти премлаћивани су у полицијским станицама. Но, то насиље над студентима дигло је на ноге целу левицу. Већ истога дана, синдикати су се договорили о генералном штрајку, који је заказан за 13. мај. Тога дана у Паризу су одржане и демонстрације солидарности са студентима на којима је било око милион учесника. Режим је устукнуо. Студенти су окупирали Сорбону и претворили је у неку врсту антипарламента, радници су заузели фабрике, ступили су у штрајк и новинари државне радиотелевизије (ORTF), одбијајући мешање политичких чинилаца у информисање, чак је дошло и до размимоилажења Владе и полицијских синдиката. Покрету 22. марта пришле су и неке мање комунистичке групације: маоисти и троцкисти. Уз тај Покрет су пристали и интелектуалци комунисти. Дру-

³¹ В.: В. Peters, RAF. Terrorismus in Deutschland, Stuttgart 1991, 56 ид.

гачије је било се Комунистичком партијом Француске и прокомунистичким синдикатом, Генералном конфедерацијом рада (Confédération générale du travail, CGT). Радило се о великим окоштаним бирократским организацијама, које су одавно биле изгубиле револуционарни карактер и постале, слично социјалистичким и социјалдемократским странкама после Првог светског рата, сталешко-реформистичке. Зато су студенти и њихови савезници покушали да их заобиђу и у директним контактима са радницима привуку на своју страну симпатизере и чланове Комунистичке партије. Ова је одговорила не само непријатељски, него и издајнички према револуционарном покрету. Само пет дана после почетка генералног штрајка, 18. маја, „Humanité“ је поново напао Cohn-Bendit-а. Потом су комунистички руководиоци почели да преговарају са Владом и председником Републике генералом de Gaulle-ом о одржавању ванредних парламентарних избора; заузврат су тражили неке повластице за запослене. Велики француски књижевник и мислилац, који је стао на страну студената, Jean-Paul Sartre, оптужио је комунистичку партију Француске за „објективно саучесништво са de Gaulle-ом; захтевајући парламентарне изборе, међусобно су размењивали услуге“.³² Интелектуалци чланови КП упутили су Централном комитету своје партије 29. маја писмо у коме су критиковали његов став према студентима. Ванредни парламентарни избори су одржани (први круг 23. други круг 30. јуна) и на њима су странке левице биле потучене до ногу; бирачи су казнили њихову издају. Током јуна и јула стање се „нормализовало“: Многи студенти и радници били су похапшени, новинари отпуштени с посла, револуционарни покрети распуштени. Ипак, охоли генерал de Gaulle није могао да преболи увреде које је доживео – демонстранти су скандирали: „de Gaulle фашиста!“ Поднео је оставку 1969. и умро 1970. године.

Само, чак и да није било издаје комунистичке бирократије, студентска револуција у Француској не би могла да победи. Јер, она није имала ни вођу ни политички програм. Ако се читају карактеристични зидни натписи револуционарних студената, из њих се још не види како „град сунца“ треба да изгледа: „Буржоаска револуција би-

³² Der Kommunismus. Von Marx bis Mao Tse-tung. Herausg. v. I. Fetscher/G. Dill, München/Wien/Basel 1969, 167.

ла је правна, пролетерска револуција била је економска. Наша је културна револуција“; „Револуција која отпочиње, неће довести у питање само капиталистичко, него и индустријско друштво. Потрошачко друштво мора да умре насилном смрћу. Друштво самооуђења мора нестати из историје. Ми проналазимо један нов и оригиналан свет. Машта је дошла на власт“; „Прописујем стање перманентне среће“; „Забрањено је забранити“.³³ Захтев за увођење самоуправљања нису поставили француски студенти, већ француски радници.³⁴

Два су феномена пресудно утицала на настанак и ток револуционарнога процеса на Београдском универзитету у то време: политички пад другог човека југословенскога режима, потпредседника Републике Александра Ранковића, и деловање групе професора и асистената Филозофскога факултета у Београду окупљених око загребачког философског часописа „Praxis“ и зато прозваних „прексисовцима“. То су били: Михаило Марковић, Загорка Голубовић, Љубомир Тадић, Миладин Животић, Светозар Стојановић, Драгољуб Мићуновић, Небојша Попов и Триво Инђић.³⁵ Касније је члан редакције „Praxis“-а постао и професор Правног факултета у Београду Михаило Ђурић, али се он, због свога немарксистичког погледа на свет, не би могао сматрати „праксисовцем“.

Александар Ранковић био је надлежан за кадровску политику Савеза комуниста Југославије и био неформални шеф политичке полиције, Удбе, за Србију, јер су њоме руководили људи од његова поверење; уосталом, он је раније и сам био шеф Удбе. Био је принуђен да поднесе оставке на све своје функције када га је југословенско партијско руководство јуна–јула 1966. оптужило да полицијским методама прислушкује председника Тита. Ранковић је, међутим, био Титу апсолутно лојалан и показало се да су оптужбе о прислушкивању потпуно неосноване. Ранковић је у ствари био жртва завере чији су ум била двојица високих функционера особито блиска Титу: Сло-

³³ E.-M. Claassen/L.-F. Peters, *Rebellion in Frankreich. Die Manifestation der europäischen Kulturrevolution 1968*, München 1968, 118, 144 илд.

³⁴ Touraine, *op. cit.*, 143, 167 илд., 175.

³⁵ В.: М. Марковић, *Јуриш на небо*. Сећања, I, Београд 2008, 114.

венац Едвард Кардељ и Хрват Иван Крајачић–Стево.³⁶ Србин и Србијанац Ранковић био је, поред Тита, стуб јединствене Југославије у политичком врху, и зато мета сепаратиста. Када се уверио да је изигран, Тито је горко жалио што је дозволио да Ранковић падне.³⁷ Само, Ранковић је био и највећа препрека успостављању социјалистичке демократије у Југославији.

Тито је најпре програмом Савеза комуниста Југославије од 1958. и потом Уставом СФР Југославије од 1963. створио један дуалистички режим. С једне је стране било успостављено интегрално самоуправљање од појединих предузећа и установа до скупштинских већа као једна врста система совјета. Устав је уједно јемчио права и слободе човека и грађанина као и лични рад „у границама и под условима које закон одреди“ те право приватне својине, признајући на тај начин и егзистенцију грађанскога друштва. С друге је стране остао недирнут Савез комуниста као организација чији је врх чинила бирократија која се није битно разликовала од партијских бирократија у другим тоталитарним режимима крајње левице. Та два система, од којих је први одговарао идеологији радикалне левице, а други идеологији крајње левице, нису могла да функционишу независно један од другог. Отварале су се с тога две могућности које су се међусобно искључивале. Прва је била да самоуправљање постане владајући политички процес, а Савез комуниста **покрет** унутар њега, што је подразумевало уништење партијске бирократије, „антибирократску револуцију“. Друга је била да Савез комуниста остане онакав какав јесте, у ком би случају самоуправљање изгубило политички карактер и било постављено у најуже сталешко-синдикалне оквире. Тито је очигледно опрезно тестирао могућност увођења режима радикалне левице; велом „опрезно“ јер је хтео да избегне рестаурацију либералнога политичког плурализма, што је нарочито показао његов обрачун са Ђиласом почев од 1954. године. Ранковић је, напротив, био бранич постојећег режима крајње левице. Историчар Петрановић каже да „има вероватноће да је Ранковић сматрао да је с Београдском и Московском декларацијом сукоб са „Русима“ за-

³⁶ В.: А. Ранковић, Дневничке забелешке, Београд 2001, 35 илд., 152 илд., 162 илд., 268 илд.

³⁷ В.: В. Ценчић, Титова последња исповијест, Цетиње/Београд 2001, 41, 52, 58, 158.

вршен и да, самим тим, може де се задржи стари систем“.³⁸ Ту вероватноћу поткрепљује читање Ранковићевих „Дневничких забележака“. Из њих се види да их је писао бирократа и полицајац уpletен у свакојаке „дворске“ интриге, који за демократију уопште није имао „времена“.

Обичан србијански човек примио је са задовољством пад Ранковића и Удбе. Посебно су ликовали сељаци, који Ранковићу и Удби нису могли да забораве терор коме су били подвргнути за време принудног откупа и принудне колективизације у првом раздобљу постојања „народне власти“. Свима је некако лакнуло јер је свако смео да без страха говори о политичким питањима. Почетак школске 1966/67. године на Правном факултету у Београду означио је нов стил рада основних организација Савеза комуниста; на њиховим се састанцима дебатовало без устручавања о свим друштвеним питањима, штавише боље него на заседањима Савезне скупштине. Тако је стварана духовна клима за 1968.

Часопис „Praxis“ почео је да излази 1964. и имао је издање за земљу и за иностранство. Напоре с њим, почев од 1963, једном годишње је одржавана „Корчуланска летња школа“ као полуформално окупљање философских писаца марксистичке оријентације из Југославије и иностранства, но које је било отворено за јавност, тако да су у „Школи“ суделовали и студенти и новинари. „Praxis“ је објављивао и саопштења поднесена у „Школи“. Мисао-водиља која је окупљала „праксовце“ сводила се на то, да је марксистичка философија једна **револуционарна праксеологија**; од туда и назив часописа „Praxis“. У уводном тексту за први број часописа, којим се објашњава сврха часописа (A quoi bon Praxis?), редакција каже; „Ми желимо један философски часопис у смислу у коме је философија беспштедна критика свега постојећег, хуманистичка визија одиста хуманог света, и инспиративна снага револуционарне акције.“ (Ce que nous désirons, c'est une revue philosophique dans le sens où la philosophie est la pensée de la révolution: la critique impitoyable de tout ce qui existe, la vision humaniste d'un monde vraiment humain, et la force

³⁸ Б. Петрановић, Историја Југославије 1918-1988, III: Социјалистичка Југославија 1945-1988, Београд 1988, 387.

inspiratrice de l'action révolutionnaire.)³⁹ Овај проглас, да је философија „беспощедна критика свега постојећег“ и „инспиративна снага револуционарне акције“, морао је „праксисовце“ да доведе на курс колизије са Савезом комуниста, који је самог себе приказао у Основним начелима Устава од 1963. овако: „Савез комуниста својим усмеравајућим идејним и политичким радом у условима социјалистичке демократије и друштвеног самоуправљања основни је покретач политичке активности ради заштите и даљег развита тековина социјалистичке револуције и социјалистичких друштвених односа, а посебно ради јачања социјалистичке друштвене и демократске свести људи.“ И то не само на курс колизије са партијском бирократијом, него са Савезом комуниста у целини. „Праксисовци“ су дакле хтели да се успоставе као нова политичка снага. Но, за борбу са Савезом комуниста било их је мало. Они су себе највише могли да виде као „централни комитет“, коме је требала масовна база. Ту базу они су тражили у студентском покрету. Зато су „праксисовци“ много допринели јачању студентскога покрета и његовој промоцији у јавности, али су га, уједно, и суновратили у пропаст.

Београдски студентски покрет зачео се на Филозофском факултету у Београду. Унеколико је „бабица“ покрета био и сам режим, организујући протесте против рата у Вијетнаму, пошто је Тито подржавао несврстани Северни Вијетнам у борби против Сједињених Америчких Држава. На Универзитету у Београду одржан је 23. децембра 1966. „службени“ скуп против рата у Вијетнаму. По завршетку скупа, једна група студената, у којој је истакнуто место заузимао Владимир Мијановић („Влада Револуција“), каснији председник Факултетскога одбора Савеза студената Филозофског факултета, покушало је да изведе протестну шетњу до Америчкога културног центра и Амбасаде Сједињених Америчких Држава. У томе их је спречила милиција употребом пендрека. Потом је дошло до већих нереда око зграде Универзитета. Пошто је том приликом милиција продрла на Филозофски факултет, неколико чланова Савеза студената и Савеза комуниста на Универзитету уложило је протест због повреде аутономије Универзитета. Режим је, међутим, спровео партијску истрагу током које је дошло до оштрих размирица између

³⁹ Praxis. Revue philosophique. Ed. internationale, 1965, 1^{ère} annee, n° 1, 4.

партијскога руководства Универзитета и појединих чланова огранака Савеза комуниста Одељења за филозофију и Социологију, дакле управо оних Одељења на којима су били стационарани београдски „праксистовци“. Занимљиво је да је као организатор протеста и коловођа критичара био означен један аутсајдер, Александар Крон, који је кажњен искључењем из Савеза комуниста. Но, студенти окупљени око Мијановића наставиће протестне манифестације: против политичких прогона које је вршила војна хунта у Грчкој, против гушења студентског покрета у Пољској, пред Отправништвом послера СР Немачке због доношења антистудентског Закона о ванредном стању и атентата на Dutschke-а. Да се ипак спрема нешто много озбиљније, сведочи један састанак студената чланова Савеза комуниста у Студентском граду на Новом Београду 20. марта 1968. У напетом атмосфери, један диспутант је, наводно, предложио акцију у којој би требало разбити „неке прозоре лепих зграда“, како би се скренула пажња на студентске проблеме.⁴⁰

До такве акције је дошло 2. јуна 1968. Од ње до рођења студентскога револуционарног покрета у Београду води раван пут. Једна већа група студената хтела је да присуствује приредби „Караван пријатељства“ која се одржавала у Радничком универзитету, одмах преко пута земљишта на коме се налазе објекти Студентског града. У сали Радничког универзитета било је 400 места, но она су биле намењена бригадирима који су радили на радној акцији и чије се насеље такође налазило у близини Студентског града. Како су редари спречавали студенте и друге „грађане“, вероватно такозване „илегалце“, бесправне станаре у студентском дому, да уђу у салу, ови покушавају да се силом пробију унутра. Туча је почела око 20 часова. Убрзо стижу патролна кола са три милиционера, али они не могу да успоставе ред. Сат касније, туча уз употребу летавица и каменациа достиже врхунац. Приредба се прекида. Око 22 часа стиже четрдесетак милиционера под шлемовима и с ватрогасним колима, који пендрецима и шмрковима растерују студенте и друге „грађане“. Само, број студената се повећавао. Једна „милитантна група“ предвођена

⁴⁰ Б. Канцлајтер/К. Стојаковић, „1968“ у Југославији – Студентски протести између Истока и Запада, у: 1968, *op. cit.*, 470, прим. 73.

В. Мијановићем,⁴¹ осваја ватрогасна кола и одвози их ка центру Студентскога града, док се милиционери задржавају код Радничког универзитета. Остаје отворено питање да ли је до нередица дошло спонтано или је „Влада Револуција“ био тај који је све испрограмирао. Око поноћи, у Студентскоме граду било је под ведрим небом, а већ су почеле летње врућине, око три хиљаде студената. Они се договарају да крену за Београд и да посланицима Савезне скупштине изложе своје захтеве. Пада у очи висока морална свест студената демонстраната. Иако су били у сукобу са милицијом, они су јој пријавили лица која су обишла једну продавницу у близини Студентскога града.⁴² У Паризу, револуционарни студенти примали су у своје редове младе криминалце, сматрајући их жртвама „друштвене дезорганизације“.⁴³ Код Подвожњака (данас више не постоји), изнад ког је водила железничка пруга Београд-Земун, студентску колону заустављају већ јаке јединице милиције, разбијају је и терају назад у Студентски град. У 4 сата ујутро, разгласна станица Студентскога града јавља да је изабран Акциони одбор демонстрација, а у 8 часова и 15 минута почиње митинг, на коме се одлучује да се око 10 часова поново крене у центар Београда. Али, код Подвожњака колону студената опет дочекују јаке јединице милиције; сада је и пут блокиран камионима, а изнад подвожњака маневрише теретна композиција да би спречила прелазак преко железничке пруге. Сада су ту и политичари и професори друштвено-политички радници, једни се студентима, други иза кордона милиције. Студенти, носећи Титову слику, државну и партијску заставу, и певајући химну и Интернационалу, носе транспаренте и узвикују паролу, од којих неке имају лојалистички карактер („Тито – Партија!“), док неке већ садрже критички и револуционаран набој: „Имамо ли Устав?“, „Студенти – Радници!“, „Доле социјалистичка буржоазија!“. Најпре су вођени мирни преговори да се студенти пропусте у Београд. Када се, међутим, притисак студената на кордон милиције повећао, републички секретар унутрашњих послова, Славко Зечевић, и градски начелник унутрашњих послова, Никола Бугарчић, наредили су милиционерима да

⁴¹ Марковић, *op. cit.*, 55.

⁴² Н. Попов, Друштвени сукоби – Изазов социологији, 2. изд., Београд 1990, 16, прим. 13.

⁴³ Touraine, *op. cit.*, 152.

пендрецима растерају демонстранте.⁴⁴ Према евиденцији здравствених установа,⁴⁵ број пријављених повређених 2. и 3. јуна износио је 169 лица, од тога 134 студента, 21 милиционер, 9 бригадиста и 5 грађана. После пружене лекарске помоћи, у болници је задржано 12 особа, а после три дана остало их је осморо – 6 студената и по један милиционер и грађанин. Србијанска милиција није била претерано груба; била је, у сваком случају, блажа од западнонемачке и француске полиције. Притворени студенти били су убрзо пуштени на слободу и нису били злостављани у станицама милиције. Наводим ради поређења да је у Мексику, једној држави са режимом врло сличним ономе у Сједињеним Америчким Државама, где су студенти демонстрирали уочи Олимпијских игара, 2. октобра 1968, војска тенковима улетеле међу демонстранте и том приликом побила око петсто особа. Потом су Олимпијске игре одржане као да се ништа није догодило.

Ујутро 3. јуна, на београдским Факултетима било је мирно. Полагао сам испит из Друштвено-политичког система. Пре тога сам слушао транзистор; Радио Београд је извештавао о нередима на Новом Београду, али на такав начин да се није могло закључити о чему се ради. Тек када су на Правни факултет стигле колеге које су становале у Студентском граду, сазнали смо да је стварно почело оно што смо одавно с чежњом очекивали. Сместа сам са још једним студентским руководиоцем сео у такси и одвезао се заобилазним путем, преко Земуна, у Студентски град. Тамо је мноштво повређених и исцрпљених колегиница и колега одмарало по околним травњацима. Редари су нас препознали и одмах увели у просторију где су студентски представници разговарали са Милошем Минићем, председником Скупштине Србије, Бранком Пешићем, председником Скупштине Града, и Петром Стамболићем, председником Централнога комитета СК Србије. Минић је био изубијан и у завојима; пендречење ни њега није мимоишло. Касније ми је један командир милиције, који је у томе учествовао, расветлио случај. Његове су речи: „Најодвратнији нам је био Милош Минић. Као највиши представник државне власти у Србији, он је заповедао милицијом и наредио да ста-

⁴⁴ И. Миладиновић, 1968. Последњи велики сан, Београд 2008, 47 илд.

⁴⁵ Попов, *op. cit.*, 18, прим. 17.

немо код Подвожњака и никако не пуштамо студенте у Београд. Када смо кренули да тучемо студенте, он се испречио и питао ко нам је то наредио. Направили смо се да га не познајемо и измлатили га онако како ми, милиционери, умемо.“ Три великодостојника поделила су улоге овако: Милић се пренемагао и држао страну студентима. Бранко Пешић, за време Другог светског рата вођа градске гериле („отписаних“) у Земуну, био је „љут“ и претио да неће допустити рушење Београда. Када му је један студент нешто приговорио, скочио је да се бије с њим. Пера Стамболић, са својим дебелим и безизражајним лицем, покушао је с маневром скретања на погрешан колосек: „За ваше тешкоће криве су приватне занатлије које су се превише обогатиле. Сад скоро сте читали у новинама о оном занатлији из Мостара. Али ми, комунисти, пресећи ћемо то зло у корену.“ Рекох у себи: „Нису нама криве никакве приватне занатлије, него такви као ти.“

Истога дана послеподне, састао се Савет Универзитета, подржао студентске захтеве и, почев од 4. јуна, прогласио седмодневни штрајк Београдског универзитета. Током ноћи од 3. на 4. јуни, студенти се окупљају на својим Факултетима, одржавају састанке, бирају акционе одборе, одржавају митинге и зборове. У близини Факултета лоцирају се јединице милиције да би спречиле масовна окупљања студената на јавним местима и демонстрације под ведрим небом. Парче „ведрога неба“ имао је једино Филозофски факултет с лепим и пространим двориштем Капетан-Мишиног здања, где су се одржавали зборови студената, али и културне манифестације пошто су се и београдски уметници солидарисали са студентима. Студенти, су одлазили и у предузећа, да би успоставили везе са радницима, и радници су долазили на Факултете. Ипак, ти су контакти били отежани јер је режим постављао „радничке страже“ које су их ометале. Али, узајамне симпатије биле су очигледне. На Факултетима је даноноћно морао да буде већи број студената. Надоглед Правног факултета, у Ташмајданском парку, налазио се одред милиције, и страховали смо да би сваки час могао да покуша да заузме Факултет, Али, зато су студенте који су се налазили у згради, храном и освежавајућим пићима (употреба алкохола није била допуштена!) снабдевале оближње продавнице бесплатно. Често сам чуо насмејане продавачице: „Узмите децо, ви се борите за нас!“ Такозвани социјални,

чисто сталешки захтеви студената, нису имали битан карактер; служили су само „ширењу фронта“ и продубљивању јаза између покрета и режима.

Само, покрет и организацију покрета нису чинили једино студенти, У Збор, као највиши политички орган Факултета, на београдском Правном факултету нису улазили само студенти, него и професори, доценти и асистенти. Осмочлани Акциони одбор, који је руководио састанцима Збора и представљао Збор према споља, био је од Збора биран на паритетној основи; четири члане били су студенти, четири наставници и сарадници, а у следећој сразмери: студенти – 1 студент 3. године, 1 студент 4. године, 1 апсолвент и 1 последипломац; наставници и сарадници – 1 асистент, 1 доцент, један ванредни и један редовни професор. Наши професори у Акционом одбору биле су двојица најоштријих критичара режима: Стеван Врачар и Михаило Ђурић. Они су ретко кад јавно иступали, али су председавали седницама Акционог одбора и њихова је била последња. Што би се они договорили, то би био и став Акционог одбора. Осталима то није сметало. Та двојица професора била су за нас велики узор и ауторитети, и била нам је част што смо могли де сарађујемо с њима. Тако је морало бити и на осталим Факултетима. У сваком случају, „праксисовци“ су потпуно контролисали покрет на Филозофском факултету.

Наш непријатељ је била партијска, бирократија, „апарат“ Савеза комуниста, говорили смо „црвена буржоазија“. Пошто су њени припадници, опонашајући једни друге, обично поседовали скупа француска кола марке „реугеот“, звали смо је подругљиво и „пежоазија“. Ми нисмо оспоравали државне и самоуправне структуре власти, нити Савез комуниста као такав. Били смо само против такозваног „демократског“ централизма, то јест права комитета као упоришта „црвене буржоазије“ да нешто наређују својим члановима у основним организацијама. На једном партијском састанку на Правном факултету реплицирао сам доценткињи В.П., која је била најгласнији чувар интереса партијске бирократије у нашој средини, рекавши да уколико поједини чланови СК не могу да се сложе у неком питању, онда би требало да иду пред Збор који би о томе отворио расправу. Зборови као места слободне политичке дискусије били су прилог студентскога покрета теорији и пракси политичког система. У јед-

ном тренутку, током штрајка, у препуном амфитеатру „петици“, за говорницу је стао доцент Александар-Саша Стојановић и само рекао, подржан бурним овацијама: „Збор, то је нова форма диктатуре пролетаријата!“

Пошто је Филозофски факултет био у средишту пажње контролисаних медија, режим се одатле осећао најугроженијим, једне ноћи сам отишао на њихов „конвент“ да стекнем непосредне утиске. У слушаоници су главну реч водили неки прилично неуредни и необразовани момци који су се залагали за „**потпуну**“ једнакост у социјализму. Модератор је био професор Светозар Стојановић, који је 4. јуна предложио да Београдски универзитет промени име у „Црвени универзитет Карл Маркс“. Очекивао сам да ће им се Стојановић на неки начин супротставити. Уместо тога, он је још више потпиривао њихов маоизам. Да је маоизам једна од главних идејно–политичких линија на Филозофском факултету, уверио сам се нешто касније, на једном скупу студентских представника који је био уприличен у великој сали Техничког факултета. Тамо је, на опште изненађење, представник Филозофског факултета рекао да у социјализму треба потпуно укинути приватну својину! Чујмо и самог Светозара Стојановића. По њему, јунски покрет 1968. био је опредељен за континуитет социјалне револуције и да се, „спонтан и демократско-комунистички по свом карактеру“, супротставио и етатистичким снагама, под чијим утицајем „све прокламоване реформе завршавају као реорганизације“, и ситнобуржоаским снагама, које фетишизују тржишну стихију.⁴⁶ Без какве-такве приватне својине и тржишне „стихије“ нема ни слободе. Друштво у коме влада плански ред, постаје касарна. Егалитаристички маоизам био је једно од крупних застрањивања једног дела револуционарнога студентског покрета у нас. Не једној расправи о друштвеној неједнакости у социјализму, коју је 25. априла и 14. маја 1968. организовао Универзитетски комитет Совеа комуниста у Београду, и која је исте године изашла као посебна брошура, извесни Бубе Ракић је казао: „Нека то буде и уравниловка, али ако не можемо да направимо један систем који ће правилније да распореди наше друштвено богатство, онда је боље да останемо на ни-

⁴⁶ Према: Попов, *ibid.*, 15, прим. 8.

воу егалитаризма. Ја сам за шаку пиринча, али да је сви имамо, а не да неко једе кавијар, а неко шаку пиринча.⁴⁷

Други недостатак нашега револуционарног покрета био је **одсуство вође**. Зато је тај покрет остао недовољно јединствен, дакле сам по себи без изгледа на коначан успех. Но, вођа се појавио, али није био препознат.

У дане универзитетскога штрајка, врх режима је грозничаво радио. У згради Градског комитета, на студентском тргу, заседао је „кризни штаб“, чији су најзначајнији чланови били Едвард Кардељ, Петар Стамболић, Милош Минић и Симеон Затезало. Они су се носили мишљу да од пензионисаних полицајаца и обавештајаца направе одреде који би освојили Факултете.⁴⁸

За то време, први човек, Тито, пратио је ситуацију, повлачио „тихе“ потезе на политичкој шаховској табли и није се изјашњавао. Као једном од највећих револуционара на свету било му је јасно да је револуција почела. Он није био реакционар типа de Gaulle-а, и зато је одмеравао могућност да стане на чело те револуције, да се ослободи партијске бирократије, посебно Кардеља,⁴⁹ и да са студентима направи нови Савез комуниста. **Централно место у тој „другој револуцији“ требало је изгледа да има Правни факултет у Београду.** Титови људи од највећег поверења били су црвени борци из Шпанског грађанског рата и генерали народни хероји. Без тих шпанских бораца он не би могао ни да подигне устанак 1941. ни да победи у рату на тлу Југославије. Знаковито је да су пред крај рата, 1945. године, све четворица команданата Титових армија били шпански борци: К. Поповић, П. Дапчевић, К. Нађ и П. Драпшин. Тито је шпанске борце и народне хероје често слао на наш Факултет да разговарају се професорима и студентима. Између осталих, ти емисари су били: Вељко Влаховић, трећи човек Савеза комуниста, Влајко Беговић, Бранко Јевремовић и Милинко Ђуровић. Било је и других, али их нисам познавао и не сећам се њихових имена. Напомињем да је с нама практично стално био и наш професор Мирослав Печујлић, један од највећих српских политичких есејиста и члан Извршног комитета

⁴⁷ Нав. у: М. Арсић/Д.Р. Марковић, '68. Студентски бунт и друштво, 2. изд., Нови Београд 1985, 66.

⁴⁸ Марковић, *op. cit.*, 45 ид.

⁴⁹ В.: Ценчић, *op. cit.*, 59 идд., 159 идд., 296 идд. Ранковић, *op. cit.*, 125 идд.

ЦК Савеза комуниста Југославије. На једном Збору, народни херој Милинко Ђуровић свој говор је завршио речима: „Као што смо се ми некада, док смо били млади, борили против старе буржоазије, тако се ви сада борите против нове, црвене буржоазије!“ Да је та револуција успела, историја би кренула другим током: више улево.

Тито је 9. јуна 1968. председавао заједничкој седници Председништва и Извршног комитета ЦК Савеза комуниста Југославије. Уз напомену да „вулканска експлозија незадовољства“ показује да би партијске вође могле „де одлете са ових фотеља“, ⁵⁰ Тито је без објашњења отишао да на телевизији одржи свој чувени говор. Емитовање тог говора почело је у 20 часова истога дана, и ми смо га пратили на телевизору постављеном у амфитеатру „петици“. Тито је подржао студенте и њихове захтеве, рекавши између осталог: „Овога пута ја обећавам студентима да ћу се свестрано заложити за рјешавање и у томе студенти треба да ми помогну(!). Штавише, ако нисам способан да ријешим та питања онда ја не треба више да будем на том мјесту. Ја мислим да ниједан наш старији комуниста, било који, који има свијест комунисте, не би требало да инзистира на томе да мора остати тамо гдје јесте, него треба да даде мјеста оним људима који су способни да рјешавају проблеме.“ Уједно је рекао: „А могу такође да кажем да сам сретан што имамо такву омладину која се показала зрела. Ево најновији развитак на универзитетима је показао да је 90 одсто студената наша социјалистичка омладина, која се не да тровати, која не дозвољава разним ђиласовцима, ренковићевцима, маоцетунговцима и сличним да би као претекст да се брину за студенте, у ствари покушавали да остваре своје циљеве.“⁵¹ После говора је наступила еуфорија, поготову што смо дотле стрепели да ће милиција упасти на Факултет и премлатити свакога на кога наиђе; у ствари, она се пре или током говора дискретно повукла. Асистенти, који су седели у првим редовима, устали су, запевали и заиграли Козарачко коло. Штрајк је тиме био завршен. Очекивао сам да ће почети остваривање циљева због којих је почео. Зато ме је сутрадан као гром ошинула вест, да Филозофски факултет не прихвата Титов говор, и да наставља да штрајкује. Тиме је студентски покрет био

⁵⁰ Канцлајтер/Стојаковић, *op. cit.*, 454 ид.

⁵¹ Титов говор у целини налази се у: Арсић/Марковић, *op. cit.*, 117–122.

разбијен, а Тито гурнут назад, у савез са бирократијом, и то оном по српски народ најгором, сепаратистичком. Бивши „праксисовац“, академик Михаило Марковић, четрдесет година касније каже: „Постепено је постајало све јасније да је Титов говор 9. јуна био велика превара. Било је то ремек-дело макијавелистичке политике.“⁵² Та тврдња је обична мистификација. Како су „праксисовци“ већ сутра ујутро могли да знају да је Титов говор „велика превара“? Истина је проста: Они су се препознали као они који „трују“ студентску омладину и са којима Тито неће да разговара, и почели да се понашају као озлојеђени губитници – ирационално и аутодеструктивно.

Свака велика револуција је друштвени уговор. До 19. века био је опште усвојен став да држава настаје путем друштвеног уговора. Пред необоривим тврдњама Hegel-а, историјске правне школе и позитивизма, да је држава резултат историјских процеса, тај је став напуштен. Ипак, концепт друштвеног уговора има „здраву језгру“ која је кључ за објашњење идеје великих револуција. Грађанска револуција је друштвени уговор којим једна нација усваја декларацију о правима и слободама човека и грађанина. Та декларација је текст тог уговора. Социјалистичка револуција је пакт солидарности између радних слојева и борбене интелигенције као њихове авангарде. Но, пошто се та авангарда поистоветила са апаратима режима и тако бирократизовала, показала се потреба да једна нова интелектуална авангарда ступи на место старе као страна друштвеног уговора са радним слојевима. То је смисао гесла револуционарних студената Београдскога универзитета „Студенти – Радници!“ Међутим, посредник у закључењу тог новог друштвеног уговора могао је да буде једино велики револуционарни вођа, који је располагао неограниченом диктаторском влашћу и поседовао огромну харизму у Југославији и пред светом, Тито. Тај нови друштвени уговор могао је без икакве сумње да послужи као образац и другим социјалистичким земљама. Титов сан, који се испољио у његовом сукобу са Стаљином, да буде вођа светске револуције, тада би ступио у остварење. Продужење штрајка на Филозофском факултету било је с тога контрареволуционаран чин.

⁵² Марковић, *op. cit.*, 56.

Ускоро смо били неми сведоци његових репресалија према Филозофском факултету. Већ 19. јуна 1968. распуштени су огранци Савеза комуниста на Одељењима за филозофију и социологију тог Факултета с образложењем да се тамо „један број комуниста...већ дуже време...отворено супротставља идејно-политичкој линији и принципима СКЈ“. У свом следећем говору, 26. јуна исте године на Шестом конгресу Савеза синдиката Југославије, Тито ту меру конкретизује на следећи начин: „Ви знате, другови и другарице, да је сада било свакаквих покушаја од разних елемената. Појавили су се они се којима смо имали посла на универзитетима и прије студентског револта. То су поједини професори, неки филозофи, разни праксисовци и други разни догматичари, укључујући и оне који су вршили разне деформације у Управи државне безбедности итд.“⁵³

Али, то је био и крај Тита и Титове Југославије. У своме „политичком тестаменту“, разговорима које је од 21. до 28. децембра 1979. водио са југословенским војним и политичким врхом, Тито је нападао Устав од 1974. који је раскомадао Југославију, тврдећи да му је био наметнут, говорио о „југословенској нацији“ и „богатом сељаку“ као стубу државе, да би завршио: „Југославија нам мора бити на срцу и души. Чувајте је!“⁵⁴ Занимљиво је да се Тито овим схватањима јако приближио идеологији свога великог непријатеља, краља Александра Карађорђевића. Но, његов „политички тестамент“ пао је не каменито тло јер Југославија више није имала покрет који би могао да је брани.

⁵³ Нав. у: Арсић/Марковић, *op. cit.* 124.

⁵⁴ Нав. у: Ценчић, *op. cit.*, 19–66.

Milan Petrović, LL.D.
Law Faculty of the University of Niš

**STUDENT'S MOVEMENTS OF 1968.
- UNFINISHED REVOLUTION**

Summary

This study first determined the terms "left" and "right" as a political phenomenon. Then, touching student's and black's movements in United States of America, it presents the basic characteristics and development of student's movements in Germany and France in late 1960's. The largest part of the study is dedicated to the student's revolutionary movement in University of Belgrade in 1968, in which author of the study directly participated. In a completely new way it interpret the activities of Yugoslav President Tito and a group of professors and assistants of the Faculty of Philosophy in Belgrade gathered around the journal "Praxis" ("praksisovci") in the movement. The study is also a contribution to a theory of revolution.

Keywords: „Left“ and „right“, student movements, revolution as a social contract, the revolutionary leader.

ОБИМ ПРИМЕНЕ НАСЛЕДНОГ СТАТУТА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Апстракт: Избором ове теме аутор је желео да баца више светла на једно од питања међународног приватног права којем се, упркос његовог практичног значаја, до сада прилазило више рутински, него аналитички. Критика се може упутити не само законодавцу, већ и правној науци, која је избегавала проблем користећи стереотип да је наследни статут меродаван за сва питања која извиру из односа наслеђивања. Аутор показује како је тај проблем много сложенији у пракси. Указујући на то да упркос природне тенденције држава у којима је наследни статут изједначен са личним законом оставиоца, да на наслеђивање примене закон државе чији је он био држављанин или у којој је било његово последње пребивлиште, он уједно покушава да нађе одговор на питање у којој мери и због чега треба водити рачуна и о легитимним интересима других држава да на неке аспекте таквог односа примене своје прописе, не спорећи чињеницу да је у жижи таквог односа ипак личност оставиоца.

У закључку аутор се залаже да се проблем обима примене наследног статута у нашем будућем закону о међународном приватном праву реши системом набрајања питања која треба регулисати неким другим, а не наследним статутом, подвлачећи да је то најбољи начин да се обезбеди задовољавајућа правна сигурност за потенцијалне наследнике, били они домаћег или страног држављанства.

Кључне речи: Међународно приватно право, наследни статут, домен примене.

1. Увод

1. Проблематика сукоба закона код наследних односа са елементом иностраности вишеструко је сложена, Најпре, зато што се ради о области међународног приватног права у којој су испреплетани, по врсти и дејству, бројни чиниоци, који имају извор у стварном, породичном, али и у облигационом праву. Они су оличени у националним правним прописима о својини као основној категорији стварног (имовинског) права, о улози брака, породице и сродства са оставиоцем као основу наслеђивања. У њима се, поред осталог, рефлектују и традиционални погледи локалне средине на поменуте друштвене и правне категорије, што може бити од утицаја на теоријске ставове, законодавна решења или судску праксу.

2. Њена комплексност, са друге стране, огледа се и у томе да независно од тога који је моменат (одлучну околност, тачку везивања) национални законодавац узео као опредељујући за одређивање наследног статута, ни једна од колизионих норми односно на бази ње одређени закон, није у стању да обухвати све аспекте (питања, правне ситуације) које такав један однос подразумева *in toto*. Ниаме, поједина питања у вези са односом наслеђивања, због своје природе, нужно излазе из оквира надлежности наследног статута. За друга, пак, не може се децидно казати да ли би евентуална примена неког другог закона (реалног статута, личног закона наследника или *lex fori*) била умеснија. Имајући све то на уму, можемо се запитати, да ли исказ о томе да *lex successionis* регулише сва питања која имају корен или основ у наследном односу, може бити прихваћен без икаквих резерви или не.

3. Проблем је нарочито изражен када је реч о наследној способности (активној и пасивној), разлозима који оправдавају искључење из наследства одређеног лица, обиму слободе располагања, заштити права нужних наследника, и слично, а једна држава опредељује се за место налажења заоставштине као одлучујући моменат за наслеђивање ове врсте ствари, занемарујући околност да је у жижи наследног односа ипак личност оставиоца односно његова персонална и територијална веза са државом чији је он држављанин или у којој му је било пребивалиште односно редовно боравиште у моменту смрти.

4. Ваља рећи да се питањем одређивања граница примене наследног статута претежно, иако не и довољно, бавила правна наука. Национални закони, са изузетком неких донетих у новије доба, и не спомињу тај проблем. Стање ствари у нашем праву такво је да одредбе о томе у актуелном закону из 1982. године и не постоје, а покушај дела доктрине да унесе нешто више јасноће у ову материју, услед одсуства дубље анализе и ваљаних аргумената, готово да је занемарив.

5. Имајући све то у виду, као и практичан значај решења истог, мишљења смо да би у нашем будућем закону о међународном приватном праву оно морало да заузме истакнутије место. Тако би се нашим правосудним органима помогло у пракси, а претендентима на заоставштину омогућило да у разумном року и са већом извесношћу дођу до својих наследних права када се о томе одлучује у нашој држави. Овим чланком поставили смо себи задатак да укажемо на могућа решења у реализацији тог циља. Ставови које ћемо овом приликом изложити представљају, такође, и позив стручној јавности да нам се прикључи у том послу, својим критичким промишљањем, пре свега.

2. „Делјивост“ или „неделјивост“ наследног статута?

Дилема наведена у наслову овог поглавља постоји одавна. Она се првенствено односи на питање, да ли на заоставштину треба применити један јединствени закон, без обзира на карактер добара која је чине или, пак, водећи рачуна о карактеру предмета наслеђивања, усвојити тзв. двојну колизиону норму, при чему би на наслеђивање непокретних ствари требало применити закон државе у којој се налазе, док би се покретни део заоставштине поделио сходно прописима о наслеђивању у личном статуту оставиоца. Не улазећи у разлоге који се наводе у корист или против једног или другог решења, наша намера у овом случају била је да укажемо на то у којој мери је одржив, иначе доминантан принцип, о примени јединственог закона на наслеђе у целости.

6. Остављајући на страну практичне последице примене режима јединствене или двојне колизионе норме, ми ћемо се фокусирати

на то да покажемо која питања наслеђивања или које правне ситуације у вези са тим, које се сукцесивно нижу од момента отварања наслеђивања, па до коначне деобе и уручивања наследних делова појединим наследницима, могу или морају да буду уређена наследним законом (ма на који начин он био одређен), а која међу њима налажу одступање од тог правила у корист личног статута оставиоца, самог наследника или, пак, *lex fori*. Какав значај у том случају може имати закон који важи у држави у којој се налазе непокретна добра која је чине?

3. Претпоставке и дејства наслеђивања

1. Претходни услов за *отварање наслеђивања* над имовином једног лица јесте његов физички нестанак (смрт или проглашење умрлим) Он је универзално прихваћен и баш зато сукоб закона не би требало да изазове никакве правне проблеме, без обзира на то у којој се држави ово питање буде поставило.

Национални законодавац и правна наука, међутим, о томе нису увек имали подударне ставове. Ако се изузму закони донети у последње три декаде прошлог века, видећемо да је ово питање у врло скромном обиму било регулисано на задовољавајући начин. То важи и за неке новије законе из области међународног приватног права. Тако, н.пример, белгијски закон из 2004. године у чл.80 т.1. каже да се наследном статуту подвргава питање основа и момента отварања наслеђа једног лица. Оно је, међутим, нашло места у Хашкој конвенцији о меродавном праву за наслеђивање умрлих лица из 1989 године. (ратификована једино од Холандије у овом моменту), која представља основ за доношење једнообразних решења у овој области унутар држава чланица Европске уније. Што се, пак, правне науке тиче, она се са своје стране претежно изјашњавала у прилог надлежности наследног статута или *lex fori* (Szasy).

У критичком осврту на изнета решења треба рећи да без обзира на уочене разлике у том погледу, у пракси не треба очекивати значајније неусклађености. Могуће је да је, управо из тог разлога, швајцарски законодавац прешао ћутке преко овог питања, набрајајући решења за неке друге аспекте сукоба закона који подлежу наследном статуту.

2. Када и уколико наш законодавац буде одлучио да се лати реконструкције постојећих норми међународног приватног права, мислимо да би требало да се определи за надлежност **личног статута оставиоца** у погледу оцене момента отварања наслеђивања над његовом имовином. Разлог за то видимо у чињеници да се ради о једном питању које је битно личног односно статусног карактера.

3. Питање *ко може бити наследник по закону*, генерално узев, регулише се **наследним законом**. Међутим, ово правило не важи ако је у питању оцена *постојања потребних својстава или везе претендента на заоставштину са оставиоцем* у конкретном случају (н.пример, постојање пуноважног брака, сродничке везе са оставиоцем, усвојење или позакоњење детета, и сл.). Зато је рецимо, питање да ли ће преживели брачни друг као потенцијални наследник, уистину то и постати, потчињено закону који је у смислу колизионе норме *lex fori* меродаван за оцену постојања односно пуноважности брака са оставиоцем (**lex causae**). Исто то вреди и у погледу постојања траженог степена сродства са оставиоцем да би претендент на наследство ушао у круг наследника у датом случају.

4. Национални закони, у мери у којој уопште садрже одредбе о домашају примене наследног статута, по правилу, следе исту оријентацију, мада понекад не и довољно експлицитно. Уобичајена формула да наследни статут, поред осталог, одређује и круг лица која су позвана да наследе (н.пример, швајцарски и белгијски закони о међународном приватном праву), не противречи ставу да се таква норма, по логици ствари, може реализовати тек када се установи да постоји она правно релевантна веза која квалификује једно лице као наследника у датом случају.

Такво решење мислимо да би требало уградити и у наш закон. О евентуалном одступању од тога одлучивали би домаћи судови када се покаже да би остајање код редовно надлежног закона могло да угрози наш јавни поредак у смислу међународног приватног права. Примера ради, институт јавни поредак морао би интервенисати у корист заштите наследног положаја ванбрачне деце, али и онда када треба осигурати ова права деци која су рођена вештачком оплодњом са знањем мужа мајке детета, иако је донор сперме био други мушкарац.

5. *Способност завештања тестаментом или располагања имовином за живота путем наследног уговора*, због непосредне везе са личношћу аутора последње изјаве воље односно једног од уговарача код уговора о наслеђивању, треба процењивати сходно **личному закону тог лица**. Неће бити никаквих последица по сачињени акт о завештању ако се у држави у којој се постави проблем пуноважности истог лични и наследни статут подударају. Између осталог, то је случај са великим бројем држава, па тако и са нашом. Стварни проблеми могу наступити тамо где једна држава познаје принцип примене једне колизионе норме за заоставштину у целости, а друга прихвата тзв. двојну колизиону норму у том погледу. у зависности од карактера добара која је чине.

Могући извор правне несигурности може представљати околност да се у појединим државама различито гледа на узраст потребан за прављење одређене врсте тестаamenta, као и на сам облик тестаamenta који стоји на располагању тастатору који није досегао пуну границу пунолетства. Тако, рецимо, у праву Енглеске, почев од 1970. године, тестаментарно способно је свако лице које је навршило 18 година. Изузетно, и војник млађи од 18 година може тестирати, али само у форми војничког тестаamenta. У Француској, пак, та граница снижена је на 16 година, али се од правила одступа ако тастатор располаже половином своје имовине. У Немачкој, међутим, завештање лица млађег од 18 година мора се извршити само у форми јавног тестаamenta. На тај начин, као што видимо, доводи се у питање принцип применљивости наследног односно личног статута завештаоца на питање способности располагања и уместо тога превагу добија **lex fori**.

6. Када се говори о меродавном праву за тестаментарну способност, треба указати на неке нове тенденције у приступу истом у упоредном законодавству. Оне иду линијом повећавања броја референтних закона по угледу на алтернативна решења о закону који важи за оцену формалне ваљаности тестаamenta са елементом иностраности. (тзв. принцип *favor testamenti*). Сходно томе, за тестаментарну способност довољно је утврдити је да постоји по националном закону завештаоца, закону државе његовог пребивалишта или редовног боравишта у време његовог састављања (швајцарски закон). На тој линији је у основи био и предлог који је потекао од шкотског прав-

ног Поткомитета у склопу активности Савета Европе, које су усмерене на доношење прописа ЕУ у материји наследних односа са страним елементом. Као основно опредељење за оцену тестаментарне способности једног лица предлаже се надлежност наследног статута. Примена закона држављанства односно закона пребивалишта овог лица, било у време прављења тестаamenta, било у моменту смрти, долази у обзир ако овај не би био способан по наследном статуту.

7. Једно од питања које је изазвало контроверзе у теорији међународног приватног права и различита решења у судској пракси неких држава, јесте проблем надлежног закона за оцену *шта улази у састав заоставштине*. Са изузетком малог броја закона који су се тиме уопште бавили (н. пример, швајцарски закон из 1987., чл 92), одговор на њега покушали су да дају теоретичари међународног приватног права или пракса националних судова. Према подацима до којих смо дошли, изгледа да доминира схватање о изузимању овог питања из окриља наследног статута (н. пример, Eisner). Уместо тога чини се да је упутнија **надлежност закона државе у којој се налазе објекти наслеђивања** односно земље под чију надлежност одређена ствар или право припада. Надлежност реалног статута постојала би и за квалификацију својства ствари која чини део оставинске масе. Разлог за такав став тражи се у чињеници да је у складу са сувереним правом државе да утврђује начине и услове стицања својине на добрима која се налазе на домаћој територији по ма којем основу. Такво решење наишло је на потврду у неким судским одлукама у вези са наслеђивањем таквих добара, какви су : акције и друге хартије од вредности (у Немачкој и Француској), полисе осигурања или, рецимо, joint account у англоамеричком праву. (н. пример, одлука суда у Лудусу – Румунија из 1968.)

У свим тим случајевима питање да ли ће, рецимо, акције ући у оставинску масу као и свака друга ствар у власништву оставиоца или ће, пак, по аутоматизму прећи на остале акционаре, било је решено применом домаћег права (**lex fori**).

Надлежност наследног статута не важи ни онда када је реч о *формалностима потребним за пренос својине на предмету наслеђивања*. Ово поготову ако је у питању ствар или право који су уписани у домаће регистре (непокретности, трговачких радњи, и сл.). То се објашњава чињеницом да ово питање непосредно тангира домаће пра-

во (*lex rei sitae, lex fori*) и као такво спада у искључиву надлежност органа домаће државе. Надлежност овог закона могла би доћи у обзир и онда када се ради о принудном пријему наследства које је наступило као резултат утаје предмета наслеђивања. Наиме, како се ради о једном грађанскоправном деликту, треба применити *lex loci delicti*, који се подудара са законом који важи у земљи у којој се налазио предмет наслеђивања.

8. Имајући на уму изнете аргументе и случајеве из упоредне судске праксе, мислимо да би и за наше право *de lege ferenda*, могло бити прихваћено исто решење. Оно је израз реланости, јер води рачуна о легитимном интересу државе на чијој се територији налазе објекти наслеђивања. Оно је и нужно, поготову у оним ситуацијама у којим *lex fori* инсистира на нарочитом начину пријема наследства, какав је, рецимо, случај са чл.80 ст.2 швајцарског закона о међународном приватном праву.

9. Извесно је да **наследни статут** треба да пружи одговор на питање о томе *која и колика наследна права ужива одређена категорија наследника*. Такође, и у вези са *обавезом сношења дугова оставиоца* односно *модалитетима пријема или одрицања од наследства*. У том смислу конципиране су и одредбе швајцарског и белгијског закона, као и раније поменуте Хашке конвенције из 1989. године. Управо стога ни за нашег законодавца не би требало да постоје дилеме у том домену.

10. Једно од значајних питања у материји наслеђивања у међународном приватном праву тиче се надлежног права за *оцену достојности за наслеђивање*. Оно је било повод различитим ставовима у теорији. Будући да утврђена недостојност доводи до дисквалификације из права наслеђивања и оних лица, која иначе испуњавају остале опште претпоставке за добијање статуса наследника, то се може поставити проблем: да ли и у погледу њега треба сматрати надлежним наследни закон, лични статут оставиоца или, можда, лични статут претендента на заоставштину?

Страна доктрина изгледа даје предност наследном закону (*Diena, Fedozzi*). Међутим, имајући на уму карактер установе недостојности за наслеђивање, као и то да се у великом броју држава у њиховом унутрашњем праву разлози недостојности процењују према конкретном оставиоцу, ми се радије приклањамо надлежности **личног**

закона оставиоца. На тај начин није искључена могућност домаћег суда да примени страног закона супротстави институт јавног поретка ако нађе да је то неопходно (н.пример, када разлози недостојности из страног закона не почивају на личном односу потенцијалног наследника према оставиоцу, већ имају упориште у разлозима или побудама расне, социјалне или верске природе).

11. Познато је да је држава последњи принудни наследник на имовини својих држављана коју није имао ко или није хтео нико да наследи. Ово правило важи у односу на добра која се налазе у сфери домаће јурисдикције, тј, физички се налазе на домаћој територији. У односима наслеђивања у међународном приватном праву, с обзиром на то да свака држава аутономно уређује *правни статус bona vacantia*, као и *карактер њеног стицања*, треба разлучити две ситуације. Прва је када се уопште сматра да је заоставштина без наследника, а друга, каква је природа права државе у односу на њу. И док се за први случај може прихватити надлежност закона који је надлежан за сам однос наслеђивања (**lex successiois**), дотле у другом ствари стоје другачије. С обзиром да је суверено право сваке државе да одреди титулара својине на имовини коју на домаћој територији нико није наследио, то од њених унутрашњих прописа зависи и хоће ли страна држава (чији је држављанин био оставилац), моћи да је наследи или не. Зато ако се по *lex fori* сматра да домаћа држава има право на такву имовину по основу свог суверенитета, тј. наступа као привилеговани окупант, онда ће се оно дефинитивно и применити уз искључење било каквих наследних претензија стране државе. Другим речима, од *lex fori*, а не од наследног статута, зависи хоће ли таква заоставштина добити власника у лицу домаће државе по праву суверености, или ће, пак, бити уручена страној држави, уколико се сматра да ово право државе по домаћим законима има карактер наследног права.

На тај начин установљено је значајно одступање од принципа по коме се круг законских наследника и обим њихових права уређују законом који је меродаван за сам однос наслеђивања. Но, поновимо још једном, наследни статут остаје надлежан за то да ли се имовина на домаћој територији сматра као имовина без наследника или не.

12. С обзиром да чином делације индивидуална својина на добрима оставиоца добија карактер заједничког власништва санаследника

(ако их је било), то је овај вид својинског односа и имовина која чини оставинску масу, у блиској вези са прописима државе у којој се налази. Зато, питање *међусобних односа санаследника* (н.пример, право коришћења и располагања заоставштином, могућност захтевања њене деобе, и слично), као и *питање увећања неподељене заоставштине* (њени приходи и плодови), треба да буде регулисано реалним статутом (**lex rei sitae**). То је становиште које је прихваћено нарочито у законима оних држава у којим се локално право, по традицији, примењује на правни режим стицања непокретности уопште. Једнако важи и за *услове деобе и њена правна дејства*, јер правни режим заједнице добара спада у непосредну надлежност принудних прописа локалне државе. За питање *форме деобе заоставштине*, такође. На потврду таквог става наилазимо у неким старијим одлукама француских судова. (н.пример, Касациони суд, 14.3.1961). Од савремених кодификација на тој линији је белгијски закон о међународном приватном праву из 2004. године.

4. Уместо закључка

На бази свега до сада реченог могу се извући следећи закључци.

Најпре, да било која колизиона норма за наслеђивање није у стању да обухвати све његове аспекте; одређена питања нужно остају изван домашаја примене наследног статута. То може да буде последица карактера добара која чине заоставштину и њиховог значаја за домаћу државу. Ради тога постоји њен оправдани интерес да у односу на поједина добра (поготову на непокретностима на њеној територији, као и на ствари и права која су са њима изједначене), искључиво примени своје прописе, занемарујући притом личност оставиоца односно његову персоналну или територијалну везу са неком другом државом (чији је држављанин или у којој има домицил односно редовно боравиште). На тај начин став о томе да наследни статут регулише сва питања која имају основ (порекло) у наследном односу, озбиљно је доведен у питање.

Из тога надаље проистиче и одговор на питање које смо поставили у наслову поглавља бр. 2 - „дељивост“ или „недељивост“ наследног статута. Ближи смо овом другом, јер је то у складу са праксом и,

такорећи, природним правом сваке државе да прописима о стицању својине уопште (и по основу наслеђивања) на објектима унутар њене територије, правно уреди ко, када и са којим и коликим овлашћењима може сукцедирати у право својине умрлог лица. У круг питања из надлежности локалног закона (реалног статута односно *lex fori*), треба убројити и администрирање заоставштином, мере њене заштите и поступак деобе, као и питања у вези са формалностима које се тичу њеног преношења на поједине наследнике (одговарајуће мере инскрипције и публицитета), за које, по правилу, постоји искључива надлежност домаћих судова и других државних органа (земљишно- књижни бирои, трговачки регистри, и слично).

У погледу начина на који би ово питање могло бити регулисано у нашем будућем закону о међународном приватном праву, мишљења смо да би због захтева правне сигурности требало прихватити метод енумерације на начин на који су поступили неки савремени закони. То подразумева таксативно набрајање случајева који нису уређени наследним статутом, већ реалним статутом или, пак, помоћу *lex fori*.

*Prof. dr Milorad Ročkomanović, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš*

THE SCOPE OF APPLICABLE INTESTATE SUCCESSION LAW IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

The choice of this specific topic clearly demonstrates the author's intention to shed more light on one of those issues that have a highly practical impact and significance in Private International Law. This issue has often been approached on a routine basis rather than on analytical grounds. Some critical remarks may be referred not only to the legislator but also to the legal science in general, which seems to have avoided the problem by adhering to the stereotype that applicable succession law covers all issues deriving from succession relations. In this paper, the author shows that the problem is much more complex in practice.

The author points out that in the states where the applicable intestate succession law has an equal standing as the law of the testator's state of citizenship or domicile, there is a natural tendency to apply either the law of the testator's state of citizenship or the law of the testator's state of domicile in resolving succession disputes. However, regarding the legitimate interests of other states to apply their own regulations in some aspect of such a legal relation, the author also tries to find an answer to the question why and to what extent the interests of other states should be taken into account. Yet, the author neither disputes nor denies that the pivotal point of such a relation is certainly the testator.

In the conclusion, the author urges that the problem of the scope of applicability of the intestate succession law in the future national legislation on Private International Law should be resolved by enumerating the issues which should be regulated by some other statutory provisions rather than the intestate succession statute. The author points out that it is the best way to ensure a sufficient legal protection and safety for potential successors, nationals or foreign citizens alike.

Keywords: *Private International Law, intestate succession statutes, scope of applicability*

ПРАВО ПРИВАТНОСТИ НА ИНТЕРНЕТУ*
(позитивноправни оквир)

Апстракт: Интернет је глобална кибернетска информациона мрежа у којој учествују многи субјекти као корисници различитих информација. У том глобалном виртуелном интерактивном комуникацијском простору, размењују се различите информације па се поставља питање безбедности и интегритета тих података, аутентичност, односно идентитет корисника, као и потврда пријема и слања података. Подаци који се налазе у кибернетском простору могу бити угрожени од стране разних појединаца или правних лица, институција али и државних органа. Да би се ти подаци заштитили државе доносе разне законске и подзаконске акте којима се пружа заштита података али истовремено се легализује контрола података, односно ничим контролисано прикупљање и обрада података на Интернету од стране државних органа.

Кључне речи: Интернет, сајбер право, право приватности, подаци о личности.

* Овај рад настао је као резултат истраживања у оквиру пројекта „Пристап правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу уз финансијску помоћ Министарства науке и заштите животне средине, на основу Уговора о реализацији пројекта из програма основних истраживања бр. 149043Д од 23. 2. 2006. године.

1. Cyberspace и право

Милиони људи широм света користе Интернет за прикупљање информација, разна истраживања, финансије и кореспонденцију а да при том и не помисле колико су правна питања повезана и саставни део електронске комуникације и трговине. Интернет као продукт нових информационих технологија сустински мења начин рада и комуницирања у свим областима живота. Присилени смо да нове информационе технологије користимо за успешније и квалитетније обављање послова. Интернет даје свакоме могућност да има свој вебсите, једнаку могућност на објављивање текста, свако може емитовати своју информацију, став или мишљење широм света, без потребе да предходно иде до издавача неког часописа и слично. С друге стране, многе владе реагују на информације са Интернета тако што контролишу и website и оне који приступају Интернету.

Интернет је мрежа компјутерских мрежа, коалиција свих светских мрежа (Internet Society).¹ Интернет је глобални електронски комуникациони систем међусобно повезаних рачунарских мрежа и уређаја, намењен размени свих врста информација у складу са Интернет стандардима. Интернет стандарди су документи који се односе на концепте, процедуре умрежавања, протоколе, интерфејсе и методе идентификације у оквиру Интернета.² Само име Интернет долази од појма међу мрежа ("inter-networking") где су више компјутерских мрежа повезане заједно. Преко Интернета се одвија бизнис арена, електронска пошта (e-mail), трансфер фајлова и чатовање (chat rooms), док се трговина и поуздани проток информација одвија посредством глобалне светске мреже (World Wide Web - www). Заједно они чине свет кибернетског простора (world of cyberspace) где правна питања и проблеми почињу да енормно расту, а међу њима су приватност и безбедност.

Како Право реагује и одговара на нове технологије? Широко је распрострањена повреда ауторских права од стране оних који

¹ G. R. Ferrera, S. D. Lichtestein, M. E. K. Reder, R. August, W. T. Schiano, *Cyberlaw, Your Rights in Cyberspace*, Thomson Learning, Canada, 2001, web: <http://www.thomsonrights.com>

² Интернет стандарде, под називом *Request For Comment* (RFC) доноси међународна организација *Internet Engineering Task Force* (IETF).

преузимају и копирају материјале са других вебсајтова или нечијих књига, чланака и сл. и презентују их као своје без писмене дозволе носилаца ауторских права (аутора). Регулисање проблема заштите ауторских права и питања заштите приватности на Интернету представљају само неке од области које сајбер право регулише.

Сајбер простор карактерише брисње физичких, политичких и социјалних граница. Нове границе, једино могу бити домени који су дефинисани техничким карактеристикама. Назив домена (domain name system - **DNS**) који је уведен 1984, је глобално јединствена текстуална ознака која повезује скуп рачунара, уређаја и сервиса на Интернету у јединствену административно-техничку целину. Домени могу заузети место граница у кибернетском простору у традиционалном смислу.³

Свака држава покушава да законима и подзаконским актима регулише понашање на Интернету а који не може да се ограничи на државне границе. Националне владе не могу да обуздају могућности сајбер простора, баш због природе глобалне технологија. Кибернетским простором путују различите информације а при томе аутори тих различитих садржаја немају могућност контроле над употребом и ширењем својих дела на Интернету. Због невероватне лакоће којом се дигитални материјал може копирати и слати, закон би требало да заштити ауторе од таквог копирања писаног материјала, музике, графичких дела, софтвера. Међутим, постоји и мишљење да јавност треба да слободно располаже оваквим садржајима, на исти начин на који је традиционално располагала копијама књига, музике и осталих ауторских дела.

Корисницима Интернета⁴ је, због његовог мултинационалног карактера, омогућено да избегну примену прописа који им не одговарају. Понекад, то значи тежњу ка попустљивијим прописима,

³ Ипак, границе у сајбер простору су још увек повезане са стварним ефектима у физички ограниченом стварном простору. Зато је један од највећих теоријских изазова сајбер права да препозна, артикулише и опише обим и улогу ових простора. **Ана Марковић**, *Законска регулатива и Интернет* (http://e-trgovina.co.yu/pravo/zakonska_regulativa1.html, страница последњи пут посећена 08.12.2008.), Београд, 2008.

⁴ *Корисник Интернета* је физичко или правно лице које користи Интернет услуге и/или остале услуге преноса података по основу закљученог уговора или на други предвиђени начин.

односно избегавање прописа; али уколико је то погодније, и тежњу ка стриктнијим прописима. Тачније, веб-сајт лако може бити смештен ван јурисдикције граница државе (нације) и тако не буде лимитиран њеним законима. Ово off-shore правосуђе са минимумом правних прописа може претворити Интернет у рај за коцкање и остале радње које су забрањене на другим местима.⁵

2. Закон о телекомуникацијама

Садржи бројне одредбе али издвојићемо оне које се тичу приватности и безбедности информација а оне су смештене у делу који прописује "остале обавезе јавних телекомуникационих оператора" (члан 54. и 55.). У том смислу, узећемо у обзир последњи став члана 54. по коме је Јавни телекомуникациони оператор дужан да надлежним државним органима омогући приступ и анализу података о саобраћају који се односе на појединачне кориснике и који се обрађују ради успостављања веза, а које иначе по закону јавни телекомуникациони оператор може у чувати и обрађивати само у обиму који је неопходан за испостављање рачуна кориснику и исте може доставити само пошиљаоцу и примаоцу порука.

Друго, (члан 55) Закон изричито забрањује све активности или коришћење уређаја којима се *угрожава* или *нарушава приватност и поверљивост порука* које се преносе телекомуникационим мрежама, осим када постоји *сагласност корисника*⁶ или ако се ове активности врше у складу са законом или *судским налогом* издатим у складу са законом. При томе се не каже којим закон, јер то евидентно није ЗоТ. Такође, закон обавезује оператора да као део система, о сопственом трошку, оформи подсистеме, опрему и инсталације за *законом овлашћени електронски надзор* одређених телекомуникација.

⁵ Питање је на који начин се доносе одлуке, у недостатку колективног интернационалног тела и да ли постоји простор за консензус између страна. Да ли ће појединачни, или колективни поступци потиснути националну и интернационалну регулативу?

⁶ То је тзв. "обрада са пристанком" података. *Закон о заштити података о личности*, Службени лист 97/2008, члан 10. Пристанак се може опозвати, па је у том случају "обрада података" *недозвољена* после опозива пристанка (члан 11).

При томе, тзв. "техничке услове" за ове подсистеме, уређаје, опрему и инсталације дефинише Агенција (РАТЕЛ), у сарадњи са телекомуникационим операторима и државним органима надлежним за непосредно спровођење електронског надзора.

3. Технички услови за Интернет мреже

На основу Закона о телекомуникацијама⁷ и Статута Републичке агенције за телекомуникације⁸, Републичка агенција за Телекомуникације (РАТЕЛ),⁹ донела је *Техничке услове за подсистеме, уређаје, опрему и инсталације интернет мреже* (11.07.2008. године). Овим се општим правним актом дефинишу технички услови за подсистеме, уређаје, опрему и инсталације за законом овлашћени надзор одређених телекомуникација које су јавни телекомуникациони оператори (мрежни оператори, пружаоци услуга и пружаоци приступа) дужни, да као део система оформе о сопственом трошку. Електронски надзор се врши за потребе надлежних државних органа. Да би се тај надзор могао да спроведе *јавни телекомуникациони оператори* се обавезују да:

- уредно воде и ажурирају све базе података свих закупљених линија и веза,
- омогуће директан приступ и увид у базе података,
- омогући директан увид у евиденције о сметњама на телекомуникационом уређајима¹⁰ и прекидима телекомуникационог саобраћаја,
- да уклоне криптозаштиту пре достављања садржаја комуникације надлежном државном органу,

⁷ "Службени гласник РС" бр. 44/03 и 36/06, члан 55. став 3.

⁸ "Службени гласник РС" број 78/05, члан 18. тачка 7.

⁹ **Дејан Шупут**, *Републичка агенција за телекомуникације*, Правни живот, бр. 10, Београд, 2008, стр. 807.

¹⁰ Телекомуникациони подсистеми, уређаји, опрема и рачунарски системи смештају се у просторијама државног органа (овлашћеног) за електронски надзор и/или у посебним просторијама у оквиру телекомуникационих центара. Ове просторије обезбеђују и опремају јавни телекомуникациони оператори, по захтеву и техничким прописима надлежног државног органа.

- да на захтев надлежног државног органа достави податке о свим комуникационим средствима која су се појављивала на одређеној географској, физичкој или логичкој локацији у минималном периоду од последњих 48 часова, независно од постојања телекомуникационе активности.

Пружалац Интернет услуга је дужан да надлежним државним органима омогући:

- приступ ажурној бази података о претплатницима и *на захтев* доставља *експортивану базу података*.¹¹

- приступ ажурној бази података о корисницима електронске поште,

- упознаје их о начину заштите података о корисницима,

- именује, уз сагласност државних органа особу за контакт и комуникацију са њима,

- у реалном времену потпуно аутономни пасивни мониторинг,

- интернет активности произвољног претплатника и преусмеравање долазног и одлазног саобраћаја ка аквизиционом центру надлежног државног органа,

- односно обезбеди хардвер и софтвер за пасивни мониторинг у реалном времену, сервиса електронске поште и преусмеравање садржаја поште ка аквизиционом центру надлежних државних органа.

- обезбеди хардвер и софтвер за мониторинг саобраћај између произвољног претплатника, преко пружаоца Интернет услуга, према трећем Интернет провајдеру.

- да не ствара техничких могућности којима би сви наведени подаци постали доступни трећој страни.

Хардвер и софтвер, који обезбеђује пружалац Интернет услуга, треба да омогуће: пасивни мониторинг Интернет активности у реалном времену; прикупљање и анализу статистике Интернет активности; пресретање електронске поште, придружених садржаја (attachment) и обраду Web mail-а; пресретање IP телефонског саобраћаја, факсимила и IP видео саобраћаја; пресретање IM (instant messenger) саобраћаја; пресретање саобраћаја на peer-to-peer

¹¹ База треба да садржи: личне податке из уговора са претплатником и врсту услуга, информацију о постојању заштите преноса података, начин приступа претплатника, максималну брзину преноса података и идентификационе адресе.

мрежама, конструкцију пресретнутог саобраћај до нивоа апликације и филтрирање по: корисничком имену или корисничком телефонском броју, адреси електронске поште, IP адреси и IM (instant messenger) идентификацији.

На основу изнете регулативе може се оправдано коонстатовати да под маском наводних "техничких услова за Интернет мреже" у Србији се уводи до сада незабележени масовни и ничим ограничени *надзор и архивирање* свих облика електронских комуникација за потребе службе безбедности. Мишљење је да чак ни у најгора времена није се правила оваква регулатива. Индикативно је и то да је агенција РАТЕЛ као независно регулаторно тело и доносилац овог нормативног акта, истом дала ретроактивно дејство, односно дејство пре објављивања јер у овом документу стоји да тзв. "технички услови" ступају на снагу наредног дана од дана доношења, а то значи пре формалног објављивања. На основу свега дошло је и до стављања ван снаге овог опшег акта РАТЕЛ-а.

4. Правилник о Интернету

На основу *Закона о телекомуникацијама*¹² Републичка агенција за телекомуникације донела је *Правилник о условима за пружање интернет услуга и осталих услуга преноса података и садржају одобрења* (23.09.2008),¹³ којим се утврђују технички услови за пружање Интернет услуга и осталих услуга преноса података (прописивање образаца, начин издавања и садржај одобрења и др.).

"Интернет услуге" су јавне телекомуникационе услуге преноса података које се реализују у складу са Интернет стандардима а за чије остваривање је неопходна употреба *јавних IP адреса*¹⁴, осим

¹² "Службени гласник РС", бр. 44/03 и 36/06, члан 38. ст. 5, 6. и 9.

¹³ Републичка агенције за телекомуникације (РАТЕЛ) је овим посебним општим актом (правилником) регулисала комерцијално пружање услуге преноса говора, радио и телевизијских програма у реалном времену. Даном ступања на снагу овог правилника престао је да важи *Правилник о условима за пружање Интернет услуга и садржају одобрења* („Службени гласник РС", број 60/06").

¹⁴ *Јавна ИП адреса* је нумерички идентификатор, који једнозначно идентификује мрежу или приступну тачку у склопу Интернета, а за чије је додељивање

комерцијалних услуга преноса говора, радио и телевизијских програма у реалном времену.¹⁵ За пружање Интернет услуга морају бити испуњени основни технички услови у складу са препорукама и стандардима међународних организација, а нарочито: IETF, ITU, ETSI, IEEE, CEN/CENELEC, ISO, IEC и општим актима Агенције.

Агенција издаје одобрење за пружање Интернет услуга лицу које је регистровано за телекомуникациону делатност, које је Агенцији поднело пријаву за регистрацију и које испуњава законом прописане услове.¹⁶

Ималац одобрења је дужан да у складу са својим техничким могућностима обезбеди Услуге свим заинтересованим корисницима, без било какве дискриминације (принцип једнакости и недискриминације).

Ималац одобрења је дужан да обезбеди поверљивост и безбедност својих услуга, података о корисницима својих услуга и забрањено му је да користи или пружа информације трећим лицима о садржају, чињеницама и условима преноса порука, изузев минимума који је неопходан за пружање услуга или у случајевима предвиђеним законом.

Ималац одобрења не може вршити било какве ограничења приступа услугама на основу националног, расног, верског, политичког, територијалног или било којег другог критеријума, који би могао довести до кршења људских права и основних слобода.

Ималац одобрења не сме успоставити монопол било ког облика, закључујући уговоре са другим пружаоцима телекомуникационих услуга.

Он је дужан да обезбеди уређаје, опрему и инсталације које ће у разумној мери гарантовати заштиту података претплатника и онемогућити злоупотребу од стране трећих лица.

Надлежни орган врши контролу недозвољеног садржаја. Уколико надлежни орган коначном одлуком наложи имаоцу одобрења, да

на светском нивоу надлежна организација Internet Assigned Numbers Authority (IANA).

¹⁵ "Остале услуге" преноса података су јавне телекомуникационе услуге које се реализују помоћу уређаја за пренос података који су прикључени на јавну телекомуникациону мрежу, и за чије остваривање се не користе јавне ИП адресе.

¹⁶ Закон о телекомуникацијама, "Службени гласник РС", бр. 44/03 и 36/06.

уклони садржај за који је установљено да је недопуштен, увредљив, штетан, или да крши заштићена ауторска права, ималац одобрења је дужан да без одлагања поступи према таквој одлуци.

Ималац одобрења за пружање Интернет услуга је обавезан да у границама својих техничких могућности кориснику омогући заштиту од нежељене електронске поште и/или штетних садржаја.

Он је дужан да уговором односно општим условима обавезе кориснике на забрану слања нежељене поште и штетних садржаја. У случајевима слања нежељене поште или штетних садржаја, повреде права интелектуалне својине, ималац одобрења је у обавези да упуту писано упозорење кориснику. Уколико корисник настави са слањем нежељене поште, штетног садржаја или повреде права интелектуалне својине ималац одобрења може да престане са пружањем услуге том кориснику.

Агенција не сноси одговорност за настанак било какве материјалне или друге врсте штете нанете претплатнику односно кориснику, проузроковане коришћењем услуга имаоца одобрења (нпр. нежељена пошта - „spam“, вируси, „phishing“, и др).

5. Закон о заштити података о личности¹⁷

Овим законом се уређују услови за прикупљање и обраду података о личности¹⁸, права лица и заштита права лица чији се подаци прикупљају и обрађују, ограничења заштите података о личности, поступак пред надлежним органом за заштиту података о личности, обезбеђење података, евиденција, изношење података и надзор над извршавањем закона.

¹⁷ Службени лист 97/2008. Одредбе овог закона примењују се на сваку аутоматизовану обраду, као и на обраду садржану у збирци податка која се не води аутоматизовано.

¹⁸ *Податак о личности* је свака информација која се односи на физичко лице, без обзира на облик у коме је изражена и на носач информације (папир, трака, филм, електронски медиј и сл), по чијем налогу, у чије име, односно за чији рачун је информација похрањена, датум настанка информације, место похрањивања информације, начин сазнавања информације (непосредно, путем слушања, гледања и сл, односно посредно, путем увида у документ у којем је информација садржана и сл), или без обзира на друго својство информације.

1. Заштита података о личности обезбеђује се сваком физичком лицу, без обзира на држављанство и пребивалиште, расу, године живота, пол, језик, вероисповест, политичко и друго уверење, националну припадност, социјално порекло и статус, имовинско стање, рођење, образовање, друштвени положај или друга лична својства. Послове заштите података о личности обавља *Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности*, као самосталан државни орган, независан у вршењу своје надлежности. Он је успостављен са циљем да, у вези са обрадом података о личности,¹⁹ сваком физичком лицу обезбеди остваривање и заштиту права на приватност и осталих права и слобода.

Међутим, **закон не примењује на обраду свих података**. Одредбе овог закона не примењују се на обраду одређене групе података сем уколико "очигледно претежу супротни интереси лица". То су следеће групе података: подаци доступни свакоме (јавна гласила и публикације, архиве, музеји), породични и лични подаци који нису доступни трећим лицима, затим, подаци о члановима политичких странака и других облика удруживања, који се обрађују од тих организација, али док траје чланство, и података које је лице само објавило о себи, а оно је способно да се само стара о својим интересима.

Сви други подаци који се прикупљају и обрађују у друге сврхе могу да се обрађују искључиво у историјске, статистичке или научноистраживачке сврхе, ако не служе доношењу одлука или предузимању мера према одређеном лицу уз обезбеђивање одговарајућих мера заштите.²⁰

¹⁹ *Обрада података* је свака радња предузета у вези са подацима као што су: прикупљање, бележење, преписивање, умножавање, копирање, преношење, претраживање, разврставање, похрањивање, раздвајање, укрштање, обједињавање, уподобљавање, мењање, обезбеђивање, коришћење, стављање на увид, откривање, објављивање, ширење, снимање, организовање, чување, прилагођавање, откривање путем преноса или на други начин чињење доступним, прикривање, измештање и на други начин чињење недоступним, као и спровођење других радњи у вези са наведеним подацима, без обзира да ли се врши аутоматски, полуаутоматски или на други начин.

²⁰ Мере заштите података који се архивирају у искључиво историјске, статистичке или научноистраживачке сврхе уређују се посебним прописом.

2. Закон наводи изричито ситуације у којима *обрада података* (али не и прикупљање) није дозвољена, и то ако:

1) физичко лице није дало пристанак за обраду или се обрада врши без законског овлашћења;

2) се врши у сврху различиту од оне за коју је одређена, без обзира да ли се врши на основу пристанка или законског овлашћења;

3) сврха обраде није јасно одређена, ако је измењена, недозвољена или је већ остварена;

4) је лице на које се подаци односе, одређено или одредиво и након што се оствари сврха обраде;

5) је начин обраде недозвољен;

6) је податак који се обрађује непотребан или неподесан за остварење сврхе обраде;

7) су број или врста података који се обрађују несразмерни сврси обраде;

8) је податак неистинит и непотпун, односно када није заснован на веродостојном извору или је застарео.

Постоји изричита *забрана аутоматске обраде* одређене врсте података. Тако, одлука која производи правне последице или погоршава његов положај неког лица, не може бити искључиво заснована на подацима који се обрађују аутоматизовано и који служе оцени неког његовог својства (радне способности, поузданости, кредитне способности и сл), сем када је то законом изричито одређено, односно када се усваја захтев лица у вези са закључењем или испуњењем уговора, уз спровођење одговарајућих мера заштите. У том случају лице мора бити упознато са поступком аутоматизоване обраде и начином доношења одлуке.

Оно што је посебно интересантно је таксативно навођење ситуација када је обрада података допуштена *ex lege* иако нема пристанка, тзв "*обрада без пристанка*". Обрада без пристанка је дозвољена:

1) да би се остварили или заштитили животно важни интереси лица (живот, здравље и физички интегритет);

2) у циљу извршења законских обавеза или обавеза одређених актом донетим у складу са законом;

3) у другим (под) законским случајевима, ради остварења претежног оправданог интереса лица, руковаоца или корисника.

Обрада податке без пристанка лица од стране органа власти врши се ако је обрада неопходна у циљу остваривања интереса националне или јавне безбедности, одбране земље, спречавања, откривања, истраге и гоњења за кривична дела, економских, односно финансијских интереса државе, заштите здравља и морала, заштите права и слобода и другог јавног интереса, а у другим случајевима на основу писменог пристанка лица.

3. Закон прави разлику између "обrade" података и "прикупљања" података. У том смислу што каже да се подаци прикупљају од *лица на које се односе*,²¹ од *органа управе* који су овлашћени за прикупљање и од *другог лица* ако:

1) је то предвиђено *уговором* закљученим са лицем на које се подаци односе;

2) је то прописано *законом* или другим прописом;

3) је то неопходно с обзиром на *природу посла*;

4) прикупљање података од самог лица захтева прекомерни утрошак времена и средстава;

5) се прикупљају подаци ради остварења или заштите животно важних интереса лица на које се односе, посебно живота, здравља и физичког интегритета.

Закон уводи посебну категорију података који се зову "**нарочито осетљиви подаци**" у коју спадају: подаци који се односе на националну припадност, расу, пол, језик, вероисповест, припадност политичкој странци, синдикално чланство, здравствено стање, примање социјалне помоћи, жртву насиља, осуду за кривично дело и сексуални живот. Ови подаци имају посебан законски режим прикупљања и обраде. Ови "нарочито осетљиви подаци" су посебно законом заштићени јер се могу обрађивати искључиво *на основу слободно датог пристанка лица*. Закон их посебно штити јер уводи

²¹ Руковалац који податке прикупља од *лица на које се односе*, односно од *другог лица*, пре прикупљања, упознаће лице на које се подаци односе, односно друго лице о свом идентитету, сврси прикупљања и даље обраде, начину коришћења података, обавезности и правном основу, односно добровољности давања података и обраде и др. *Обавеза обавештавања о обради* не постоји када такво упознавање, с обзиром на околности случаја, није могуће или је очигледно непотребно, односно непримерено, а нарочито ако је лице на које се односе подаци, односно друго лице већ упознато са тиме или ако лице на које се подаци односе није доступно.

још један степен заштите када прописује да се законом може *забрани* обрада ових нарочито осетљивих података иако је и дат пристанак.²²

Изузетно, подаци о политичкој припадности, здравственом стању и социјалној помоћи, могу се обрађивати и без пристанка лица, ако је то законом допуштено.

6. Уместо закључка

Ова сумарна анализа позитвноправних решења отвара бројна питања. Питање је, који су то државни органи надлежни да врше електронски надзор приватних података, који су то случајеви када закон допушта електронску контролу, како могу појединци заштити своју приватност од е-надзора или мониторинга у "законом допуштеним ситуацијама". У том контексту, да ли је закон о заштити приватности у Србији и подзаконска регулатива РАТЕЛА-а донета управо у супротном циљу да легализују административну контролу приватности. То је осетљиво питање граница државне контроле и права приватности у виртуелној стварности.

²² Закон познаје институцију "опозива пристанка" за обраду нарочито осетљивих података, у ком случају, лице које је дало пристанак дужно је да руковаоцу накнади оправдане трошкове и штету, у складу са прописима о одговорности за штету, осим ако је друкчије одређено у изјави о пристанку.

*LL.D. Full-time Professor Predrag Dimitrijević
Law Faculty of the University of Niš*

RIGHT TO PRIVACY ON THE INTERNET

Summary

Internet is a global cybernetic information network in which many subjects participate as users of different information. In that global virtual communication space different information are exchanged and that creates a question of security and integrity of the data, authenticity, user's identity, as well as confirmation of receipt and sending of data. Data found in the cybernetic space can be endangered by various individuals or legal entities, institutions and government bodies. To protect the data, states make various laws and legislation that provides data protection, but at the same time they legalize control of data, and not controlled collection and processing of data on Internet by state authorities. The question is, which authorities can control private data, which are cases when the law allows electronic control, how individuals can protect their privacy from e-surveillance or monitoring in the "situations allowed by law". In particular, the question is whether the laws on the protection of privacy bring in the opposite order to legalize the administrative control of privacy. It is a sensitive issue of boundaries of state control and privacy in virtual reality.

Keywords: *Internet, cyber law, the right to privacy, personal data.*

ПОЈАМ, КАРАКТЕРИСТИКЕ И САДРЖИНА АМНЕСТИЈЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: Амнестија је стари акт којим се у форми закона даје индивидуалнио неодређеном броју лица ослобођење од кривичног гоњења (аболиција), потпуно или делимично ослобођење од извршења изречене казне или се изречена казна замењује блажом казном, даје рехабилитација или се укидају све или одређене правне последице осуде, односно мере безбедности : забрана вршења позива, делатности или дужности, забрана управљања моторним возилом или протеривање странца из земље (члан 109. Кривичног законика Републике Србије). Управо у овом раду је аутор анализирао појам, садржину и карактеристике амнестије у српском и компаративном кривичном праву.

Кључне речи: кривично дело, законик, учинилац, кривична санкција, ослобођење, амнестија

Кривичне санкције су законом предвиђене мере¹ друштвеног реаговања које суд у законом спроведеном поступку изриче учиниоцима кривичних дела у циљу сузбијања и спречавања криминалитета, а ради заштите најважнијих друштвених вредности од свих облика повреде или угрожавања². Опште је сврха прописивања, изрицања и извршења кривичних санкција (сходно члану 4. Кривичног законика Републике Србије³ – КЗ РС) сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством.

Но, иако је опште прихваћено начело које у потпуности одговара захтеву остварења правде и правичности да се кривична санкција извршава (примењује) према сваком извршиоцу кривичног дела, ипак у кривично-правној теорији, судској пракси и законодавству постоје одређене околности услед чијег постојања не долази до изрицања или не долази до извршења кривичне санкције према извршиоцу кривичног дела. Ове околности због чијег постојања држава губи своје право на кажњавање (право на изрицање и право на извршење кривичне санкције – *ius puniendi*) називају се основи гашења кривичне санкције⁴. То су јавноправни институти утврђени у општем интересу о чијем постојању суд мора да води рачуна по службеној дужности без обзира да ли се сам извршилац кривичног дела на кога се односе позива на њихово постојање или не. То су околно-

¹ На сличан начин појам кривичне санкције одређују и други аутори : Г. Марјановик под кривичном санкцијом сматра правно организовану принудну меру која се примењује према лицу које је повредило кривичноправну норму (Г. Марјановик, Македонско кривично право, Општ дел, Скопље, 1998. године, стр. 261); Ж. Хорватић пак кривичноправне санкције одређује као законом прописане садржаје и начине казненоправне принуде које након спроведеног поступка примењује државна судска власт према учиниоцу кривичног дела ради остварења опште сврхе свих и посебне сврхе управо изречене врсте санкција (Ж. Хорватић, Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003. године, стр. 134); П. Новоселац пак под кривичном санкцијом подразумева све државне мере изречене у кривичном поступку учиниоцима кривичних дела које се састоје у губитку или ограничавању њихових права (П. Новоселац, Опћи дио казненог права, Загреб, 2004. године, стр. 327)

² Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2006. године, стр.194

³ Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005 и 115/2005

⁴ Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006. године, стр. 309-315

сти које доводе до искључења права државе на примену кривичне санкције⁵. Међу њима се посебно издваја амнестија⁶.

Појам амнестије

Амнестија (енгл. амнесту, итал. амнистиа) етимолошки потиче из грчког језика (од речи амнестиа – заборављање, предавање ствари забораву). Она у ствари означава предавање забораву кривице неког лица или пак опроштај од казне коју таква кривица повлачи⁷. Амнестија као један од законских разлога да кривично одговоран учинилац кривичног дела избегне кажњавање у потпуности или делимично представља изузетно значајан кривичноправни институт. Наиме, она представља изузетак од правила да сваки учинилац кривичног дела мора и да дође под удар кривичноправне репресије⁸.

Амнестија се састоји у опраштању казне учиниоцу кривичног дела које се даје путем акта највишег законодавног органа власти⁹. То је предавање у заборав учињеног кривичног дела. Она представља лек специјалис којим се вољом законодавца укида или ограничава државно право на кривично гоњење или извршење казне неодређеном броју лица¹⁰. Овим се актом може дати опроштај од казне која је правноснажно изречена или ослобођење од кривичног гоњења (аболиција). Као акт милости, амнестија представља општи основ за гашење сваке кривичне санкције¹¹ јер се може односити на сва кривична дела и на све учиниоце¹².

⁵ Б. Чејовић, Кривично право, Општи део, Београд, 2002. године, стр. 587

⁶ Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, *op.cit.* стр.281-282

⁷ Р. Вукчевић, О амнестији увреда и клевета кажњивих по Закону о штампи, Бранич, Београд, број 5/1939. године, стр. 311-313

⁸ Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, *op.cit.* стр.286

⁹ иако је за овај институт уобичајено да се даје Законом о амнестији, ипак пракса у појединим иностраним кривичноправним системима (нпр. у Хрватској) показује нарочито у последње време да се овај институт даје путем Закона о опросту од кривичног прогона и поступка за кривична дела (такви су закони донети : септембра 1992. године, маја и септембра 1996. године)

¹⁰ Н. Мрвић Петровић, Кривично право, Београд, 2005. године, стр. 177

¹¹ у упоредном праву присутна су и другачија схватања о дејству амнестије. Тако у чл. 83. Кривичног законика Републике Бугарске је изричито одређено да

Но, у правној теорији се могу наћи и таква схватања према којима амнестија није само општи основ гашења државног права на кажњавање, већ је то, с једне стране, основ који искључује примену кривичног законодавства на учиниоце кривичног дела или је то пак разлог за укидање казне. Другим речима, амнестија представља негативну процесну претпоставку (процесну сметњу) која доводи до немогућности покретања или вођења кривичног поступка¹³ ако је њихов учинак такав да доводи до немогућности вођења кривичног поступка уопште па тиме и до немогућности извршења казне, али не и када се садржина амнестије састоји само у ублажавању или смањењу казне или пак у замени једне казне другом блажом казном, а готово не када се она састоји у превременој рехабилитацији¹⁴. У теорији се може наћи и схватање да је то разлог за укидање казне¹⁵ посебно у случајевима када се њена садржина састоји у потпуном ослобођењу од извршења изречене казне.

То гашење казне путем примене амнестије, може да се јави у два вида: као потпуно или делимично гашење казне зависно од тога да ли је казна опрштена у целости (путем аболиције или потпуног ослобођења од извршења изречене казне) или само делимично¹⁶. Стога се сматра да амнестија утиче на кривичне санкције тако што их или модификује или их укида¹⁷. Она се обично даје поводом неких важних датума и догађаја за саму државу (приликом државних, народних али и верских празника, приликом проглашења "независности" државе или при доношењу новог устава као највишег прав-

амнестија представља основ искључења кривичне одговорности (а не не основ гашења кривичне санкције). Слично решење предвиђа и чл. 84. Кривичног законика Руске федерације према коме је амнестија основ за ослобођење од кривичне одговорности учиниоца кривичног дела или пак основ ослобођења или смањења казне таквом лицу

¹² М. Ковачевић, Амнестија, Безбедност, Београд, број 6/1989. године, стр. 493-500

¹³ П. Новоселац, Опћи дио казног права, *op.cit.* стр. 449

¹⁴ Б. Златарић, М. Дамашка, Рјечник кривичног права и поступка, Загреб, 1966. године, стр. 273

¹⁵ Jescheck, Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner teil, Берлин, 1996. године, стр.553

¹⁶ З. Калем, Институт опћег опроста од казног прогона и поступка, Хрватска правна ревија, Загреб, број 9/2004. године, стр. 104-113

¹⁷ Г. Марјановик, Македонско кривично право, Општ дел, Скопле, оп. цит. 389

ног акта државе – тзв. свечарска амнестија), из криминално политичких разлога или из чисто политичких разлога или пак после великих несрећа, немира ратова или друштвених конфликта већег обима како би се поново успоставио друштвени мир и правни поредак па је у том смислу она средство за пацифизирање становништва и преуређење друштва¹⁸.

Примена амнестије заправо представља изузетак од правила да сваки учинилац кривичног дела добије заслужену казну¹⁹. Тако амнестија по свом значају, природи и карактеру делује јаче и од самог закона (кривичног закона који одређује поједина кривична дела, кривицу и кривичне санкције за њихове учиниоце) и од саме судске пресуде којом је учиниоцу кривичног дела изречена кривична санкција²⁰. Ради се наиме о акту који има не само криминално-политички циљ, већ она представља и сигурносни вентил када се другачијим средствима не може доћи до решења конкретне кривичноправне ситуације, а која се у датом тренутку појављује као правилно, оправдано и целисходно решење²¹. Стога је амнестија присутна у кривичном праву од најстаријих времена²².

Овај се институт састоји у опраштању казне учиниоцу кривичног дела путем акта који доноси највиши представнички орган једне земље – лех специалис (скупштина или парламент). Она је општи институт, општи основ за гашење кривичних санкција. Односи се на сва кривична дела без обзира да ли се оне гоне по службеној дужност или по приватној тужби²³ и на све учиниоце кривичних дела (

¹⁸ А. Куртовић, Помиловање, Помиловање и амнестија, Загреб, 2003. године, стр. 139-144

¹⁹ институт амнестије познају и многи инострани закони, нпр.: Кривични законик Републике Бугарске у чл. 83. односно Кривични законик Руске федерације у чл. 84. који одређују да амнестија представља основ искључења кривичне одговорности или казне учиниоцу кривичног дела

²⁰ Д. Јовашевић, Амнестија према одредбама новог закона, Безбедност, Београд, број 5/1996. године, стр. 531-538

²¹ М. Вешовић, Сврха кажњавања и систем кривичних санкција у југословенском кривичном праву, Правна мисао, Сарајево, број 5-6/1987. године, стр. 11-32

²² Ж. Перић, О амнестији у српском кривичном праву у вези са питањем о судској одговорности завереника, Београд, 1909. године, стр. 18-132

²³ А. Гропуззо, О праву на амнестију за приватне деликте по чл. 30. Устава од 1931. године, Мјесечник, Београд, број 5/1938. године, стр. 193

сем на малолетне учиниоце кривичних дела). Применом овог института гашење казне може бити у целини или делимично²⁴. На тај начин амнестија делује јаче и од самог закона (кривичног закона који прописује врсту и меру казне за учиниоца кривичног дела) и јаче од саме судске одлуке (којом је учиниоцу кривичног дела у конкретном случају изречена одређена врста и мера казне).

Ради се, наиме, о акту који има не само криминално политички, већ се њиме покушава постићи и одређени политички циљ²⁵. Амнестија заправо представља "сигурносни вентил"²⁶ који своју примену налази у случајевима када се другим правним средствима не може доћи до решења конкретне кривичноправне ситуације, а које се решење у датом тренутку појављује као правично, оправдано и целисходно²⁷. Стога је амнестија присутна у кривичном праву од најстаријих времена.

С обзиром на свој значај и домет примене, амнестија²⁸ може бити: 1) амнестија у ужем смислу - када се односи на опроштај од казне која је изречена правоснажном одлуком суда и 2) амнестија у ширем смислу (аболиција) - када се односи на ослобођење од кривичног гоњења и кажњавања па се кривични поступак против неког лица за извршено кривично дело уопште не води или се започети поступак обуставља²⁹.

Иначе, амнестија представља овлашћење надлежних државних органа (законодавних органа) под одређеним законским условима. Зато њена примена није условљена пристанком лица на које се односи. Лице против кога је покренут или тек треба да се покрене кривични поступак не може одбити примену аболиције чак ни у случају да има оправдани правни интерес да своју невиност докаже у поступку пред судом³⁰. Ни осуђено лице ни у ком случају не може од-

²⁴ П. Новоселац, Закон о опросту, Иудех, Загреб, број 1/1992. године, стр.25-26

²⁵ З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2005. године, стр. 327

²⁶ Г. Столл, Стеуерамнестије, Виен, 1983. године, стр. 89-114

²⁷ Ф. Бачић, Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1978. године, стр. 509; група аутора, Коментар Кривичног закона СРЈ, Београд, 1995. године, стр. 396-397.

²⁸ М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, Кривично право, Београд, 2005. године, стр.105

²⁹ Г. Мршић, Примјена одредаба Закона о опћем опросту, Хрватска правна ревија, Загреб, број 11/2001. године, стр. 81-84

³⁰ Д. Јовашевић, Амнестија и помиловање, Правни информатор, Београд, број 11/2000. године, стр. 3-6

бити примену амнестије, нити се за примену амнестије уопште тражи сагласност лица на коју се њено дејство односи. Амнестијом се у ствари настоје постићи не само криминално-политички већ и одређени политички циљеви³¹. Она представља политички акт милости који се додељују одређеним лицима (учиниоцима кривичних дела) у њихову корист, али ту корист у одређеном смислу уживају и политички чиниоци који су се определили за овакву изузетну кривично правну ситуацију³². Тако се истиче да се применом амнестије настоје решити или бар ублажити одређени друштвени и политички проблеми³³. Тако је нпр. у Републици Хрватској у бурним ратним годинама у периоду од 1990. до 1996. године донето више закона о амнестији. Они су били израз рационалне државне политике којом се хтело превладати постојећа политичка криза те је с политичког гледишта повољно оцењена³⁴.

У суштини института амнестије јесте да она представља акт који се само ретко и то изузетно примењује. То је акт којим се дејство судске пресуде³⁵ у погледу изречене кривичне санкције мења у потпуности или делимично или се пак у потпуности искључује могућност кривичног гоњења учиниоца кривичног дела. С обзиром да се њеном применом дерогира и примена кривичног закона, она не сме и није у свим савременим кривично правним системима широко примењивана. Њена се заправо примена своди на ретке изузетке којима се неће ометати остваривање заштитне функције кривичног законодавства (која се састоји у заштити најважнијих друштвених добара и вредности) као ни остваривање начела правичности и једна-

³¹ З. Стојановић, Кривично право, Општи део, оп. цит. стр. 327

³² В. Приморац, Закон о опросту – правни и политички аспекти, Еразмус, Загреб, број 12/1995. године, стр. 28-32

³³ Д. Јовашевић, Амнестија у кривичном праву, Судска пракса, Београд, број 11-12/2000. године, стр. 45-52

³⁴ П. Новоселац, Опћи дио казненог права, оп. цит. стр. 450-451

³⁵ како се Закон о амнестији односи само на пресуде које су постале правноснажне пре његовог ступања на снагу, он се не може применити на осуђено лице које је жалбу на пресуду уложило пре ступања на снагу овог закона, а одустало од ње после ступања на снагу овог закона (решење Врховног суда Србије Кж. 210/91 од 1. априла 1991. године). Одредбе Закона о амнестији се примењују само на пресуде које су у моменту ступања на снагу овог закона биле правноснажне (решење Окружног суда у Београду Кж. 1211/2001 од 8. августа 2001. године)

кости свих грађана пред законом³⁶. У супротном може доћи до озбиљних поремећаја не само у области кривичног правосуђа, већ и шире у друштву³⁷.

Но, ипак поред чињенице да се овај институт изузетно ретко примењује ипак многобројни су разлози који оправдавају њену примену. Применом института амнестије ствара се могућност да оно што је правоснажном пресудом дефинитивно и коначно решено може бити накнадно измењено наравно ако за то постоје оправдани разлози при чему та измена судске одлуке може бити само у корист осуђеног лица, а не и на његову штету³⁸.

Тако амнестија у извесном смислу представља ’’начин, средство, вентил’’ када се другим правним средствима не би могло доћи до решења конкретне кривично-правне ситуације, а која се у датом тренутку појављује као правично, оправдано, целисходно и једино. Тако се путем амнестије³⁹ може изменити ситуација осуђених лица ако су се измениле, друштвене, политичке или економске прилике тако да изречене казне учиниоцима кривичних дела више нису адекватне или ако је измењена казнена политика у односу на одређена кривична дела или у односу на одређене учиниоце таквих дела или ако постоје какви други са друштвеног, државног или политичког гледишта оправдани разлози⁴⁰.

Карактеристике амнестије

Амнестија⁴¹ представља општи акт законодавног органа земље. Она се доноси у форми закона и објављује у службеном гласилу као

³⁶ М. Кокољ, Начело легалитета и изузеци, Зборник Правног факултета у Мостару, Мостар, број 8/1987-1988. године, стр. 217-231

³⁷ Ф. Бачић, Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1978. године, стр. 509

³⁸ Дј.М.Ивановић, Дејство амнестије на кривична дела чиновника, Полиција, Београд, број 19-20/1932. године, стр. 992-997

³⁹ група аутора, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 1995. године, стр. 396-397

⁴⁰ Више : С. Петерин, 16. член мировне погодбе з Италијо ин ‘’амнестијска клавзула’’ в содобнем меднароднем праву, Љубљана, 1959. године

⁴¹ Е. Ухле, Дие Амнестије нацх алтен унд неуен Гнаденрецхт, Бреслау, Неукирцх, 1935. године, стр. 26-39

и сваки други закон. Тако према члану 99. тачка 12. Устава Републике Србије⁴² Народна скупштина даје амнестију за кривична дела и то већином гласова свих народних посланика (у смислу члана 105. став 2. тачка 1. Устава). Дакле, амнестија је у смислу члана 109. КЗ РС акт у форми закона којим се поименично неодређеним лицима даје ослобођење од кривичног гоњења, ослобођења од казне у потпуности или делимично или се изречена казна замењује блажом казном, даје рехабилитација или се укидају поједине или све правне последице осуде или се укидају мере безбедности : забрана вршења позива, делатности и дужности; забрана управљања моторним возилом и протеривање странца из земље. То је општи акт где се у моменту његовог доношења не може знати која ће сва лица односно који ће све поименични учиниоци кривичних дела бити обухваћени погодностима њене примене⁴³.

Доношењем закона о амнестији не врши се измена кривичног или другог закона којим се као споредним или допунским законом одређују кривична дела за које се даје амнестија нити се пак стављају ван снаге одредбе тих закона којима се утврђују конкретна кривична дела за која се даје амнестија. Заправо амнестија се даје за кривична дела учињена у прошлости, а не и за убудуће. Она се може односити на учињена одређена кривична дела или на одређене казне без обзира за које су кривично дело изречене.

Сам кривични закон не предвиђа никаква ограничења у погледу врсте и тежине кривичних дела односно висини изречене казне за кривична дела на које може да се односи примена амнестије. То представља искључиво ствар оцене законодавца⁴⁴ приликом доношења закона о амнестији у сваком конкретном случају. То даље значи да амнестијом може да буде обухваћено било које кривично дело или пак да се амнестирају било који извршиоци кривичних дела без обзира на врсту и висину изречене казне. Но, амнестијом се могу обухватити учиниоци кривичних дела и према неком другом критеријуму, па се тако она може односити на лица одређене старости, пола,

⁴² Службени гласник Републике Србије број 98/2006 од 10. новембра 2006. године

⁴³ В. Приморац, Закон о опросту – правни и политички аспекти, Еразмус, Загреб, број 12/1995. године, стр. 28-32

⁴⁴ З. Стојановић, Кривично право, *op.cit.* стр. 327

одређеног здравственог стања (нпр.инвалидности) и сл.⁴⁵. Но, да би амнестија уопште и била примењена у конкретном случају, потребно је да на основу донетог закона о амнестији надлежни суд утврди да су у сваком појединачном случају испуњене све претпоставке и услови предвиђени таквим законом.

Пошто се амнестија односи на већ раније извршена кривична дела то значи да се код трајних кривичних дела (то су она кривична дела код којих се услед предузете радње извршења јавља последица у виду противправног стања које може да траје краће или дуже време где се цело време трајања последице изједначава са предузимањем радње извршења) амнестијом обухвата само оно противправно стање које је створено извршењем кривичног дела које је трајало до ступања на снагу закона о амнестији. У случају да такав извршилац трајног кривичног дела и касније, после ступања на снагу закона о амнестији настави да остварује обележја таквог кривичног дела одређеног у закону, оно чини ново кривично дело које дакле није обухваћено раније наступилом амнестијом⁴⁶.

Амнестија⁴⁷ се може дати свим лицима као извршиоцима кривичних дела да се стога и односи на сва лица која испуњавају услове одређене законом о амнестији. То наравно могу да буду и лица којима је већ раније била дата амнестија (у виду ублажавања раније изречене казне од стране суда) или чак и помиловање за исто кривично дело ако се сада датом амнестијом даје још нешто више од онога што је било обухваћено раније датом амнестијом или помиловањем. Шта више једном дата амнестија се више не може опозвати. И коначно, амнестија се увек даје по службеној дужности.

То значи да се амнестијом не могу лицима на које се она односи постављати услови због којих би (у случају њиховог неиспуњења) амнестија могла бити опозвана (нпр. да се амнестирано лице добро понаша, да испуњава друге постављене обавезе попут оних обавеза које се осуђеном лицу дају у склопу заштитног надзора уз условну осуду). Наиме, акт амнестије може да садржи само оне услове које лице треба да испуни да би за њега или за његов случај уопште ам-

⁴⁵ З. Стојановић, Кривично право, ибид, стр. 367

⁴⁶ А. Куртовић, Амнестија и њезине функције у казненом праву, Зборник Правног факултета у Ријеци, Ријека, број 15/1994. године, стр. 119-130

⁴⁷ Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, op.cit.стр.288-289

амнестија могла да се примени, али не и на услове да би дата амнестија уопште остала на снази како не би била опозвана. Наиме, она се може условити одређеним околностима нпр. ка су кривична дела на која се односи извшена у одређеном временском периоду. Ово је веома важна карактеристика амнестија која доприноси јачању правне сигурности и уопште принципа легалитета⁴⁸.

Давањем амнестије не дира се у права трећих лица која се заснивају на осуди (чл. 111.КЗ РС). Лица која су оштећена извршеним кривичним делом имају право да траже накнаду причињене штете. У случају аболиције чак се не искључује могућност односно право лица које је оштећено извршењем кривичних дела да према учиниоцу тог дела остварује свој имовинско правни (одштетни) захтев и без утврђивања његове кривице. Тако лице које је оштећено кривичним делом за које је дата амнестија може захтевати накнаду штете проузроковане извршењем кривичног дела, накнаду трошкова учињених поводом вођења кривичног поступка, накнаду за предмете који су одузети применом мере безбедности одузимања предмета кривичног дела, без обзира што је извршилац кривичног дела амнестиран. Но, код давања аболиције⁴⁹, будући да не постоји осуда за извршено кривично дело, у правној теорији и судској пракси се оправдано поставља питање да ли се оваквим законским решењем повређује право трећих лица које произилази из извршеног кривичног дела, а које није утврђено судском пресудом (зато што она није донета услед непокретња или неокончања кривичног поступка).

Три су основне карактеристике амнестије⁵⁰ : 1) то је општи акт у форми закона који доноси највише представничко тело земље на начин и у поступку као и сваки други закон, 2) односи се на индивидуално неодређена лица и 3) садржина амнестије⁵¹ се састоји у следећем : давању ослобођења од кривичног гоњења, ослобођењу од ка-

⁴⁸ Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр. 328-330

⁴⁹ А. Куртовић, Формални и материјални појам аболиције, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 2/1993. године, стр. 571-584

⁵⁰ Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2003. године, стр. 332-333

⁵¹ Ж. Дамјановски, Два спорна питања у вези са применом закона о амнестији, Билтен ЈНА, Београд, број 3/1962. године, стр. 37-43

зне у потпуности или делимично, замени изречене казне блажом казном, давању рехабилитације, укидању појединих или свих правних последица осуде и укидању мера безбедности : забране вршења позива, делатности и дужности; забране управљања моторним возилом и протеривања странца из земље⁵².

Одређивање лица на које се односи амнестија се може извршити на више начина : 1) у закону могу бити таксативно наведена кривична дела чији се извршиоци ослобађају од кривичног гоњења и кажњавања или од издржавања изречене казне у целини или делимично⁵³, 2) може се одредити дејство амнестије према лицима одређивањем врсте и висине изречене казне и 3) може се амнестија дати с обзиром на одређено кривично дело и одређене износе изречене казне за то дело⁵⁴.

Садржина амнестије

Сам је Кривични законик Републике Србије у члану 109. одредио садржину института амнестије. Наиме, амнестија може да се односи на : 1) ослобођење од кривичног гоњења (аболиција), 2) потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, 3) замену изречене казне блажом казном, 4) давање рехабилитације, 5) укидање свих или појединих правних последица осуде и 6) укидање мера безбедности : забране вршења позива, делатности и дужности; забране управљања моторним возилом и протеривања странца из земље.

1) Ослобођење од кривичног гоњења или аболиција⁵⁵ значи да се против учиниоца кривичног дела не може покренути кривични по-

⁵² Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006. године, стр. 320-326

⁵³ такав је био Закон о амнестији (Службени лист СРЈ број 9/2001) који је обухватио учиниоце војних кривичних дела из чл. 202., 214., 215., 217., 218. и 219. КЗ СРЈ

⁵⁴ такав је био Закон о амнестији (Службени гласник Републике Србије број 10/2001) којим је дато ослобођење од извршења 25 % изречене казне затвора и то правноснажно осуђених лицима која су извршила у закону таксативно одређена кривична дела

⁵⁵ А. Куртовић, Формални и материјални појам аболиције, Зборник Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 2/1993. године, стр. 571-583

ступак, а ако је поступак у току, он се обуставља без обзира у ком се стадијуму налази. Ослобођење од кривичног гоњења се увек односи на одређено кривично дело и по правилу обухвата сва лица која су у било ком смислу (као извршиоци, саизвршиоци, подстрекачи или помагачи) учествовала у његовом извршењу⁵⁶. Но, и овде могу бити дата нека ограничења па се тако аболиција за неке учеснике у кривичном делу може условити и постојање одређених услова, претпоставки или околности⁵⁷. Аболиција се може дати у свим фазама кривичног поступка све до момента док кривични поступак није окончан правоснажном пресудом. На случајеве који су правоснажно окончани ослобођење од кривичног гоњења нема практичан значај. Дејство аболиције је најјаче јер у овом случају уопште не долази до осуде тако да извршилац кривичног дела не сноси никакве правне последице нити се дело за које је дата аболиција може узети као "ранија осуђиваност" у смислу основа за постојање поврата (као отежавајуће околности од значаја за одмеравање казне учиниоцу за новоизвршено кривично дело). Лица која су обухваћена аболицијом пуштају се одмах из притвора на слободу⁵⁸.

2) Амнестијом се осуђено лице може у потпуности ослободити од извршења изречене казне⁵⁹. Ослобођење од казне се увек односи на ону казну (главну и споредну) која је и изречена у правоснажној судској одлуци. За овај вид амнестије претпоставка је да је донета правоснажна пресуда надлежног суда и да казна још није почела да се извршава или изречена казна у потпуности још увек није извршена. Оно може да обухвати све врсте казни које су иначе и предвиђене у нашем кривичном законодавству (казну затвора, новчану казну, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе), па и казну малолетничког затвора⁶⁰. Ако се осуђено лице применом амнестије

⁵⁶ Ж.Хорватић, Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003. године, стр. 252

⁵⁷ И. Јелић, Амнестија у теорији и пракси, Мјесечник, Загреб, број 8/1926. године, стр. 354-359

⁵⁸ Л. Вицентић, Оппрост и аболиција, Еразмус, Загреб, број 6/1994. године, стр. 26-30

⁵⁹ Г. Илић и др., Кривични законик Републике Србије са напоменама, Београд, 2006. године, стр. 113

⁶⁰ Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр. 308

ослобађа од извршења главне казне, оно се по правилу односи и на изречену споредну казну (најчешће новчану казну која се изриче уз казну затвора). Практично после дате амнестије изречена казна се више не може уопште извршити, а ако је њено извршење у току, казна се обуставља. Ако се пак осуђено лице налази на условном отпусту моментом давања амнестије условни отпуст се укида и такво осуђено лице се ослобађа од даљег издржавања изречене казне у потпуности.

Институтом амнестије се одређено лице може и делимично ослободити од извршења изречене казне. Оно се у овом случају може односити на ослобођење од извршења неке од више кумулативно изречених казни (када је више казни кумулативно изречено учиниоцу кривичног дела) или на ослобођење од извршења једног дела изречене казне, дакле остатка неиздржаног дела казне што је у пракси чешћи случај⁶¹. Најчешће се у овом случају ради о смањењу времена трајања правоснажно изречене казне затвора. То је дакле посебан облик ублажавања казне при чему се орган надлежан за давање амнестије мора у свему придржавати прописа о врстама казни и њиховом минималном и максималном износу. Тако се ниуком случају не може десити да се на овај начин одреди врста и мера казне који уопште нису предвиђени у општем делу Кривичног законика⁶².

3) Правоснажна изречена казна се применом института амнестије може заменити блажом врстом казне. И ова је замена казни могућа само у оквиру система и мера казни предвиђених у општем делу Кривичног законика. Изречена казна затвора се може заменити новчаном казном у оквиру општег минимума и општег максимума ове врсте казне или пак неком од новоуведених казни : радом у јавном интересу и казном одузимања возачке дозволе водећи при томе рачуна о условима и ограничењима при изрицању ових казни.

Но, изречена казна затвора се ни у ком случају не може заменити казном малолетничког затвора (због специфичног карактера ове малолетничке кривичне санкције) нити неком другом врстом васпит-

⁶¹ П.Новоселац, Осврт на досадашње промјене казненог законодавства у Републици Хрватској (Закони о опросту), Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, број 2/1996. године, стр. 578-581

⁶² Б. Голубовић, Осврт на предлог Закона о амнестији, Избор судске праксе, Београд, број 5/1996. године, стр.9-12

них мера. Уосталом амнестија се уопште не може односити на примену васпитних мера. То је и разумљиво јер се овде ради о специфичним врстама малолетничких кривичних санкција чија је првенствена сврха и циљ остваривање васпитања, преваспитања и правилног развоја малолетника па не би било целисходно нити оправдано да неки вансудски орган укида или мења ову меру када је већ судско већ нашло да је њена примена у конкретном случају потребна и неопходна⁶³.

Амнестијом се изречена казна не може ни у ком случају заменити условном осудом (што је иначе могуће код примене института помиловања). Наиме, њена примена је ограничена само на области казни (њиховог ублажавања, ослобођења у потпуности или замени блажом казном). Такође законик изричито одређује да се амнестија не може односити на изречене условне осуде⁶⁴ јер је њена примена ограничена само на казне, а условна осуда представља самосталну врсту кривичних санкција (меру упозорења). Ипак логично би било да амнестија има правно дејство и на ову врсту кривичних санкција када је већ њеном применом може дати потпуно или делимично ослобођење од казне (као теже врсте кривичних санкција у односу на условну осуду)⁶⁵.

4) Према новом законском решењу које је у Републици Србији ступило на снагу 1. јануара 2006. године амнестија може да се односи и на давање рехабилитације⁶⁶. То значи да се овако дата рехабилитација⁶⁷ може односити и на : а) осуде које уопште по слову зако-

⁶³ Р. Коленц, Об новом закону о амнестији, Строковни лист, Љубљана, број 3-4/1962. године, стр. 105-111

⁶⁴ у упоредном праву присутна су и другачија схватања дејства амнестије на условну осуду. Тако чл. 87. Кривичног законика Републике Хрватске изричито одређује да се амнестијом може укинути и условна осуда

⁶⁵ Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, Кривично право СФРЈ, Београд, 1994. године, стр.478

⁶⁶ Д. Јовашевић, Збирка прописа о помиловању са коментаром, Београд, 1999. године, стр. 3-12

⁶⁷ рехабилитација се у смелу чл. 97. КЗ РС састоји у укидању правних последица осуде тако да се осуђено лице сматра неосуђиваним. Разузликује се законска и судска рехабилитација ако су испуњена два услова : 1)да лице раније није било осуђивано и 2) да у одређеном времену после изречене осуде лице не учини ново кривично дело.

на не подлежу рехабилитацији (када је изречена казна затвора у трајању дужем од пет година), б) лица чије се осуде уопште не могу рехабилитовати (када се ради о повратнику) и ц) осуде пре истека одређених рокова (времена) које законик тражи за наступање њених дејстава⁶⁸.

5) Применом амнестије могу се укинути све или поједине правне последице осуде⁶⁹. За разлику од помиловања код кога је могуће не само укидање правне последице, већ и одређивање њеног краћег трајања код амнестије се њено дејство односи само на правне последице које по својој природи трају одређено време и које се састоје у забрани стицања одређених права после издржане, застареле или опроштене казне (што значи да моментом ступања на снагу Закона о амнестији та лица могу поново да стичу сва права).

То су следеће правне последице осуде: 1) забрана стицања одређених јавних функција, 2) забрана стицања одређеног звања, позива или занимања или унапређења у служби, 3) забрана стицања чина војног старешине и 4) забрана добијања одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државних органа или органа локалне самоуправе (члан 95. КЗ РС)⁷⁰. Пошто се овде увек ради о укидању свих или одређених правних последица осуде, то закон о амнестији у сваком конкретном случају мора изричито да наведе на коју се правну последицу осуде доноси. То може да буде једна или више правних последица, али морају у сваком случају бити изричито наведене. Но, у правној теорији се могу наћи и таква схватања према којима се амнестија може односити и на правне последице које се састоје у губитку одређених права⁷¹.

б) И коначно, нови Кривични законик Републике Србије је проширио домет примене амнестије јер се сада овим институтом укидају и поједине мере безбедности. То су следеће мере безбедности : а)

⁶⁸ брисане осуде узимају се у обзир приликом доношења решења о амнестији у смислу члана 1. Закона о амнестији Републике Србије (правно схватање заузето на седници Кривичног одељења Врховног суда Србије која је одржана 18. априла 2001. године)

⁶⁹ Б. Чејовић, Кривично право, Општи део, Београд, 2002. године, стр. 599-600

⁷⁰ Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, *op.cit.* стр. 272-274

⁷¹ Б. Чејовић, Кривично право, Општи део, *op.cit.* стр.600

забрана вршења позива, делатности или дужности⁷², б) забрана управљања моторним возилом⁷³ и ц) протеривање странца из земље⁷⁴.

Поступак за примену амнестије

Амнестија је акт који се доноси у форми закона. Да би се њеним привилегијама могла користити осуђена лица, потребно је испуњење неколико претпоставки⁷⁵. Прво, потребно је да закон донет од стране скупштине буде објављен у службеном гласилу и да такав закон ступи на снагу протеком законом одређеног времена – вацатио легис. У сваком конкретном, појединачном случају пошто се амнестија односи на индивидуално неодређени број лица па се у моменту њеног доношења не може знати на која се све лица она односи, потребно је да се донесе појединачно "решење" о примени амнестије. Такво решење доноси првостепени суд који је судио у првом степену и изрекао кривичну санкцију. Овај суд је по службеној дужности (ex officio) или на захтев јавног тужиоца, осуђеног лица или других лица која су иначе овлашћена да предузимају процесне радње у корист осуђеног доноси наведено решење⁷⁶. У таквом решењу се констатује : 1) лице на које се односи амнестија, 2) утврђује се нови износ казне који је преостао након њеног смањивања услед дате амне-

⁷² суд може у смислу чл. 85. КЗ РС учиниоцу кривичног дела на време од једне до десет година забранити вршење одређеног позива, одређене делатности или свих или неких дужности везаних за располагање, коришћење, управљање или руковање туђом имовином или за чување те имовине ако се оправано може сматрати да би његово даље вршење такве делатности било опасно

⁷³ суд може у смислу чл. 86. КЗ РС забранити учиниоцу кривичног дела којим се угрожава јавни саобраћај на време од три месеца до пет година да управља моторним возилом одређене врсте или категорије ако дође до уверења да је опасно да он и даље управља моторним возилом

⁷⁴ у смислу чл. 88. КЗ РС суд може страном држављанину или лицу без држављанства који је извршио кривично дело на територији Републике Србије да изрекне ову меру протеривања (удаљења) са наше територије за време од једне до десет година ако дође до уверења да је даљи боравак таквог лица непожељан

⁷⁵ Више : Н. Faerber, Die Prozessuale Auswirkung der Amnetie, Берлин, 1941. године

⁷⁶ А. Куртовић, Амнестија и њезине функције у казном праву, Зборник Правног факултета у Риједи, Ријека, број 15/1994. године, стр. 119-130

стије, али и услед њеног (делимичног изражавања) и који се има извршити, али се такође 3) утврђује и износ казне од чијег се ослобођења ослобађа осуђено лице. Уколико се услед дате амнестије осуђени треба отпустити са даљег изражавања изречене казне, суд истим овим решењем одлучује и о отпуштању осуђеног из заводске установе⁷⁷.

Овако донето решење се без одлагања доставља заводској установи у којој осуђено лице изражава изречену казну. И сам управник овог завода је дужан да суд обавести о лицима на која се амнестија односи. Уколико се пак ради о осуђеном лицу које још није ступило у завод на издржавање казне поступак је исти с тим што суд решење о примени амнестије треба да донесе у року од три дана од пријема захтева. У овом случају се ради о новоутврђеном износу казне чији износ сада представља основу за предузимање других процесних радњи овог лица (као што су: подношење захтева за помиловање, захтева за ванредно ублажавање казне, захтева за понављање поступка или пак ради упућивања осуђеног лица (екстерна класификација) у одговарајућу врсту и тип заводске установе сходно одредбама извршног кривичног права.

Интересантно је да Закон о амнестији предвиђа и могућност подношења жалбе против решења о примени амнестије. Ову жалбу могу да поднесу јавни тужилац, осуђени, али и друга лица на страни оптуженог. Жалба се подноси непосредно вишем суду у року од три дана од пријема решења. Како се закон о амнестији односи само на пресуде које су постале правоснажне пре његовог ступања на снагу, он се не може применити на осуђено лице које је жалбу на пресуду уложило пре ступања на снагу овог закона, а одустало од ње после ступања на снагу овог закона⁷⁸.

Тако је одредбама извршног кривичног закона у потпуности уређено поступање надлежних државних органа после дате амнестије осуђеном лицу. Наиме, у случају доношења закона о амнестији управник завода у коме се налази осуђено лице на које се амнестија односи дужан је у року од 24 часа од ступања на снагу овог закона

⁷⁷ Д. Јовашевић, Амнестија у кривичном праву, Судска пракса, Београд, број 11-12/2000. године, стр. 64-68

⁷⁸ решење Врховног суда Србије Кж. ИИ 210/91 од 1. априла 1991. године

да писмено обавести суд који је донео првостепену пресуду да осуђени подлеже амнестији. Поред управника завода и надлежни јавни тужилац као и само осуђено лице могу поднети захтев за отпуштање из завода. И овај се захтев подноси првостепеном суду.

Првостепени суд у сваком конкретном случају утврђује да ли постоје услови за отпуштање осуђеног лица из завода. Да ли ће се осуђено лице подвести под одредбе закона о амнестији и у ком облику или виду њене садржине може користити погодности дате законом треба дакле да утврди првостепени суд који је донео пресуду у којој је изречена врста и мера казне. Овај суд по поднетом предлогу за отпуштање поступа са нарочитом пажњом и хитношћу. Наиме суд је дужан да у року од 3 дана по пријему захтева донесе и отпрати решење у писменом облику. Ово се решење доставља осуђеном лицу, управи завода у коме се он налази, а по потреби надлежном јавном тужиоцу.

Надлежни јавни тужилац и осуђени могу у даљем року од три дана од пријема првостепеног решења изјавити жалбу непосредно вишем суду. Ако је надлежни јавни тужилац незадовољан одлуком надлежног првостепеног суда којом је одлучено о пуштању осуђеног лица због дате амнестије (било да је незадовољан у погледу лица на које се амнестија односи, у погледу начина ублажавања казне или другим околностима) може уложити жалбу непосредно вишем суду. У сваком случају поднета жалба задржава извршење решења (она дакле има суспензивно и деволутивно дејство).

Ако против првостепеног решења није изјављена жалба онда се осуђени отпушта из завода првог дана после истека рока за жалбу. Логично је ако је жалба изјављена од стране надлежног јавног тужиоца и благовремено, онда се донето првостепено решење не извршава већ осуђено лице наставља са издржавањем казне чекајући одлуку другостепеног суда по жалби. И коначно, у циљу заштите права осуђеног лица, изричито је према члану 172. Закона о извршењу кривичних санкција Републике Србије из 2005. године⁷⁹ прописан поступак отпуштања осуђеног лица из заводске установе у случају доношења Закона о амнестији. Тако се према овим законским реше-

⁷⁹ Службени гласник Републике Србије број 85/2005 – Више : Д. Јовашевић, Закон о извршењу кривичних санкција са коментаром, Београд, 2006. године

њима осуђено лице отпушта из заводске установе са издржавања казне затвора најдоцније у року од 24 часа након пријема решења о амнестији које је донето на основу Закона, ако самим Законом о амнестији није другачије одређено.

Амнестија у судској пракси

Да би у потпуности расветлили појам, садржину, карактеристике и домен примене амнестије као општег основа који искључује примену казне према учиниоцима кривичних дела предвиђених у закону, потребно је да поред правно теоријских схватања и норми позитивног – домаћег и упоредног кривичног законодавства, посветимо одређену пажњу и примени овог института у непосредној судској пракси⁸⁰.

(1) “У случају стицаја кривичних дела од којих је једно обухваћено амнестијом суд само елиминисаће казну која се не може извршити због примене амнестије, а новом пресудом изриче казну која је раније утврђена за друго кривично дело. Како је кривично дело из чл.214. КЗ СРЈ обухваћено амнестијом то се јединствена казна није могла извршити па је првостепени суд правилно поступио када је новом пресудом осуђеном изрекао казну затвора у трајању од два месеца за кривично дело из чл.233. КЗ РС. Јер по оцени овог суда када се код неправог понављања кривичног поступка ради о стицају само два кривична дела за која су утврђене две казне, тада се елиминисаће казна која се не може извршити у конкретном случају због примене амнестије, а друга утврђена казна се изриче новом пресудом што је првостепени суд и учинио. Та преостала казна се не може ни у чему мењати јер суд у овом поступку није овлашћен да преиспитује правоснажно утврђене односно изречене казне”.

(пресуда Врховног војног суда II К 162/96 од 30.септембра 1996.године, Збирка судских одлука Савезног суда, књига 21, свеска 1, Београд, 1997.године, стр.59)

⁸⁰ В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Практикум за кривично право, Књига прва, Општи део, Београд, 2003. године

(2) “У изреци решења којим се услед дате амнестије осуђени ослобођа под извршења дела казне мора се навести да му се у остатку казне затвора коју осуђени има да издржи урачунава време проведено у притвору. За кривично дело из чл.166. КЗ РС окривљени је осуђен на казну затвора у трајању од једне године и шест месеци. Првостепеним решењем којим је осуђени ослобођен од издржавања дела казне по основу Закона о амнестији утврђено је да се осуђени ослобађа од извршења 25 % казне затвора и одређено да се осуђени ослобађа од извршења изречене казне затвора у трајању од четири месеца и 15 дана и одређено да се остатак казне затвора у трајању од једне године, једног месеца и 15 дана затвора према осуђеном има извршити. Врховни суд је преиначио наведено решење одређујући да се остатак казне затвора у трајању од једне године, једног месеца и 15 дана према осуђеном изврши уз урачунавање временаведеног у притвору. Чланом 5.ст. 2. Закона о амнестији је предвиђено да ће суд решењем, утврдити део казне од чијег је извршења осуђени ослобођен и одредити остатак казне који ће се извршити. Из стања у списима произилази да побиијаним решењем није наведено да се остатак казне затвора за осуђеног у трајању од једне године, једног месеца и 15 дана изврши уз урачунавање које је осуђени провео у притвору на који начин је повређен закон на штету осуђеног”.

(решење Врховног суда Србије Кж.ИИ 512/2001 од 11.маја 2001.године, Судска пракса, Београд, број 2-3/2002.године, стр.17)

(3) “Под ранијом осуђиваношћу у смислу чл.3. Закона о амнестији сматра се и правоснажна осуда на малолетнички затвор”.

(решење Окружног суда у Београду Кж. 525/2001 од 18.априла 2001.године, Билтен Окружног суда у Београду, Београд, број 55/2001. године, стр.94)

(4) “Када је осуђени осуђен за више кривичних дела у стицају, а нака од њих су изузета од примене Закона о амнестији, Закон о амнестији ће се применити само у односу на дела која нису изузета овим законом. Првостепеном пресудом осуђени је правоснажно осуђен за извршење кривичног дела неовлашћене производње опојних дрога из чл.245. КЗ СРЈ, неовлашћеног поседовања радио станице из чл.219.КЗ РС и неовлашћеног држања ватреног оружја из чл.33. За-

кона о оружју и муницији. Првостепеним решењем одбијен је захтев за примену Закона о амнестији са образложењем да је осуђени правоснажно осуђен за кривично дело стављања у промет опојних дрога те стога не постоје услови предвиђени у Закону о амнестији за примену амнестије с обзиром да је чл.2. Закона о амнестији предвиђено да се амнестија не примењује на лица правоснажно осуђена за кривично дело тероризма, неовлашћеног стављања у промет опојних дрога и омогућавања уживања опојних дрога. Решењем Врховног суда је укинута првостепено решење са образложењем да је осуђени правоснажном пресудом осуђен и због кривичних дела неовлашћеног поседовања радио станице из чл.219. КЗ РС и неовлашћеног држања оружја из чл.33. Закона о оружју и муницији за које постоје услови за примену републичког закона о амнестији те је закон у односу на ова дела требало применити изузимајући утврђену казну затвора за кривично дело из чл.245. КЗ СРЈ”.

(решење Врховног суда Србије Кж. 918/2001 од 27.јануара 2002.године, Судска пракса, Београд, број 7-8/2002. године, стр.20)

(5) “Одредбе Закона о амнестији се примењују само на пресуде које су у моменту ступања на снагу овог закона биле правоснажне. Оптужени је оглашен кривим и осуђен на казну затвора првостепеном пресудом која је постала правоснажна 14.јуна 2001.године. Имајући у виду да је Закон о амнестији Републике Србије ступио на снагу 22. фебруара 2001.године, а да је наведена пресуда постала правоснажна 14.јуна 2001.године правилно је првостепени суд нашао да осуђени нема статус правоснажно осуђеног лица на кога се може применити Закон о амнестији”.

(решење Округног суда у Београду Кж. 1211/2001 од 8.августа 2001.године, Судска пракса, Београд, број 5/2002. године, стр.23-24)

(6) “На примену закона о амнестији без утицаја је што је окривљеном решењем службе за извршење казни одложено издржавање казне затвора. Првостепеним решењем осуђени је ослобођен извршења 25 % казне затвора која му је изречена правоснажном пресудом. Против ове пресуде жалбу је изјавио јавни тужилац. Неосновано се жалбом јавног тужиоца побија првостепено решење због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања јер се из првосте-

пеног решења види да је исто донето пошто је првостепени суд утврдио да је осуђеном одложено извршење казне затвора за три месеца по решењу општинског суда на што се жалбом јавног тужиоца указује. Сам подносилац жалбе је према својим наводима извршио увид у извршне списе из којих се види да првостепени суд није поступио противно одредби чл.3. Закона о амнестији када је донео побијану одлуку, а чињеница да је поступак извршења казне више пута одлаган по мишљењу окружног суда није од утицаја за доношење другачије одлуке”.

(решење Окружног суда у Београду Кж. 1484/2001 од 10.октобра 2001.године, Судска пракса, Београд, број 4/2002. године, стр.17)

(7) “Брисана осуда нема правно дејство признавања осуђеном лицу статуса неосуђиваног лица. Околност коју осуђени истиче у жалби да су испуњени законски услови за брисање ранијих осуда није од утицаја на правилност и законитост побијаног решења јер брисање осуде није сметња да се подаци о истој користе од стране суда и других органа у смислу чл. 94. ст.3. КЗ СРЈ у вези са кривичним поступком против осуђеног лица због новог кривичног дела, дакле и у поступку примене амнестије и у тим случајевима брисање осуде нема правно дејство признавања осуђеном статуса неосуђиваног лица”.

(решење Врховног суда Србије Кж. 2428/2001 од 12.априла 2001.године, Билтен Окружног суда у Београду, Београд, број 55/2001.године, стр.94)

(8) “Када се по одредби чл.49. КЗ СРЈ одмерава казна осуђеном лицу као утврђена казна се узима казна изречена по правоснажној пресуди, а не по решењу о амнестији јер се амнестијом не може мењати правоснажна пресуда. Првостепени суд погрешно узима као утврђену казну затвора у трајању од три године и 9 месеци која му је изречена у решењу о амнестији јер у смислу чл.49. КЗ СРЈ као утврђене казне када су испуњени остали услови из наведеног члана узимају се изречене казне по правоснажним пресудама, а не по решењима о амнестији јер се решењем о амнестији не могу мењати правоснажне пресуде већ се само осуђена лица у смислу чл.100. КЗ СРЈ ослобађају извршења дела изречене казне”.

(пресуда Врховног суда Србије Кж. 1147/2002 од 17. септембра 2002. године, Избор судске праксе, Београд, број 6/2004. године, стр.33)

(9) “У поступку неправог понављања кривичног поступка могу се преиначити само правоснажне пресуде при чему се као утврђене казне узимају оне казне које су изречене по правоснажним пресудама, а не казне којима су правоснажне пресуде преиначене услед амнестије, помиловања и сл. У делу изреке када се осуђени осуђује на јединствену казну затвора нужно је навести не само да се у исту урачунава време проведено у притвору и време проведено на издржавању казне већ да се ту урачунава и време за које је осуђени ослобођен од извршења дела изречене казне по одговарајућим решењима о амнестији”.

(решење Врховног суда Србије Кж. 1282/2002 од 15. октобра 2002. године, Судска пракса, Београд, број 6/2004. године, стр.16-17)

Амнестија у упоредном праву

Амнестија као општи основ гашења права државе на кажњавање представља универзални институт општег дела кривичног права познат још веома рано у писаној правној историји. Он има посебно место, значај и оправдање па је стога познаје и низ савремених кривично правних система. Због потпунијег сагледавања места и улоге овог института са аспекта кривичног права, криминалне политике, пенологије и др. потребно је бар у кратким цртама указати на поједина упоредна кривична законодавства односно њихове одредбе које се непосредно односе на појам, садржину и обим примене института амнестије.

Босна и Херцеговина - Кривично право Босне и Херцеговине⁸¹ чине четири законска текста. То су : 1) Кривични закон Босне и Херцеговине – КЗ БИХ⁸², 2) Кривични закон Федерације Босне и Херце-

⁸¹ Б.Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр.385-387

⁸² Службени гласник Босне и Херцеговине број : 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/20004 и 61/2004

говине – КЗ ФБИХ⁸³, 3) Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине – КЗ БД БИХ⁸⁴ и 4) Кривични закон Републике Српске – КЗ РС⁸⁵. Према овим законским решењима и то : члану 118.КЗ БИХ, члану 122. КЗ ФБИХ, члану 122. КЗ БД БИХ и 116. КЗ РС амнестија је општи основ који искључује право државе на примену кривичне санкције. Даје се путем закона индивидуално неодређеном броју људи. Тако Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине даје амнестију за кривична дела која су прописана Кривичним законом Босне и Херцеговине, а парламенти (скупштине) ентитета (Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске односно Брчко Дистрикта) дају амнестију за кривична дела која су прописана њиховим кривичним законодавством. Садржина амнестије⁸⁶ се према томе огледа у следећем : а) ослобођењу од кривичног гоњења (аболиција), б) потпуном или делимичном ослобођењу од извршења изречене казне, ц) замени изречене казне блажом казном, д) одређује брисање осуде или е) укидају се одређене правне последице осуде.

Црна Гора – Кривични законик Републике Црне Горе⁸⁷ у глави једанаест, у члану 130. одређује појам и садржину амнестије. Према члану 81. тачка 10. Устава Републике Црне Горе амнестију даје Скупштина Републике Црне Горе у форми закона који се односи на индивидуално неодређени број лица при чему се и на тај начин не дира у права трећих лица. Садржина амнестије је одређена на начин да се лицима која су обухваћена дејством акта о амнестији може дати : а) ослобођење од кривичног гоњења – аболиција, б) потпуно или делимично ослобођење од даљег извршења казне, ц) замењује се изречена казна блажом казном, д) даје се рехабилитација, е) укидају се све или само поједине правне последице осуде и ф) укидају се следеће мере безбедности : 1) забрана вршења позива, делатности

⁸³ Службене новине Федерације Босне и Херцеговине број : 36/2003, 37/2003, 21/2004 и 69/2004

⁸⁴ Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине број : 10/2003 и 45/2004

⁸⁵ Службени гласник Републике Српске број 49/2003 и 108/2004

⁸⁶ Више : Н. Срзентић, А. Стајић, Кривично право, Општи део, Сарајево, 1970. године; Н. Грубор, Р. Пјанић, Кривично право, Општи део, Сарајево, 1973. године

⁸⁷ Службени лист Републике Црне Горе број 70/2003 и 47/2006

и дужности, 2) забрана управљања моторним возилом и 3) протеривање странца из земље⁸⁸.

Хрватска - Казнени закон Републике Хрватске⁸⁹ у члану 87. истиче да се амнестијом даје лицима која су њоме обухваћена : а) обуштава казног поступка, б) потпуни или делимични опрост од извршења казне, ц) замена изречене казне блажом казном, д) укида се условна осуда, е) даје превремена рехабилитација и ф) укида се одређена правна последица осуде⁹⁰. Наиме, иако се амнестија односи на индивидуално неодређена лица, законодавац је ипак предвидео могућност да се она односи и на изречене условне осуде. Ово је криминално политички прилично спорно решење када се има у виду да се ова врста кривичне санкције – мере упозорења изриче од стране суда на основу претходног дубоког и свеобухватног познавања личности (и психолошких карактеристика) учиниоца кривичног дела па ако је већ судско веће имајући у виду психолошки профил и карактеристике личности таквог лица изрекло условну осуду као најправичнију кривичну санкцију, онда је нелогично да се таква судска одлука може укинути, дерогирати законом о амнестији⁹¹.

Македонија - Кривични законик Републике Македоније⁹² у глави једанаест, у члану 113. одређује појам и садржину амнестије. У овој се законској одредби истиче да се лицима на које се односи акт амнестије : а) даје ослобођење од кривичног гоњења, б) даје потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, ц) замењује се изречена казна блажом казном, д) брише се осуда и е) укида се одређена правна последица осуде. Сходно одредби члана 115. давањем амнестије осуђеним лицима не дира се у права лица која се заснивају на осуди⁹³. То значи да се према овом решењу појам, садржина и карак-

⁸⁸ ЛЈ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр. 307-310

⁸⁹ Народне новине Републике Хрватске број : 110/97, 27/98, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004 и 84/2005

⁹⁰ Више : Р. Маријан, Казнени закон, Загреб, 2006. године ; Р. Маријан, Збирка казних закона, Загреб, 2007. године

⁹¹ З. Калеб, Институт опћег опроста од казног прогона и поступка, Хрватска правна ревија, Загреб, број 9/2004. године, стр. 104-113

⁹² Службен весник на Република Македонија број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005 и 73/2006

⁹³ Г. Марјановик, Македонско кривично право, Општ дел, Скопле, 1998. године, стр. 389-391

теристике амнестије у потпуности подударају са овим институтом у нашем кривичном праву.

Руска федерација - Кривични законик Руске федерације⁹⁴ у члану 84. каже да амнестију објављује Државна Дума Федералног скупа Руске Федерације према индивидуално неодређеном кругу лица. Актом амнестије лица која су извршила кривична дела могу бити : а) ослобођена од кривичне одговорности, б) осуђена лица могу бити ослобођена од казне, ц) осуђеним лицима може бити изречена казна смањена, д) осуђеним лицима изречена казна може бити замењена блажом врстом казне, е) осуђена лица могу бити ослобођена од споредне врсте казне и е) лицима која су већ издржала казну може бити брисана осуда. То значи да руски законодавац⁹⁵ разликује у погледу садржине амнестије три њена облика зависно од својства лица на које се она односи. Тако амнестија може да обухвати : 1) лице за које још увек није окончан кривични поступак – дакле неосуђивано лице, 2) осуђено лице – за које је правноснажном судском одлуком утврђено постојање кривичног дела и његове кривице и 3) лице које је већ у потпуности издржало изречену казну.

Словенија - Казенски законик Републике Словеније⁹⁶ у члану 117. одређује појам и карактеристике амнестије. Амнестија се и према овим законским решењима даје актом Скупштине Републике Словеније у форми закона. Она се односи на индивидуално неодређени број лица⁹⁷. У погледу садрине, амнестија може да се односи на : а) ослобођење од кривичног гоњења - аболуцију, б) потпуно или делимично ослобађење од извешња изречене казне, ц) замену изречене казне блажом врстом казне, д) брисању осуде и е) укидању одређене правне последице осуде. При томе је изричито наведено да се амнестија може у свему дати према одредбама општег дела кривич-

⁹⁴ Ј.И. Скуратов, В.М. Лебедев, Коментари к Уголовному кодексу Россијској федерацији, Москва, 1996. године, стр. 76

⁹⁵ И. Федосова, Т. Скуратова, Уголовниј кодекс Россијској федерацији, Москва, 2005. године, стр. 63

⁹⁶ Казенски законик Републике Словеније с уводним појасни Б. Пенка ин К. Стролига, Љубљана, 1999. године, стр. 130

⁹⁷ Више : В. Јакулин, Казенско материјално право, Љубљана, 1995. године; И. Беле, Коментар Казенског законика, Сплошни дел, Љубљана, 2001. године; Љ. Бавцон, А. Шелих, Казенско право, Сплошни дел, Љубљана, 2003. године; Љ. Селиншек, Казенско право, Сплошни дел, Љубљана, 2007. године

ног законика (у погледу врста и мера казне односно других врста кривичних санкција)⁹⁸.

Таџикистан – Кривични законик Републике Таџикистан⁹⁹ у члану 82. одређује појам, садржину и дејство амнестије као основа за гашење кривичне санкције. Амнестију у виду закона даје скупштина ове Републике којим се индивидуално неодређени број лица потпуно или делимично ослобађају извршења изречене казне или се пак ослобађају од кривичног гоњења за кривична дела која су извршена пре ступања на снагу овог закона. Дакле, амнестију према овим законским решењима карактеришу следеће одлике : 1) даје је скупштина као највиши законодавни орган у виду закона, 2) односи се на индивидуално неодређени број лица, 3) односи се на кривична дела која су извршена пре ступања на снагу закона о амнестији и 4) садржина амнестије је постављена доста уско – односи се само на немогућност изрицања казне уопште (код аболиције) или на потпуно или делимично ослобођење од извршења изречене казне. То значи да се према овим законским решењима амнестија не односи на друге врсте кривичних санкција осим на казне.

Украјина – Кривични законик Украјине¹⁰⁰ у члану 54. под називом : " Ослобођење од издржавања кривичних санкција" у једној законској одредби одређује појам, садржину и дејство амнестије и помиловања на јединствен начин. Према овом законском решењу¹⁰¹ амнестија се односи само на правноснажно осуђена лица. То значи да се њоме не може дати аболиција, дакле потпуно ослобођење од кривичног гоњења учиниоца кривичног дела. Садржина амнестије је двојачко одређена : а) ослобођење осуђеног лица од даљег издржавања изречене казне и б) замена изречене казне блажом казном.

⁹⁸ М. Бабић, Ново реформисано материјално кривично законодавство Републике Словеније, Годишњак Правног факултета у Бања Луци, Бања Лука, број 20-21/1996-1997. године, стр. 25-57

⁹⁹ The Criminal code of Republic Tajikistan, Official text, Dushambe, 2000. године, стр. 34

¹⁰⁰ М.И.Коржанскиј, Популарниј коментар Криминолногу кодексу, Киев, 1997. године, стр.56

¹⁰¹ Криминалниј кодекс Украјини, Верховна рада Украјини, Официјне виданиа, Киев, 1997. године, стр.44-45

*Prof. Dragan Jovašević, PhD
Faculty of Law in Niš*

**THE NOTION, CHARACTERISTICS AND CONTENT
OF OBLIVION IN CRIMINAL LAW**

Summary

The amnesty is the old act in the form of law with which to the undetermined number of persons is given the divestment of the criminal persecution, complete or partial divestment of the punishment execution, the sentenced punishment is replaced with the smoother one, is given the rehabilitation or repealed some or all legal consequences of the sentence or are repealed the safety measures: the prohibition of making the phone calls, activities and duties, the prohibition of driving the motor vehicle and the deportation of the foreigner from the country (the article 109. Criminal code of the Republic of Serbia). In this paper the author has analysed a notion, characteristics of amnesty in Serbian and comparative criminal law.

Keywords: *criminal offence, code, actor, criminal sanction, divestment, oblivion*

Проф. др Владимир Серјевић,

UDK: 338.5(497.11+4-672EU)

Правни факултет Универзитета у Нишу;

Вања Серјевић, судијски помоћник Трговинског суда у Нишу

***ПРАВНИ ОСНОВИ ФОРМИРАЊА ЦЕНА У СРБИЈИ И
ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ ПРАВНИ ОСНОВИ ФОРМИРАЊА ЦЕНА
У СРБИЈИ И ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ***

Апстракт: Пажња аутора у овом раду усмерена је на формирање цена на слободном тржишту. Најпре, они укратко приказују садржај Закона о ценама у Републици Србији. Потом, врше његову анализу и излажу своје примедбе и сугестије на поједине одредбе и недостатке Закона. Најзад, указују на правне основе и правце формирања цена у Европској унији. Овим дају допринос побољшавању правних одредби и ефективности поменутог закона.

Кључне речи: цене, формирање цена, регулација и контрола цена.

I

1. Општи правни основ формирања цена у нашој земљи пружа Закон о ценама, који је донет 2005. године.¹ Према овом закону, за највећи број производа и услуга цене се формирају слободно, према условима тржишта. Али, уз следећа два ограничења. Прво, привредни субјекти се међусобно не могу договарати о ценама, вршити поделу тржишта и нарушавати конкуренцију. И друго, не могу исти производ на тржишту у датим условима продавати по различитим ценама. Од овог другог ограничења може бити одступања, која се регулишу посебним прописом.

Под ценом се сматра новчана вредност за јединицу производа односно услуге. Такође, и тарифа и накнада.

У условима слободног формирања цена, држава преко извршне власти (влада) обезбеђује стабилност тржишта и цена и спречава нарушавање конкуренције – пре свега мерама економске политике.

Помоћ влади у области цена пружа министарство надлежно за послове трговине. Када је реч о економској политици, оно:

1. прати и анализира кретање цена појединих производа и услуга на домаћем и светском тржишту и њихов утицај на стабилност тржишта и цена, као и животни стандард становништва;²

2. анализира дејства мера економске политике на ниво цена, односе цена и снабдевеност тржишта; као и

3. предлаже мере економске политике за одржавање стабилности тржишта и цена.

Ово министарство, када су у питању цене, обавља углавном стручне послове за потребе владе. Затим, врши и управни надзор цена. Овај надзор остварује преко тржишне инспекције.

2. За мањи број производа и услуга цене се не формирају слободно према условима тржишта. Већ, држава непосредно води одређену регулацију цена. Њена улога овде одређује се посебним прописима.

Тако, она даје сагласност на цене одређених производа и услуга, а на предлог министарства надлежног за трговину и мишљења организације потрошача. Овим путем, цене одређених производа и услу-

¹ Закон о ценама, Сл. гл. РС, бр. 79/2005.

² У вези с тим, министарство надлежно за послове трговине одређује за које производе и услуге привредни субјекти достављају обавештење о ценама.

га се у извесној мери држе под контролом. Односно, у извесној мери се штити животни стандард становништва.

Затим, *за одређене производе и услуге*, на предлог поменутог министарства, влада *утврђује критеријуме формирања и одређивања цена*.

Најзад, она *може и утврђивати цене појединих производа на основу трошкова за њихову производњу и цена на домаћем и светском тржишту*. Овде се руководи уредним снабдевањем тржишта, а реч је пре свега о пољопривредно-прехранбеним производима. И ова мера спроводи се на предлог министарства надлежног за трговину.

Укратко, регулација цена за одређене производе и услуге огледа се у следећем: евиденцији цена, сагласности на цене, утврђивање критеријума за формирање и одређивање цена, као и утврђивању износа цена.

3. Законом је утврђена и *могућност прописивања привремене мере*. Она се уводи када мере економске политике у области цена не дају одговарајући резултат. Односно, када наступе значајни поремећаји у производњи и промету, као што су: елементарне непогоде, монополистичко образовање цена и злоупотреба доминантног положаја на тржишту, поремећаји на светском тржишту и друге ванредне околности.

Врсте или облици привремене мере нису поименице наведене, али се вероватно ради о: одређивању цена, забрани извоза, промени руководства (државних) предузећа, промени организационе структуре предузећа (монопола) и другим. Она се ограничава временски на период од шест месеци. Изузетно, може се и продужити, „... ако поремећај ... није отклоњен у року ... и ако тај поремећај може да изазове теже последице по живот и здравље и социјалну сигурност становништва и несметан рад привредних субјеката, установа и других правних лица.“³

Привремену меру за поремећај у производњи и промету на територији једне локалне самоуправе прописује надлежни орган те јединице.

³ Види, Исто (1), чл. 12.

На основу извршеног кратког приказа Закона о ценама, и на основу његове економске анализе, изложимо даље наше основне примедбе и сугестије.

II

1. Као општи правни акт, Закон о ценама представља значајну основу формирања цена и стабилизације тржишта. Без овог закона привредни субјекти не би имали орјентацију у формирању цена. Извесну орјентацију пружале би им само одредбе у вези са ценама у неким другим законима, а посебно у законима којима се врши заштита конкуренције и заштита потрошача.

2. Формирање цена производа и услуга у функцији је остваривања стабилности тржишта и цена. Међутим, у Закону се не помиње и потреба остваривања паритета цена, као значајне претпоставке поменуто стабилности. Формирање цена врши се у условима инфлације, која је много виша него ли у земљама ЕУ. Према томе, то је динамички процес који би могао у значајној мери да нарушава извесне паритете. У вези с тим, у случају производа и услуга чије се цене слободно формирају на тржишту, требало је у Закону указати привредним субјектима на основне стандарде односно оквира формирања појединих елемената цене. Рецимо, обрачуна амортизације у оквиру прописаних (минималних и максималних) стопа амортизације, трошкова енергената и репроматеријала на бази тржишних набавних цена, зарада запослених највише до 1/3 изнад републичког просека итд.

3. Закон искључује могућност договора привредних субјеката о ценама. С тим је онемогућена извесна регулација и стабилизација тржишта и цена која се може вршити мимо државе. Истичемо овде три случаја договора о ценама који могу бити у друштвеном интересу.

Прво, договор о ценама произвођача који производ остварују у међусобној кооперацији. Реч је овде о цени готовог производа и ценама полупроизвода који чине тај производ. Договорене цене у овом случају одређују се на дужи рок – нпр. у року од шест и више месеци – чиме оне постају параметри којима се произвођачи у том року прилагођавају. На тај начин се врши стабилизација тржишта и цена,

што је у општем интересу, а држава би могла да врши контролу тако договорених цена путем њихове евиденције и давања сагласности на њихове износе.

Друго, договор о ценама између производног и трговинског предузећа за производе који се заједнички креирају према захтевима тржишта. За трговинско предузеће, које најбоље познаје захтеве купаца, то су ексклузивни производи које пласира на тржишту. Са оваквим производима производно и трговинско предузеће, уз заједнички ризик, остварују заједнички приход.

Договорене цене заједничких производа између производних и трговинских предузећа произилазе из повезивања производње и трговине ради прилагођавања производње захтевима купаца и потрошача, као и ради спречавања хиперпродукције и могућности појаве рецесије. То води стабилности тржишта. Затим, и стабилности цена, јер се оне договарају на дужи рок. И ове цене могле би да буду под извесном државном контролом, исто као у претходном случају.

И треће, јавни договор о ценама између произвођача у оквиру једне делатности. Такав договор вршио би се у оквиру организације произвођача (њихове коморе) и уз присуство и учешће представника организације потрошача и министарства надлежног за трговину. Пре свега, он би се заснивао на прилагођавању и пројекцији понуде и тражње на домаћем тржишту, договору о пројекцији економског положаја делатности, пројекцији њеног учешћа на страном тржишту и слично. Све то чини елеменат и допринос остваривању привредне стабилности и стабилности цена у земљи.

4. Посебно питање формирања цена је њихово стално повећање у условима инфлације.

Општи је интерес да се повећање прихода привредних субјеката остварује на бази већег обима производње и реализације, а не спекулативно на основу повећања цена. Већа производња значи већу потрошњу и повећање корисности и благостања потрошача. И даље, значи остваривање веће запослености и привредног раста. Цене морају бити у функцији тога.

Повећање цена у условима инфлације је нужно, да се не би погоршао економски положај привредних субјеката. Међутим, са повећањем цене једног производа не може се вршити захватање тзв. потрошачког вишка. Исто тако, не може се „освајати“ повећање плате-

жно-способне тражње, те успоравати и задржавати његов обим производње.

Потрошачки вишак је сума разлика између цена које су потрошачи (као купци) спремни да плате један производ на тржишту – тзв. резервацијских цена – и његове стварне цене. Резервацијске цене су вредности на линији тражње. Насупрот томе, произвођачки вишак је сума разлика између цене и вредности на линији понуде производа. Потрошачки и произвођачки вишак су у равнотежи, а такође и цена, код подударана и усклађености понуде и тражње. Подизањем цене (изнад њеног равнотежног нивоа) произвођачи присвајају део потрошачког вишка. Они то остварују у датим условима и путем продаје истог производа по различитим ценама.

Под утицајем инфлације повећавају се номинално доходи потрошача (зараде, пензије, социјална примања, приноси по основу власништва и други). Односно, долази до номиналног повећања износа платежно-способне тражње. Поред тога, повећање платежно-способне тражње врши се и реално, под утицајем раста продуктивности рада (у првом реду, на основу повећања зарада запослених).

Пораст или прираст платежно-способне тражње за извесном робом може се „освојити“ (од стране произвођача) шпекулативно, повећањем цене уз мање или веће задржавање обима производње. (Под задржавањем обима подразумевамо остваривање истог обима производње. Или, његово недовољно повећање односно повећање у мањој мери у односу на повећање реалног износа платежно-способне тражње.) Ово су негативне појаве. Због тога се код повећања цена у условима инфлације оне морају сузбијати.

Прекомерност повећања цене једног производа може се утврдити на основу коефицијената повећања цене – $(КПЦ)_1$ и $(КПЦ)_2$ – који се израчунавају помоћу следећих образаца:

$$(КПЦ)_1 = \frac{\%Ц - (\%О + \%И)}{\%Ц};$$
$$(КПЦ)_2 = \frac{\%Ц - \{\%О + (\%РТ \times РТ / Т)\}}{\%Ц}.$$

Где су: %Ц – стопа раста цене датог производа; %О – стопа повећања његовог обима производње; %И – стопа пораста општег нивоа цена, инфлације; %РТ – стопа раста репрезентативних трошкова производње датог производа; РТ – износ репрезентативних трошкова производње (овог) производа; Т – износ укупних трошкова производње производа.

Репрезентативним трошковима називамо, овде, трошкове чијим изразитим растом се у предузећу правда поскупљење производа.

Збир стопа раста обима производње и инфлације, (%О + %И), израз је овде основане или разложне стопе раста прихода по јединици производа.⁴ Стопа раста цене, %Ц, израз је раста прихода по јединици производа независно од поменутих основа (%О и %И). У случају да предузеће повећање цене правда растом репрезентативних трошкова, збир стопе раста обима производње и кориговане стопе раста репрезентативних трошкова (%О + %РТ × РТ / Т) намеће се као израз основане или разложне стопе раста прихода по јединици производа.

Ако су вредности коефицијената (КПЦ)₁ и (КПЦ)₂ веће од нуле, привредни субјекат врши прекомерно повећање цене производа – утолико више што су оне веће.

Задржавање обима производње једног производа посредно указује на прекомерност повећања његове цене. Због тога се и оно сагледава. Може се утврдити на основу коефицијента еластичности производње (КЕП), који се израчунава према обрасцу:

$$\text{КЕП} = \frac{\%О}{\%Ц - \%И}.$$

Значење симбола у овом обрасцу исто је као и код претходно наведених. Позитивна разлика између стопе раста цене и стопе раста инфлације (%Ц – %И) израз је стопе раста реалне платежно-способне тражње по јединици производа. Коефицијент КЕП показује пла-

⁴ Тачније, основана или разложна стопа раста прихода по јединици производа израчунава се према обрасцу: %О + %И + (%О × %И / 100). Међутим, ми смо овде њен додајни износ у изразу %О × %И / 100 занемарили због његове минорности односно минимуса.

тежну еластичност обима производње. Ако је његова вредност мања од јединице, то значи да је присутно задржавање обима производње. На бази ове вредности може се утврдити у којој мери се врши његово задржавање.

Држава мора имати улогу контроле и сузбијања прекомерног повећања цена и задржавања обима производње. (Истичемо овде да најчешће монополисти први и у највећој мери подижу цене својих производа и врше задржавање њиховог обима производње.) Она би ту улогу могла да остварује на основу захтева организације потрошача, као и захтева релевантних политичких организација. Исто тако, и на основу потреба на које указују анализе министарства надлежног за трговину о кретању цена.

5. Према Закону о ценама, ценом се сматра и тарифа и накнада. На цене за крајње купце веома значајан утицај имају трговачке марже. У вези с тим, требало је у Закону регулисати утврђивање ових маржи у циљу спречавања тзв. верижне трговине.⁵ На пример, указати да верижна трговина није дозвољена, а да се изузетно у случајевима њене појаве мора тражити сагласност цена (у овом случају, сагласност државе на износе маржи посредника у робном промету).

III

1. Различити су облици вештачког утицаја на висину цене на отвореном тржишту – тржишту слободне конкуренције. Најизразитији и, уједно, најопаснији, облик утицаја на цене је преко тзв. ценовних картела – отворених или прећутних споразума конкурената о висини продајне цене производа. У свим националним правним системима развијених земаља, као и у праву Европске Уније, овакви споразуми су изричито забрањени.⁶ Овде треба посебно нагласити

⁵ Под верижном трговином сматра се убацивање више непотребних посредника у робном промету, који зидањем односно мултипликацијом маржи (својих накнада) увећавају цену производа.

⁶ Видети: чл. 81. Уговора ЕУ. У значајном броју земаља, учествовање у картелу је кривично дело, па директорима и другим одговорним лицима у правном лицу (привредном субјекту-учеснику картела) могу бити изречене следеће санкције: мера забране обављања функције директора и органа управљања, новчана казна и

да појам споразума има шире значење, јер укључује и усаглашену праксу пословања конкурената, као и одлуке удружења привредних субјеката. У пракси примене комунитарног права заштите конкуренције, европски судови су заузели став да су одлуке удружења привредника о утврђивању заједничког ценовника, минималних мало-продајних цена производа или продајних квота чланова удружења, забрањене.⁷ И то, без обзира на формални облик таквих одлука (меморандум, препорука, статут удружења, итд).⁸

На став о забрањености таквих одлука удружења не утиче ни чињеница да је држава, директно или преко надлежне институције са јавноправним овлашћењима, одобрила тарифу која обавезује чланове удружења.⁹ Такође, ни чињеница да је удружење конституисано на основу закона, чак ни да поједине чланове удружења именује држава или неки други облик јавне власти (територијална јединица, јединица локалне самоуправе). Међутим, одлуке таквих тела (удружења) неће бити забрањене уколико је у поступку њиховог доношења у довољној мери задовољен јавни (општи) интерес.¹⁰

Неки правници се, међутим, залажу за флексибилнији приступ. Нарочито, када је реч о удружењима чији су чланови конкуренти на тржишту са изразито ниским степеном концентрације. Односно, када је реч о удружењима са великим бројем чланова. Тада је договор о производним квотама и ценама предуслов одржавања стабилности тржишта, које би, у одсуству координације пословних одлука конкурената, постало „презасићено“ услед хиперпродукције.¹¹

казна затвора. Видети, на пример: UK Competition Act 1998, ss. 42-4; 15. U.S. Code sec. 1 (Sherman Act 1890).

⁷ Бројне су одлуке Комисије ЕУ и судова (Европског суда прве инстанце и Европског суда правде) у оваквим случајевима. Видети, на пример: Case 246/86, *Re Roofing Felt Cartel: BELASCO v. Commission* (1989) ECR 2117, (1991) 4 CMLR 276.

⁸ Задруге, као облици удруживања индивидуалних пољопривредних произвођача, остају изван исказаних општих ставова о природи одлука удружења привредних субјеката.

⁹ Jones, Alison and Suffrin, Brenda: „EC Competition Law – Text, Cases, and Materials“, second ed., Oxford University Press, New York, 2004, стр. 150.

¹⁰ *Ibid.*, стр. 147.

¹¹ Posner, A. Richard: „Antitrust Law“, 2nd ed., The University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 165.

Посебан облик утицаја на цене представљају тзв. вертикални споразуми о малопродајној цени производа. Реч је о споразумима између произвођача и дистрибутера, односно, између дистрибутера и трговаца на мало.¹² И то, како одређивањем висине малопродајне цене, тако и одређивањем минималног или максималног износа те цене. Штавише, не само одређивањем, већ и препоруком такве цене, ако једна уговорна страна, користећи се својим монополским положајем, ову „препоруку“ намеће другој страни као обавезу.

У већини земаља овај облик договарања цене је забрањен.¹³ Сматра се да представља погодно тло за договарање о висини великопродајне цене између произвођача истих или заменљивих производа (хоризонтални споразуми – картели), као и за онемогућавање приступа тржишту новим конкурентима (затварање тржишта, *prevention of entry*). С друге стране, признаје се да одређивање малопродајне цене производа може имати и позитивне тржишне ефекте, као што су: одсуство двоструког урачунавања профита (*double mark-up*) са ефектом „преливања“ (*spillover*) на потрошаче преко малопродајне цене која је већа од оптималне; мотивисаност трговаца на мало да улажу у рекламу и презентацију производа, искључењем могућности да ће користити од тог улагања имати трговци-конкуренти који нуде производ по нижој цени (*free-riding*).

Трећи облик утицаја на цене производа на отвореном тржишту тиче се дискриминације – произвођач који има тржишну моћ наплаћује различите цене за исти производ под истим условима продаје (*price discrimination*). Циљеви такве стратегије одређивања продајне цене могу бити различити. Најчешће су резултат одлуке произвођача да се на одређеном тржишту интегрише вертикално, тако што ће организовати сопствену мрежу дистрибуције производа. Међутим, ова дискриминација може бити и резултат принуде једног или неколико трговаца на велико који имају тржишну моћ (тзв. моносон). Као меру изнуде уговора, такви купци производа на велико за себе

¹² Општеприхваћени назив за ову врсту споразума је: „Resale Price Maintenance – RPM“.

¹³ OECD, Policy Roundtables: *Resale Price Maintenance*, 1997 (OCDE/GD(97)229). Споразум о висини малопродајне цене дозвољен је у извесном броју земаља, али само за поједине производе – нпр. књиге и остале публикације, лекове.

уговарају већи рабат од уобичајеног. Овај облик принуде изричито је забрањен у америчком праву, при чему Федерална тржишна комисија има овлашћење да утврди услове под којима се већи рабат може одредити, и то путем утврђивања количине производа (појединачних или по врсти) која оправдава разлику у цени.¹⁴

Сви напред наведени облици утицаја на цене предмет су испитивања и кажњавања на основу прописа о заштити конкуренције.¹⁵

За поједине врсте робе, међутим, може постојати државни или јавни интерес утицаја на цене. Реч је о производима широке потрошње чије поскупљење има негативан утицај на животни стандард становништва. Или, о тзв. стратешким производима (нафта, гас, вода, угаљ, челик) за које постоји интерес државе за одређивање цене и предузимање других мера утицаја на производњу, увоз и извоз производа, као што су: државни монопол, уступање ексклузивних и специјалних права трговине ограниченом броју привредних субјеката. Тржиште производа широке потрошње је отворено тржиште које, под законом прописаним условима, може бити предмет уплива администрације. Али, чак и у таквим околностима, пословање привредних субјеката подложно је правилима отвореног (конкурентног) тржишта. Тржишта која су, с друге стране, опредељена утицајем државног монопола или пословања једног или ограниченог броја привредних субјеката, могу, под одређеним условима, бити изузета од примене права заштите конкуренције.

2. Административно одређивање цене производа широке потрошње је, у ужем смислу, национално питање држава-чланица Европске Уније. Тако је, на пример, у Великој Британији питање контрола цена производа широке потрошње у надлежности Државног секретара, према одредбама Закона о ценама (*The Prices Acts 1974 and 1975*). Реч је о животним намирницама чију производњу субвенционисе држава, као и о свежој (непрерађеној) храни – производима пољопривреде, хортикултуре и плодовима река и мора. Трговци на

¹⁴ Title 15 USC 13. *Discrimination in price, services, or facilities* (Robinson-Patman Act 1936).

¹⁵ Европска Унија – члан 81. и 82. Уговора ЕУ, Велика Британија – Competition Act 1998; САД – Sherman Act (15 U.S.C. §§ 1 *et seq*), Clayton Act (15 U.S.C. §§ 12 *et seq*), Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. §§ 41 *et seq*); Република Србија – Закон о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 79/2005).

мало дужни су да воде евиденцију о продајним ценама ових производа и да је, по наредби Секретара, пруже на увид овлашћеним лицима у поступку контроле цена. У поступку оцене тржишних услова производње и продаје ове групе производа, Секретар има обавезу консултовања заинтересованих репрезентативних организација произвођача и трговаца. Пре доношења наредбе о утврђивању висине цене, Секретар ће размотрити њихове интересе, као и очекивани ефекат намераване мере на профитабилност сектора. Уколико утврди, на основу спроведених консултација и анализе тржишта, да су за то испуњени услови, утврдиће малопродајну цену производа. Тачније, ограничиће је до висине прописане набавне цене производа увећане за прописани износ трговачке марже. Секретар има значајна овлашћења у поступку контроле и кажњавања субјеката који не поштују наредбу. У том смислу, требало би размислити о озбиљној редакцији Закона о ценама, у делу одредаба које треба да обезбеде ефективни механизам доношења одлуке о висини цене, контроле спровођења те одлуке и кажњавања за њено непоштовање.¹⁶ Ипак, мишљење је аутора да потпунији законодавни модел уређења питања административне контроле цена пружа словеначки Закон о контроли цена.¹⁷

У ширем смислу, политика цена робе широке потрошње део је заједничке-комунитарне политике ЕУ у области пољопривреде.¹⁸ Је-

¹⁶ У Србији је донета Одлука о образовању Радне групе за сагледавање начина формирања и висине цена основних животних намирница („Службени гласник РС“ бр. 104/2007). Задаци Радне групе су: анализирање тржишта малопродаје у циљу сагледавања стања малопродајних цена, марже и рабата узимајући у обзир намирнице које чине минималну потрошачку корпу; вршење упоредне анализе цена животних намирница у региону; предлагање одговарајућих мера. Одлука је на снази од 17.11.2007. године, али до дана писања овог рада није било јавно објављених резултата рада Радне групе, још мање формалних одлука Владе, у складу са Законом о ценама. Може се, с тога, закључити да су одредбе Закона о ценама *de facto* неефективне. Висина маржи у Србији је, у међувремену, у домену спекулација појединаца и медија. О томе видети чланак објављен у дневном листу „Политика“ 10. септембра 2008. године, под називом: „Мистерија српских маржи“, на страни 14.

¹⁷ Zakon o kontroli cen – uradno prečišćeno besedilo (ZKC-UPB1), „Uradni list RS“, št. 51/2006 z dne 18.05.2006.

¹⁸ О томе видети: Articles 32-38 of the Treaty establishing the European Community (Title II – „Agriculture“); Article 2 of the Council Regulation (EC) No 1184/2006

дан од циљева те политике односи се на обезбеђивање доступности ових производа потрошачима по приступачним ценама. Мере које су у надлежности ЕУ ради постизања прокламованих циљева, подразумевају, пре свега, контролу цена, помоћ у производњи и продаји производа, чувању и транспорту производа, као и заједничке механизме стабилизације увоза и извоза. Одредбом чл. 34. ст. 2. Уговора о оснивању ЕЗ изричито је предвиђено да ће се заједничка политика цена у области пољопривреде заснивати на јединственим критеријумима и једнообразним методима калкулације. Такође, у одредби чл. 36. Уговора изричито је прописано да општа правила о заштити конкуренције важе само у ограниченим оквирима које дефинише Европски Савет уредбама, директивама и одлукама које доноси у процесу обликовања заједничке политике у области пољопривреде.

Уредбом Савета бр. 1255/1999 од 17. маја 1999. год. регулисана је заједничка организација тржишта млека и млечних производа.¹⁹ Уредбом су прописани различити облици мера које ће ЕУ примењивати у циљу очувања стабилности тржишта и повећања животног стандарда пољопривредних произвођача. Прву групу мера чине тзв. мере подршке продаје (пласмана) производа – *market support*. То су следеће мере: откуп производа (*buying into intervention*) од стране дирекција за робне резерве (*intervention agencies*) по јединственом систему цена (*single price system*) и помоћ-субвенционирање трошкова коришћења приватних складишта за чување производа. Друга група мера преузима улогу тек након што су првом групом мера постигнути предвиђени циљеви стабилности тржишта. Ради се о финансијској помоћи (*income support*) индивидуалним произвођачима исплатом премије за млеко (*dairy premium*). Висина премије одређује се према заједничким критеријумима, а на основу референтних количина производње индивидуалног произвођача. Укупан износ премија мора бити у границама међународних обавеза ЕУ и буџетских оквира, до укупног износа референтних количина одређених за сва-

of 24 July 2006 applying certain rules of competition to the production of, and trade in, agricultural products; Council Regulation (EC) No 1255/1999 of 17 May 1999 on the common organisation of the market in milk and milk products.

¹⁹ Council Regulation (EC) No 1255/1999 of 17 May 1999 on the common organisation of the market in milk and milk products, „Official Journal of the European Communities“, L 160, 26.6.1999, p. 48.

ку државу-чланицу појединачно (*Member States' total reference quantities*). Имајући у виду посебности националне организације тржишта у оквиру заједничке политике ЕУ, дозвољена је, под утврђеним критеријумима, исплата допунских премија (*premium supplements*) и додатна исплата по хектару површине пашњака (*additional area payments*).

Слични, али и специфични, механизми контроле тржишта и цена пољопривредних производа предвиђени су појединачним уредбама Савета за сваки производ или групу производа који су предмет заједничке организације тржишта.²⁰ Општи оквири и механизми те контроле дати су у Уредби Савета 1234/2007 од 22. октобра 2007. год. о заједничкој организацији тржишта пољопривредних производа и посебним одредбама за поједине пољопривредне производе.²¹

3. Посебан облик утицаја на цене тиче се тзв. природних монопола (*natural monopolies*). Реч је о тржиштима производа и услуга који су везани за одређени облик инфраструктуре, или „мреже“, на пример: нафтовод, гасовод, дистрибутивна мрежа електричне енергије, водовод, телекомуникациона мрежа, железничка мрежа, и тако даље. Дистрибуција производа или пружање услуга посредством „мреже“ подразумева велика иницијална улагања у изградњу инфраструктуре и трошкове одржавања система. Из тог разлога, с обзиром да није економски и социјално прихватљиво „дуплирати“ мрежу, такве привредне делатности условљавају специфичну структуру и организацију тржишта. Тржиште је под утицајем монопола, најчешће, државног, нарочито када је реч о производима и услугама у домену делатности „од општег економског интереса“.²² Оно је под ограниченим пољем примене права заштите конкуренције која важе за остале привредне субјекте. Ограничење важи само у мери у којој би примена тог права угрозила уредну снабдевеност тржишта и испу-

²⁰ То су производи са Листе производа на које се односе одредбе чл. 33-38. Уговора о оснивању ЕЗ. Листа је објављена у Анексу I уз Уговор.

²¹ Council Regulation (EC) No 1234/2007 od 22 October 2007 establishing a common organisation of agricultural markets and on specific provisions for certain agricultural products (Single CMO Regulation), OJ L 299, 16.11.2007, p.1.

²² Видети: Commission Communication, Services of general interest (1996) OJ C281/4, и: Sierra, Jose Luis Buendia: „Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law“, Oxford University Press, New York, 2004, страна 282-283 (8.45).

њавање утврђених циљева и услова пословања.²³ Исто ограничење примене општих правила о заштити конкуренције односи се и на монополе који су важан извор буџетских прихода (*revenue-producing monopolies*), као што су, на пример: дуван, шибице, алкохол, нафта.

У сваком случају, национални систем контроле цена који се једнако примењује на домаће и на увозне производе (нпр. одлука надлежног органа државе-чланице, донета у складу са националним прописима, о утврђивању минималног износа малопродајне цене нафтних деривата) није противан одредби чл. 25, 28. и 29. Уговора о оснивању ЕЗ о забрани увођења квантитавних и других ограничења са истим ефектом на увоз и извоз производа. Међутим, такав систем контроле цена ће бити противан начелу слободног протока робе и услуга на јединственом тржишту ЕУ, уколико има ефекат којим се увозни производ ставља у неравноправни положај у односу на домаћи производ (тако што се, на пример, отежава дистрибуција и продаја увозних производа, или се поништава њихова конкурентност заснована на нижим трошковима производње и/или дистрибуције).²⁴

Последње деценије је обележио интензиван процес либерализације тржишта природних монопола.²⁵ Тај процес одликује регулација услова приступа мрежи, капацитета мреже, цене коришћења мреже и услова обављања делатности. У случајевима ограничене либерализације тржишта (тржишта високе концентрације „покривена“ ограниченим бројем субјеката којима је држава уступила тзв. специјална права), неопходно је утврђивање критеријума за обрачун малопродајне цене производа у циљу стабилизације тржишта, нарочито када је реч о делатностима од општег интереса. Критеријуме за одређивање тарифе (малопродајне цене) и сагласност на предложеном тарифу утврђује (даје) надлежни регулаторни орган.²⁶

²³ Члан 86. став 2. Уговора о оснивању ЕЗ.

²⁴ Case C-231/83.

²⁵ Видети, на пример, следеће акте ЕУ: Commission Directive (EC) 96/19 amending Directive (EEC) 90/388 with regard to the implementation of full competition in telecommunications markets (1996) OJ L 74/18; Council Regulation (EEC) 2408/92 on access of Community air carriers to intra-Community air routes (1992) OJ L 240/8. Такође: *SWIFT, XXVIIth Report on Competition Policy* (Commission, 1997), 143.

²⁶ У области енергетике, према домаћем Закону о енергетици, Агенција за енергетику, као регулаторно тело, утврђује и објављује методологије за одређивање тарифних елемената за израчунавање цене – приступа и коришћења система за

Потпуна либерализација тржишта, с друге стране, ствара услове за конкуренцију на основу квалитета услуге и уштеда у трошковима. Накнада за коришћење мреже представља почетни издатак субјекта који се први пут појављује на датом тржишту. У том смислу, у почетном периоду пословања ових субјеката не може се очекивати озбиљна конкуренција нижом ценом производа. Услове равноправне конкуренције корисника мреже у каснијем периоду треба обезбедити правилном прерасподелом делова мреже. Неки делови мреже (нпр. железничке линије) биће профитабилнији од осталих. Битно је обезбедити услове равноправне конкуренције на свим профитабилним деловима мреже, док би се општи интерес функционисања непрофитабилних делова обезбедио директним субвенцијама државе.²⁷

транспорт природног гаса; приступа и коришћења система за дистрибуцију природног гаса; природног гаса за тарифне купце; приступа и коришћења система за пренос електричне енергије; приступа и коришћења система за дистрибуцију електричне енергије; електричне енергије за тарифне купце. На основу ових методологија, Агенција утврђује тарифне системе на које Влада даје своју сагласност. Тарифни системи представљају начин изражавања и обрачунавања цена. На основу њих, енергетска предузећа обрачунавају своје цене и предлог достављају Агенцији, а по прибављеном мишљењу Агенције, упућују га Влади Републике Србије на сагласност. (Извор: Вести објављене у електронском часопису „Параграф-нет“ - а, бр. 2006/238 од 15.8.2006. и 2007/250 од 5.2.2007).

²⁷ Sierra, Jose Luis Buenida: „Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law“, Oxford University Press, New York, 2004, стране: 299 (8.108), 314 (8.167) и 329 (8.215).

*Vladimir Serjević, LL.D, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš
Vanja Serjević, LL.B, Judge's Assistant, Commercial Court, Niš*

**LEGAL FOUNDATION OF PRICE MAINTENANCE IN
THE REPUBLIC OF SERBIA AND EUROPEAN UNION**

Summary

The authors' focus in the article is on the price maintenance on the free market. First, they briefly present the contents of the Serbian Prices Act. Then, they analyse it and state their objections and propositions with regard to specific provisions and deficiencies of the Act. Lastly, the authors point to the legal foundation and modalities of price maintenance in the European Union. By the merits of that comparison, they make their contribution to much-needed improvements in provisions and effectiveness of the Serbian Prices Act.

Keywords: *prices, price maintenance, regulation, price control.*

Доц. др Предраг Цветковић
Правни факултет, Универзитет у Нишу

UDK: 339.54:061.1(100)

УЛОГА СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ У РАЗВОЈУ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

„Није реч о томе да ли је или не потребан глобални регулаторни оквир међународне економске размене, већ какве су његове пожељне карактеристике као средства решавања постојећих проблема“

Паскал Лами,

Генерални директор Светске трговинске организације
септембра 2008

Апстракт: *Ratio legis* међународног права конкуренције је могућности да конкуренција на националном тржишту буде ограничена или нарушена радњама и понашањима која чине правни субјекти под суверенитетом друге државе. Природна последица оваквог стања су напори да се створи систем заштите конкуренције који би био делотворан инструмент на међународном тржишту робе, услуга и новца. Право конкуренције још увек није сазрело за регулисање у форми универзалног обавезујућег међународног споразума. Искуства из активности Светске трговинске организације усмерених ка укључивању права конкуренције у систем права WTO показују две врсте препрека за пуну реализацију наведеног процеса: правнополитичке (бојазан неразвијених и држава у развоју да би правни инструмент универзалног важења био суштински коришћен за нежељену либерализацију њихових тржишта) и структуралне природе (различита природа права конкуренције у односу на право спољнотрговинске размене: док је прво отеловљено у нормама са карактером правних стандарда, друго је засновано на принципу међусобних концесија и

дефинисању права на приступ националним тржиштима). Тренутни застој у развоју права конкуренције као потенцијалног дела права WTO, могао би и морао бити превазиђен креативном интерпретацијом постојећих норми споразума закључених у оквиру Светске трговинске организације, а који својом материјалном садржином могу бити правни основ заштите од нарушавања конкуренције на међународном тржишту. Тиме би се, могуће, дао подстицај за даље напоре у оквиру WTO усмерене ка стварању јединственог међународног права конкуренције.

Кључне речи: WTO, право конкуренције, GATT, GATS, TRIPS.

1. Општа разматрања

Глобализација тржишта условила је потребу државе, међународне заједнице и пословних кругова за установљавањем адекватног правног оквира различитих аспеката привредне активности.¹ Право конкуренције (е. *Competiton law*; *Antitrust law*; н. *Wettbewerbsrecht*) у овом погледу није изузетак. Развијено у националним законодавствима, свој пуни замах доживело је у правним документима којима се уређује пословање у оквиру регионалних економско-политичких интеграција (пример права конкуренције ЕУ). **Објект заштите права конкуренције јесте право на неометано и правично економско надметање, чија је вредност заснована на претпоставкама садржаним у теорији либералног капитализма.** Једна од тих претпоставки је да деловање закона конкуренције омогућава ефикасну алокацију ресурса, развој економије и раст благостања.² Стога су

¹ Усаглашавање правног оквира реализује се у различитим формама и модалитетима. Видети више у: Радомир Ђуровић/Александар Ђирић, Међународно трговинско право-општи део, Ниш, 2005, стр. 38-46.

² Непостојање универзалног правног оквира за право конкуренције креира диспаритет у погледу нивоа отворености националних тржишта, што даље резултира неравноправношћу привредних субјеката. Ова тврдња очигледна је на хипотетичком примеру. Уколико држава А својим правом конкуренције дозвољава бојкот

ови закони вредни правне правне заштите, отеловљене у праву конкуренције.³

Право конкуренције у ширем смислу је систем правних правила и принципа којима се уређује конкуренција два или више предузећа на тржишту. Право конкуренције дели се на: А) правила којима се сузбија, на нивоу превенције или *a posteriori* спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на тржишту; Б) правила којима се сузбија нелојална конкуренција (е. „*unfair competition law*“).⁴

Правила наведена под А) називају се правом конкуренције у ужем смислу. У праву САД ова правила се у својој укупности називају антикартелним правом (е. „*antitrust law*“). Циљ овако схваћеног права конкуренције јесте да се заштити процес конкуренције од ограничења. Тиме се истовремено обезбеђује највиши ниво економске користи коју ефикасно функционално тржиште може да обезбеди. Примарну корист од овакве заштите има друштво у целини. Са друге стране, правила о нелојалној конкуренцији овлашћују приватноправно лице да предузме правне радње против предузећа којима се штети његовим економским интересима. Правила о нелојалној конкуренцији сматрају се блиско окренутим деликтном праву. Међународно право конкуренције има за циљ регулисање односа који припадају праву конкуренције у ужем смислу.

стране робе, док коресподентне норме права државе Б успостављају забрану бојкота, предузеће из државе А је у предности над својим конкурентом из државе Б: предузеће државе А може се ангажовати на бојкоту стране робе без санкција, док предузеће државе Б то не може да чини. Таква констелација води фрустрацији због осећања неправичности. Видети више у: *Mitsuo Matsushita/Thomas Shoebatum/Petros Mavroidis, The World Trade Organization: Law, Practice and Policy, Oxford University Press, New York, 2006*, стр. 885.

³ На овом месту вредно је указати да се уз израз „право конкуренције“ често као синоном користи назив „политика конкуренције“. Наведено изједначавање је погрешно. „Политика конкуренције“ је шири појам и обухвата не само норме права конкуренције, већ и политичке мере које национална регулаторна тела и органи супранационалних интеграција предузимају да би се обезбедила заштита конкуренције на релевантном тржишту. Видети више у: *Alison Jones/Brenda Sufrin, EC Competition Law: Text, Cases and Materials, Second Edition, Oxford University Press New York, 2004*, стр. 1-2.

⁴ Видети више у: *Matijaž Tratnik/Akleš Ferčič, EU Competition Law, TEMPUS Edition, Maribor, 2008*, стр. 8.

2. Међународно право конкуренције

Ratio legis међународног права конкуренције лежи у могућности да конкуренција на националном тржишту буде ограничена или нарушена радњама и понашањима која чине правни субјекти под суверенитетом друге државе. Наиме, сасвим је могуће да стране фирме које иступају на тржишту треће државе установе фактички монопол на том тржишту. У одсуству међународно унификованих правила конкуренције, поставља се питање права државе чије је тржиште угрожено да реагује на одговарајући начин. У праву конкуренције признат је тзв. „принцип ефективног дејства“ (е. „*effect doctrine*“; н. „*auswirkungsprinzip*“). Формулисан први пут у одлуци суда у САД у случају *Alcoa* 1945. године⁵, принцип предвиђа да се национално право конкуренције примењује како на домаћа предузећа, тако и на иностране фирме уколико њихово понашање производи штетне последице на њиховој територији. Националност прекршилаца није од значаја.

Свест о потреби унапређења сарадње држава у процесу спровођења права конкуренције, укључујући и залагање за усаглашавање релевантних правних правила, резултирала је практичним напорима у том смеру. Три су основна правца овог развоја.⁶

А) Анархични приступ полази од претпоставке да основ конвергенције националних правила о заштити конкуренције и даље остаје принцип ефективног дејства, праћен билатералном, политичком и дискреционом сарадњом националних регулаторних тела. Резултат наведеног концепта је „конкуренција националних политика права конкуренције“ и ублажавање билатералних спорова у вези примене права конкуренције путем „политичке“ сарадње.

Б) Концепт „политичке координације“ надограђује анархични приступ залагањем за „процедуралну хармонизацију“ релевантних

⁵ *United States v. Aluminium Co. Of America*, 148 F. 2nd 416, 444 (2nd Cir. 1945). Одлука наведена према: Ulrich Immenga, *Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus*, Juristische Fakultät der Martin Luthar Universität Halle-Wittenberg, Heft 31, 2004, стр. 6.

⁶ Видети више у: Oliver Budzinski, *Die Evolution des internationalen Systems der Wettbewerbspolitiken*, прилог у: *Wettbewerb, Wirtschaftsordnung und Umwelt, Frankfurt am Main*, 2004, стр. 81-100, на стр. 8-83.

националних политика у области заштите конкуренције. „Процедурална хармонизација“ састоји се у дефинисању међународног поступка координације поступања националних регулаторних тела, али без материјалноправне хармонизације: ова хармонизација надомешта се системском мултилатералном кооперацијом;⁷

Ц) Залагање за хармонизацију националних материјалноправних правила о заштити конкуренције дугорочни је циљ залагања за превазилажење унилатерализма у примени права конкуренције (примена националних правних система подржана доктрином „ефективног дејства“).⁸

Сва три приступа могу се у општим цртама препознати и у напорима међународних органа и тела усмереним ка креирању адекватног регулаторног оквира међународног права конкуренције. Генеза и карактеристике ових напора предмет су излагања које следи.⁹

3. Решавање сукоба националних правних система заштите конкуренције

Три су основна модалитета решавања сукоба националних права у погледу регулисања заштите конкуренције. Први је екстеритори-

⁷ Овај приступ заступљен је у активностима тзв. „*International Competition Network*“; видети више *infra* у напомени бр. 11.

⁸ Према нивоу регулисања, право конкуренције садржи норме унилатераног, билатералног, плурилатералног и мултилатераног карактера. О карактеристикама и разликама норми чије је порекло у различитим регулаторним нивоима видети више у: *Ulrich Immenga, op. cit.*

⁹ Упоредноправно посматрано, национални системи права конкуренције деле се на оне који прате принципе и начела на којима се заснива право конкуренције САД, и системе који су засновани на праву конкуренције усвојеном у ЕУ. Први систем (систем САД) карактерише нагласак на кривичноправном процесуирању картела, грађанскоправним споровима владе и приватноправних субјеката, те високим захтевима за надокнаду штете. Са друге стране, право конкуренције ЕУ спроводи се у управном поступку, уз изрицање високих административних казни за понашања којима се нарушава конкуренција на јединственом тржишту Уније. Сваки покушај хармонизације мора, дакле, имати на уму ове различитости. Посебно је значајно да је усаглашавање норми којима се уређује спровођење правила конкуренције (процедурална хармонизација) једнако значајно као и остваривање конвергенције материјалноправних правила.

јална примена националних правила (доктрина ефективног дејства); други је закључивање међународних споразума чији је предмет уређивање материје конкуренције на наднационалном (регионалном, универзалном) нивоу; трећи је успостављање принципа сарадње и координације у конкретном спровођењу закона о заштити конкуренције.

3.1. Екстериторијална примена националних правила

У одсуству постојања универзално применљивог међународног правног оквира за заштиту конкуренције, државе теже „екстериторијалној примени“ сопствених националних правних правила, односно супсумирању понашања у целости или делом извршених у другој држави (са последицом нарушавања конкуренције у домаћој држави) под национално право конкуренције.¹⁰ Тиме се одговара на могућност да транснационалне корпорације, које природом својих активности делују на територијама више држава, учине евазију од примене релевантних националних законодавстава којима се штити конкуренција (на пример, транснационална предузећа са израженим међународним контактима имају способност да докаже за анти-конкурентско понашање из државе у којој је инициран поступак за утврђивање нарушавања конкуренције трансферишу на територију друге државе).

Државе показују тенденцију екстензивне примене домаћег права конкуренције на случајеве рестриктивне „транснационалне пословне праксе“ којом се угрожава конкуренција на националном тржишту. Такав приступ садржи „семе конфликта“ националних јурисдикција. Самим тим је имперфектан и непотпун у функцији средства

¹⁰ Видети нпр: Commission Decision of 3 July 2001 declaring a concentration to be incompatible with the common market and the EEA Agreement Case COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell (notified under document number C(2001) 1746) (2004/134/EC); ICI case (Imperial Chemical Indus, 1000 F. Supp at 504 (S.D.N.Y 1951); Swiss Watch Case -United States v. Imperial Chemical Indus, 105, F. Supp. 215 ; United States v. Watchmakers of Switzerland Info Center, 1965 Trade Cas (CCH, para. 71, 352 (S.D. N. Y 1965; British Airways v. Laker Airways, (1983), 3. WLR 952).
Случајеви „ICI“ и „Swiss Watch Case“ наведени према: Mitsuo Matsushita/Thomas Shoenbaum/Petros Mavroidis, op. cit, стр. 874-877.

борбе против понашања којима се нарушава конкуренција на међународном нивоу. Природна последица оваквог стања су напори да се створи систем заштите конкуренције који би био делотворан инструмент на међународном тржишту робе, услуга и новца. Такав, можда и најзначајнији покушај, јесу напори *WTO* усмерени ка стварању јединственог регулаторног документа којим би се уређивало међународно право конкуренције.¹¹

3.2. Међународни споразуми

Споразуми којима се превазилази унилатерализам у примени права конкуренције (примена националних закона праћена доктрином „ефективног дејства) могу бити закључени на билатералном, регионалном и мултилатералном нивоу.

Билатерални споразуми нису реткост. Индустијски развијене државе често закључују овакве споразуме. Њима се уређују питања координације спровођења политике конкуренције, сарадња регулаторних тела и подстиче њихова кооперација у циљу спречавања негативних последица које понашања предузетника из једне државе могу имати на очување и заштиту конкуренције на територији друге државе.¹²

¹¹ У процес међународноправног уређивања права конкуренције укључио се и ОЕЦД. Улога *OECD*-а је да промовише кооперацију између држава у спровођењу права конкуренције. Видети: *The Labour, Environmental and Competition Issues, CCNM/GF/TR/M (2001)3 (Summary by Rapporteur Jean-Pierre Cling 2001), Centre for Competition with Non-Members, OECD, OECD Global Forum on Trade, Trade Policy Issues, www.oecd.org*. Од значаја је и креирање међународне мреже под називом „*International Competition Network*“-*ICN* (www.internationalcompetitionnetwork.org) која служи као форум и средство за контакте националних регулаторних тела, размену искустава и сарадњу. Члан ове асоцијације, заједно са око шездесет других, је и Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије. Такође, године 1993. независна група експерата из Европе, Сад и Јапана (тзв. „*Münich Group*“) израдила је Предлог међународног анти-монополског кодекса (е. „*Draft International Antitrust Code*“-*DIAC*“) Због обима овог рада, ближа разматрања о природи и концепту деловања *ICN*, као и осталим наведеним пројектима биће остављена за другу прилику.

¹² САД су закључиле такве споразуме са ЕУ, Канадом, Немачком и Јапаном. Споразуми носе назив *Agreement Between the Government of the United States of America and the Federal Republic of Germany Relating to Unilateral Cooperation on*

Регионална регулатива посебно је развијена у праву Европске уније. Поред тога, Северно-амерички споразум о зони слободне трговине (е. *North-American Free Trade Agreement*), такође предвиђа регионалну сарадњу у области права конкуренције.¹³

Када се ради о мултилатералним споразумима, као што је већ речено, нема споразума који би на општи начин уређивао питање заштите конкуренције. Погодан модалитет за овакав споразум могли би бити плурилатерални споразуми, као посебна врста споразума закључених у оквиру одређене економске интеграције. Њихова карактеристика је да стране које су чланице институционализоване економске интеграције могу таквим споразумима приступити, али таква њихова одлука је опциона и није обавезна. Пример таквих споразума су споразуми донети од стране *WTO*.¹⁴

3.3. Позитивно и негативно обавезивање

Позитивно обавезивање (е. „*Positive comity*“) је начело инкорпорирано у великом броју билатералних споразума чији је предмет регулације сарадње у питањима заштите конкуренције. Садржина овог начела је право државе која је страна билатералног споразума (држава тражилац) да од регулаторног тела друге државе уговорнице (замољена држава) захтева спровођење и примену права конкуренције те државе уговорнице у циљу спречавања понашања која се одвијају у замољеној држави, а која воде нарушавању конкуренције у земљи тражиоцу.

Негативно обавезивање (е. „*Negative Comity*“) је обавеза државе уговорнице билатералног споразума да приликом спровођења права конкуренције води рачуна о значајним интересима друге државе уговорнице.¹⁵

Restrictive Business Practise, 23 June 1976; Agreement Between the Government of the United States of America and Government of Japan Concerning Cooperation on Anticompetitive Activities, 7. October 1999, State Department No. 99-137.

¹³ Видети више у: *Thilo Reimers, Probleme und Perspektiven der Internationalisierung des Wettbewerbsrechts, Wien, 2005, стр. 69-97.*

¹⁴ За плурилатералне споразуме као метод залаже се tzv. “Минхенска група”; видети *supra* напомену бр. 11.

¹⁵ Више о овоме видети у: *Alison Jones/Brenda Sufrin, op. cit, стр. 1266-1269.*

4. Право конкуренције и Светска трговинска организација (e. World Trade Organization-WTO)

4.1. Генеза напора

Од самог почетка рада на стварању универзалне светске трговинске организације постојала је свест о потреби укључивања права конкуренције у област регулација. Још приликом рада на Хаванској повељи¹⁶ усаглашено је Поглавље V које је уређивало рестриктивну пословну праксу као што је усаглашавање цена и подела тржишта. Неуспех покушаја стварања Међународне трговинске организације довео је до занемаривања и овог дела Повеље. Са друге стране, на Министарској конференцији у Сингапуру питање регулација конкуренције сврстано је у једно од тзв „Сингапурских питања „¹⁷ Под утицајем пре свега држава ЕУ, формирана је Радна група за испитивање односа између трговинске и политике конкуренције. Мандат ове радне групе је у међувремену проширен на министарској конференцији у Дохи (Катар) на доношење мултилатералног споразума о праву конкуренције.¹⁸ Министарска декларација из Дохе садржи сагласност чланица *WTO* да иницирају трговинске преговоре с циљем

¹⁶ Хаванска повеља је завршни акт Међународна трговинска конференције одржане у Хавани од новембра 1947. до марта 1948. године уз учешће 53 земље. - Учесници Конференције су потписали завршни акт Хаванске повеље. Владало је уверење да ће Повеља ступити на снагу, јер је за то било потребно свега 20 ратификација. Хаванска конференција је одредила Привремену комисију, којој је ставила у задатак да припреми и сазове нову конференцију новоосноване Међународне трговинске организације (ИТО). САД, које су биле иницијатор оснивања ИТО, одбиле су ратификацију Повеље. Представници америчке владе су на заседању ГАТТ-а у Токију изјавили да се Повеља неће подносити Конгресу на разматрање, већ да ће САД убудуће подржавати само ГАТТ. То је био основни разлог за неуспех покушаја стварања универзалне међународне трговинске организације, која би била регулатор новог послератног развоја трговинске размене. Видети више у: Ђуровић/ Ђирић, *op. cit.*, стр. 110).

¹⁷ „Сингапурска питања“ је израз којим се означава процес започет формирањем четири радне групе које су се бавиле питањима јавних набавки, унапређења трговине, трговином и инвестицијама, те питањима конкуренције. Видети више на:

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/bey3_e.htm

¹⁸ Документ у оригиналу носи назив „*Ministerial Declaration on Competition Policy Adopted at the Doha Ministerial Conference in November 2001*“; документ је доступан на сајту: www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm

установљавања нових и разјашњавања постојећих правила. Декларацијом је утврђен став да ће се о наставку преговора државе чланице изјаснити након постизања експлицитног споразума о модалитету преговора (параграф 23 Декларације). Међутим, одлуком Генералног савета *WTO* од 1. августа 2004. године, питање регулисања интеракције трговине и права конкуренције, а самим тим и преговори о међународном споразуму којим би се наведени однос регулисао, искључени су до даљег из предмета разматрања преговора у оквиру *WTO*.¹⁹

Из овог оквирног прегледа може се закључити да право конкуренције још увек није сазрело за трансформисање у међународно усаглашену и јасно структурирану правну форму. Свест да је стварање међународног права конкуренције комплемент регулисању међународне трговине у оквиру *WTO*, којим се гарантује ефикасност либерализације достигнуте преговорима о Светској трговинској организацији, није била довољан подстицај државама чланицама да пристану на укључивање материје заштите конкуренције у систем *WTO*. Два су разлога за овакво стање²⁰:

Прво, заснивање стварања међународног права конкуренције на премиси да је његов циљ заштита трговинских интереса: дискусија о праву конкуренције у *WTO* често претпоставља да је основни разлог постојања Светске трговинске организације заштита слободе међународне трговине и да том циљу има служити и регулисање права конкуренције у оквиру *WTO*. Наведено поимање права конкуренције као инструмента који служи трговинским интересима разлог је забринутости неразвијених и земаља у развоју да ће примарна функција права конкуренције у оквиру *WTO* бити отварање простора предузећима из САД, ЕУ и Јапана за приступ њиховим тржиштима. На први поглед оправдана, **бојазан неразвијених и држава у развоју могла би се превазићи уколико би се кренуло од претпоставке да је право конкуренције комплементаран, а не супсидијаран инструмент регулисања слободе трговине: право конкуренције и право међународне трговине тре-**

¹⁹ Видети: www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm#invest_comp_gpa

²⁰ Видети више у: David J. Gerber, Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship, *Journal of International Economic Law* 10 (3), 2007, стр. 707-724.

бало би делују као једнако легитимни и институционално засновани режими, сваки са својим циљевима и регулаторним методама. Оба сегмента повезана су заједничким циљем: заштитом права конкуренције на међународном тржишту. Разликује их приступ у његовом остварењу: право *WTO* спречава ограничења глобалне конкуренције од стране држава (заштита конкуренције применом начела најповлашћеније нације и националног третмана) док право конкуренције спречава нарушавање конкуренције на међународном тржишту чији су носиоци приватноправни субјекти (најчешће мултинационалне компаније). Исти циљ (заштита конкуренције на глобалном тржишту), остварује се, дакле, различитим, али комплементарним (допуњујућим) средствима.

Други разлог који омета укључивање права конкуренције у систем права *WTO* јесте питање начина и форме тог укључивања. **Инкорпорирање права конкуренције у систем Светске трговинске организације не може бити реализовано кроз класичне трговинске преговоре и коришћењем искључиво „*Quid pro quo*“ начела, које води „реципрочности“ норми *WTO*.** Због чега? Одговор лежи у корену методологије настанка норми *WTO* која је, са друге стране, утемељена у циљевима Светске трговинске организације.

Наиме, систем регулисања међународне трговине се, начелно, бави уређивањем права на приступ тржишту: државе узајамно преговарају о обиму, начину и условима под којима се може ограничити или искључити право државе да суверено забрани, ограничи или на други начин услови стране субјекте да тргују на њеној територији. Уколико једна држава (држава кршитељ) не одобри приступ базиран на концесијама које је дала приликом уласка у *WTO*, друга држава може на основу таквог понашања спречити коришћење права која би, иначе, држава кршитељ имала на њеној територији. Ради се, дакле, о јасно утврђеној обавези чије кршење је релативно лако идентификовати, а потом и санкционисати. За разлику од правила којима се уређује међународна трговина, право конкуренције суштински прописује стандард понашања. Право конкуренције не реализује се кроз право на приступ тржишту, и стога није подложно преговорима о специфичним користима и трошковима за индивидуалне чланице: просто, те користи и трошкови нису мерљиви у моменту преговора.

Горе наведене чињенице не би смеле да буду препрека за даљи рад на укључивању права конкуренције у систем *WTO*. При томе, морају се узети у обзир специфичности како материјалноправног регулисања, тако и процедуре примене права конкуренције.

4.2. Релевантност постојећих норми права *WTO* за установљавање међународно-правног режима заштите конкуренције.

Светска трговинска организација још увек није дефинисала норму права конкуренције у систематизованом документу са карактером мултилатералног или плуратералног споразума. Међутим, у тексту појединих од постојећих споразума из оквира *WTO* постоје норме које, суштински, служе заштити конкуренције на међународном тржишту. Адекватно коришћене и интерпретиране, постојеће норме могу бити важно средство заштите права конкуренције нормама *WTO*.

4.2.1. Одредбе Општег споразума о царинама и трговини

Општи споразум о царинама и трговини (е. „*General Agreement on Tariffs and Trade*“-*GATT*) садржи правила којима се, у ширем смислу, признаје потенцијал заштите конкуренције. Тако члан III ст. 4 предвиђа примену начела националног третмана за робу која се увози са територије једне на територију друге државе чланице, која укључује и гарантовање једнаког поступања са робом у смислу принудних прописа државе домаћина. У ове прописе убрајају се и закони о заштити конкуренције држава чланица. Наведеним чланом санкционисана је како *de jure* тако и *de facto* дискриминација (дискриминација заснована на дискриминаторној примени вредносно неутралних закона).

Одредбе члана XI *GATT*-а о забрани квантитативних ограничења такође може имати дејство норме којом се спречава нарушавање конкуренције. Када је, међутим реч о њеном практичном домету, отворено је питање да ли се индиферентно понашање државе у односу на приватноправне монополске споразуме којима се нарушава конкуренција и њихово толерисање може сматрати мером која је *contra legem* члана XI *GATT*-а: тачније, да ли држава која не спреча-

ва монополске споразуме којима се онемогућава дистрибуција стране робе крши обавезу преузету чланом XI *GATT*-а? Панели и апелациона тела из система решавања спорова СТО²¹ негативно одговарају на наведено питање.²² Стога је и значај наведеног члана *GATT*-а за заштиту конкуренције, барем у садашњој фази његове интерпретације, битно лимитиран.

4.2.2. Одредбе Општег споразума о трговини услугама

Кључне одредбе о заштити конкуренције, када се ради о Општем споразуму о трговини услугама (е. „*General Agreement on Trade in Services-GATS*“) садржане су у члановима VIII и IX Споразума.

Члан VIII предвиђа да, чак и када је установљен монополистички положај даваоца услуга на територији једне државе, његова активност не сме бити супротна начелу највећег повлашћења (утврђеног чланом II *GATS*-а) нити посебним обавезама (е. „*specific commitments*“) преузетим од стране државе чланице *WTO*.²³ Такође, монополско предузеће не може приликом вршења економских активности која су изван гарантованог монопола индиректно користити свој повлашћени положај.²⁴

²¹ О систему решавања спорова у оквиру *WTO* видети више у: Предраг Цветковић, Систем решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације, Право и привреда, 2006, стр. 701-716.

²² Видети Извештај апелационог тела у спору „*Japan – Measures affecting Consumer Photographic Film and Paper*“, WT/DS44/R. Извештај је доступан на сајту www.wto.org.

²³ Видети: ст. 1. члана VIII *GATS*. Дејство наведених одредби Споразума огледа се у следећем: уколико држава чланица додели монопол једној компанији у области пружања услуга на својој територији, та чланица мора осигурати да ово предузеће даје једнак третман свим лицима која желе да користе услуге тог предузећа.

²⁴ Видети: ст. 2. члана VIII *GATS*. Хипотетички пример понашања које се наведеном одредбом спречава јесте следећи: уколико држава чланица одобри монопол једном предузећа у области железничког превоза, уз постојање обавезе да допусти национални третман у области друмског превоза предузећима из других држава чланица *WTO*, мора осигурати да предузеће монополиста не злоупотребава своју монополску моћ у области друмског превоза (коришћење нижих цена у друмском превозу уз губитке који се касније надокнађују у монополској активности-железничком превозу; условљавање коришћења железничког превоза за коришћење услуга друмског превоза исте компаније).

Процедурални аспект заштите конкуренције у *GATS*-у предвиђа обавезу држава чланица да обавесте одговарајуће органе *WTO* о додељивању монополског положаја предузећу на својој територији, као и право Савета за трговину услугама да, на захтев државе чланице која сматра да друга држава чланица крши одредбе члана VIII *GATS*-а, од те друге државе чланице тражи одговарајуће информације.²⁵ Наведене процедуралне радње могу се спровести не само у случају постојања монополског положаја, већ и уколико на тржишту постоји мањи број даваоца услуга (е. „*exclusive service suppliers*“), или држава својим мерама суштински нарушава успостављање конкуренције у одговарајућој области пружања услуга на својој територији.²⁶

Одредба члана IX *GATS*-а, којом се санкционише било каква друга „рестриктивна пословна пракса“, изван оне уређене чланом VIII, *prima facie* обезбеђује као „генерална клаузула“ заштиту конкуренције и у свим другим случајевима нарушавања конкуренције у сектору пружања услуга. Када се, међутим, сагледа њен процесноправни аспект, наведена норма члана IX остаје без дубљег дејства. Наиме, став 2. наведеног члана предвиђа обавезу држава чланица да, на захтев друге државе чланице, приступе консултацијама како би се елиминисала „рестриктивна пословна пракса“. При томе, захтеву друге државе чланице има се дати само пуна пажња и наклоност („*The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to such a request...*“), али без даље конкретне обавезе. Стога је значај ове одредбе у пракси готово у потпуности без значаја. Свесни наведене чињенице, поједини важни сектори из области трговине услугама уређени су протоколима уз Општи споразум о трговини услугама.²⁷

²⁵ Видети: ст. 3-4. члана VIII *GATS*-а.

²⁶ Видети: ст. 5. члана VIII *GATS*-а.

²⁷ Видети : *Fourth protocol to the General Agreement on Trade in Services : /L/20 30 April 1996*; документ је достапа на сајту: http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/4prote_e.htm. Кључне чланице *WTO* (САД, ЕУ, Јапан) су се сагласиле да растуће приватизовање телекомуникационих компанија захтева и одговарајућу анти монополску регулативу. Стога је група за преговоре о базичним - телекомуникацијама, која делује у оквиру *WTO* (е. „*Negotiating group on basic telecommunications*“) саставила тзв. „Reference paper“ (http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm) са антимонополским правилима који је до

4.2.3. Одредбе Споразума о трговинским аспектима интелектуалне својине

Нарушавање конкуренције може бити резултат одсуства или неадекватности правне заштите права интелектуалне својине. Резултат овог става је укључивање правила о заштити конкуренције у Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (е. „*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*“ - *TRIPS*). Кључни је у овом смислу члан 40. Споразума, којим се предвиђа да државе сопственим прописима могу санкционисати праксу којом се ограничава конкуренција и ствара штетни утицај на трговину правима интелектуалне својине и дисеминацију технологија (ст. 1. члана 40). *Exempli causa*, наводи се право државе да усвоји мере против одредби као што су клаузула о искључивом праву на повраћај лиценцираног права (е. *exclusive grant back conditions*), „*in terrorem*“ клаузула (е. „*no contestability clause*“; овом клаузулом се једна од страна уговора чији је предмет право интелектуалне својине одриче права на правну заштиту) и клаузула о везаном преносу патената и (е. „*coercive package licensing*“). Како је наведена еnumerација егземплифкативна, одредба члана 40. ст. 1. не испљује и друге рестриктивне услове уговора о лиценци који могу доћи под удар примене права конкуренције држава чланица. Управо је у томе кључни значај члана 40: успостављање директне везе између *TRIPS*-а и националних права конкуренције. Ипак, *TRIPS* не установљава даље обавезе држава чланица у погледу спречавања анти-конкурентске праксе у вези са трговином права интелектуалне својине. Као и у случају *GATS*-а²⁸, значај одредбе члана 40. ограничен је на расположивост поступка консултација држава чланица, без захтева за усвајањем обавезујуће одлуке. Стога је практични домашај наведене одредбе у битном лимитиран.²⁹

сада имплементирало 77 држава чланица. Оредбе овог документа примењују се у пракси решавања спорова пред органима и телима *WTO*. Видети на пример спор „*Mexico Telecom: MEXICO – MEASURES AFFECTING TELECOMMUNICATIONS SERVICES*“, WT/DS204/R 2. April 2004. Документ је доступан на сајту: www.wto.org. О одредбама *GATS*-а у функцији заштите конкуренције видети више у: *Reimers, op. cit.*, стр. 102-106.

²⁸ Видети *supra* тач. 4. 2. 2.

²⁹ Видети више у: *Reimers, op. cit.*, стр. 101.

5. Закључна разматрања

Право конкуренције још увек није сазрело за регулисање у форми универзалног обавезујућег међународног споразума. Искуства из активности Светске трговинске организације усмерених ка укључивању права конкуренције у систем права *WTO* показују две врсте препрека за пуну реализацију наведеног процеса: правнополитичке (бојазан неразвијених и држава у развоју да би правни инструмент универзалног важења био суштински коришћен за нежељену либерализацију њихових тржишта) и структуралне природе (различита природа права конкуренције у односу на право спољнотрговинске размене: док је прво отеловљено у нормама са карактером правних стандарда, друго је засновано на принципу међусобних концесија и дефинисању права на приступ националним тржиштима). Ниједна од ових препрека, *de lege ferenda*, није несавладива. У овом тренутку развоја, пак, јасно је да позиција *WTO* као носиоца процеса стварања међународног права конкуренције стагнира. Стога пажњу делом треба усмерити и на покушаје других организација и група које предузимају активности у правцу стварања јединственог регулаторног оквира на коме би било засновано међународно право конкуренције (покушаји у оквиру *OECD*-а; напори тзв. „Минхенске групе“). Истовремено, дијалектика правног регулисања међународних економских односа показује да су, у сличним ситуацијама, од кључног значаја прихваћена методологија и концепти интерпретације постојећих правних норми којима се уређује област чије је међународно-правно регулисање суочено са препрекама. Имајући ово на уму, тренутни застој у развоју права конкуренције као потенцијалног дела права *WTO*, могао би и морао бити превазиђен креативном интерпретацијом постојећих норми споразума закључених у оквиру Светске трговинске организације, а који својом материјалном садржином могу бити правни основ заштите од нарушавања конкуренције на међународном тржишту. Тиме би се, могуће, дао подстицај за даље напоре у оквиру *WTO* усмерене ка стварању јединственог међународног права конкуренције. Уз уважавање напора других институција, чији резултати могу бити изузетно корисни и значајни, Светска трговинска организација својом институционалном тежином, правнополитичким залеђем и досадашњим резултатима јесте једини форум из кога се може генерисати реално одрживи и универзално прихватљиви међународни споразум о праву конкуренције.

Predrag Cvetković, LL.D
University of Niš, Faculty of Law

THE ROLE OF WORLD TRADE ORGANIZATION IN THE DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL COMPETITION LAW

Summary

Ratio legis of international competition law is the possibly of distortion of competition on national market, distortion caused by the acts of foreign economic actors (actors who are under the sovereignty of other states). Consequently, the efforts to establish fully sustainable and universally acceptable legal tool for the protection of competition on international market took place. For the time being, it is necessary to conclude that rules of competition law are (still) not eligible to be captured in the single international agreement. The experiences from the different activities conducted in the framework of World Trade Organization with the aim to create a unique and efficient legal framework for competition law rules indicate two main obstacles of this process: first is generated from the fear of developing countries that the creation of international competition law could lead to the broader liberalization of their, already vulnerable economies; second is the different structure of legal norms regulating the protection of competition and those regulating the international trade in general. Namely, the competition law norms are by nature legal standards; on the other hand, the rules for international trade regulation in the framework of WTO (WTO law) are based on mutual concessions regarding the right to pursue economic activities in the territory of other WTO member state. The stagnation of development of international competition law as the part of WTO law can be overcome successfully by means of creative interpretation of already existing normative tools of WTO covered agreement. Those tools (norms) can be used as the legal base for the protection of international market from the distortion of competition. This could, by all means, be considered as the incentive for further activities inside the WTO system directed to the establishment of unified international competition law.

Keywords: WTO, Competition Law; GATT; GATS; TRIPS.

Др Марина Димитријевић
доцент Правног факултета у Нишу

UDK: 336.225.2:35](4-672EU)

ОБЕЛЕЖЈА ПРАВА НА ДОБРУ УПРАВУ У ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ¹

Апстракт: Рад се бави проблематиком обележја права на добру управу у пореском поступку. Аутор, у првом делу рада, одређује значење права на добру управу у Европској унији а, потом, ово право повезује са значењем Европског управног простора и фундаменталним вредностима „добре владавине“. У другом делу рада, аутор указује на одлике савременог опорезивања и њихов утицај на порески поступак и право на добру управу у овом поступку. Завршни део рада садржи детаљнија ауторова разматрања обележја права на добру управу у пореском поступку, као и претпоставки његовог остваривања у условима значајних промена које доноси прва деценија 21. века.

Кључне речи: право на добру управу, Европски управни простор, порези, Пореска управа, порески поступак

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

Увод

Порези су саставни део развоја демократских односа у друштву. У правној држави XX и XXI века поштује се принцип законитости пореза што значи да утврђивање, контролу и наплату пореза, у пореском поступку, врши Пореска управа (пореска администрација), као део државне управе, под условима утврђеним законом. Пореска управа је активна страна порескоправног односа, док су порески обвезници пасивна страна. Оваква подела страна порескоправног односа, извршена у складу са традиционалним схватањем пореских управних органа који делују са позиција државне власти, у савременим условима доживљава извесне промене. Прецизно уређена и гарантована права обвезника доприносе да порескоправни однос добије нови квалитет, тј. омогућавају да порески обвезници буду у повољнијем положају према Пореској управи.² Актуелност права на добру управу у Европској унији (ЕУ) томе додатно доприноси.

1. Право на добру управу у Европској унији

Право на добру управу је једно од најновијих права које је кодификовано у Повељи основних (темељних) права ЕУ (Ница, 2000.). Повеља је реафирмисана прокламацијом из Стразбура (2007.) дан уочи потписивања Лисабонског (тзв. Реформског) уговора који правима, слободама и начелима садржаним у Повељи признаје једнаку вредност, као и Оснивачким уговорима. Од прокламације у Ници, преко мањег прилагођавања и реафирмације у Стразбуру, до „уставноправног верификовања“ у Лисабону, право на добру управу је, у седам година, не мењајући нормативни значај³ прошло пут од, у нај-

² Видети: Милева Анђелковић, Права обвезника у пореском систему, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 42/2002, стр. 159-176; Марина Димитријевић, Европски стандарди и права обвезника пореза у Србији, Правни живот, бр. 10/2006, стр. 883-895

³ То је право у коме преовлађују елементи поступка – начин и рок поступања, право учешћа у поступку, право приступа списима, обавеза образлагања одлука, право на употребу језика..., док је изван сфере поступка право на накнаду штете.

већој мери, политичког опредељења до права обухваћеног интерпретативним и надзорним овлашћењима Европског суда.⁴

Право на добру управу је инструмент заштите права странака у управном поступку а такође и подстицај законитом поступању управе и средство надзора над њом. Ово право је и један од могућих критеријума уједначавања управног права на нивоу ЕУ и блиско је феномену званом *Европски управни простор (ЕУП)*.

Управни системи европских земаља се, дуги низ година, развијају аутономно, везано за правни поредак конкретне државе, чинећи део њеног правног система. Данашњи европски интеграциони токови, међутим, јасније него раније истичу потребу да управни системи европских земаља конвергирају према заједничком управном моделу. Способност државне управе да адекватно одговори захтевима ових токова, није актуелна тема само у земљама чланицама ЕУ, већ и у земљама у транзицији које желе да се придруже ЕУ. Потпуно развијен концепт државне управе у оквиру ЕУ за сада још не постоји иако су дефинисани принципи и стандарди које државне управе потенцијалних земаља чланица треба да уважавају како би успешно извршавале обавезе које произилазе из чланства у ЕУ. Реч је о: *поузданости и предвидивости (владавини права), отворености и транспарентности, одговорности, ефикасности и ефективности*.⁵ Ове принципе и стандарде европске добре управе уважавају земље чланице ЕУ. Они чине језгро ЕУП а треба очекивати да ће се њихов корпус убудуће повећавати и обогаћивати.⁶

Поузданост и предвидивост (правна сигурност) треба да избришу арбитрарност у раду државне управе. Вишезначни механизам за поузданост и предвидивост је *владавина права*. Он претпоставља законитост у управи и обавезу државне управе да извршава своју надлежност у складу са законом.

⁴ Ален Рајко, Право на добру управу – Ница, Стразбур, Лисабон, Право и порези, бр. 2/2008, стр. 57

⁵ Вид. више: European Principles for Public Administration, SIGMA paper, No 27, OECD, 1999

⁶ ЕУП је неформални *acquis communautaire* на подручју јавне (државне) управе. Поред правних захтева (очување демократских начела и владавине права, захтеви управног права, правила која се односе на јавне службенике и јавни сектор) обухвата и функционалне захтеве (нпр. унутрашња координација за учешће у европским пословима).

Отвореност и транспарентност се односе на могућност грађана да дођу до информација о раду државне управе. Ови принципи, с једне стране, омогућавају да свако кога се тичу управни поступци зна њихов основ и, с друге стране, олакшавају контролу управних поступака од стране контролних институција и јавног мњења.

Одговорност значи да рад ниједног органа државне управе не може бити изузет од надзора или контроле. То се постиже путем различитих механизма укључујући, између осталог, контролу од стране вишег органа државне управе, суда, заштитника грађана (омбудсмена), медија. Контрола је неопходна да би се државна управа учинила одговорном и да би се осигурало да управни органи користе своја овлашћења у складу са законом.

Ефикасност у раду државне управе представља посебну димензију одговорности и значи успостављање доброг односа између ресурса који се троше и резултата који се постижу. Она се може означити процесом у коме државна управа послове обавља са најмањим бројем људи, уз најмањи утрошак средстава, у најкраћем времену у коме се постиже најбољи резултат. *Ефективност (делотворност)* представља успешност државне управе у постизању циљева које јој закон налаже. Остварени резултати се, дакле, посматрају у односу на постављене циљеве.

Бројни су теоретичари који право на добру управу сматрају сегментом ширег политичко-правног *концепта* „*добре владавине*“ а овај концепт карактеришу следеће фундаменталне вредности: поштовање људских права и владавина права; демократија и начело законитости, укључујући и транспарентност и одговорност; ефективност јавног сектора. Сходно томе, неколико је елемената кључно за „*добру владавину*“: боље обављање функција у јавном сектору (смањење трошкова, приватизација неких функција и др.); јасно дефинисана надлежност, одговорност и контрола јавне (државне) управе; јачање правног система (стабилан правни систем, владавина права); транспарентност у раду.⁷

Грађани желе успешан јавни сектор а у оквиру тога и државну управу која исто тако функционише. Савремена управа треба да спроводи управни поступак на начин да грађанима омогућава брзо,

⁷ Ален Рајко, *op. cit.* стр. 65

једноставно и јефтино остваривање права и правних интереса у поступку. Законодавство задовољавајућег квалитета и професионална државна управа, која се повинује владавини права, неке су од претпоставки остваривања такве праксе управног поступања.⁸

Већина грађана је, током живота, у оквиру својих контаката с јавном влашћу неупоредиво чешће упућена на државну управу него на правосуђе. Упркос томе, правосуђе се не ретко сматра битнијим инструментом заштите права и слобода у односу на управу. То је један од узрока чињенице да је право на добро правосуђе (понајвише путем права на поштено суђење) нашло своје место у међународним кодификацијама и уставним текстовима знатно пре права на добру управу. Увођење права на добру управу, стога, употпуњује гаранције грађана и правних лица наспрам јавне власти, у већој мери уједначаје правни третман правосуђа и управе са становишта заштите људских права, постављајући додатни захтев пред управу што, с друге стране, резултира позитивним повратним дејством на њу саму.⁹ Тиме се доказује да је право на добру управу, у првој деценији овог века, суштински важно јер је модерна, економски и социјално оријентисана држава благостања, нужно и управна држава која подразумева значајне управне активности а то доводи до све већег задирња у сферу права и правних интереса грађана.¹⁰

2. Савремени порески систем и порески поступак

Порези су, у савременом друштву, верни пратиоци људских активности које манифестују економску моћ подобну за опорезивање

⁸ Потребно је напоменути да су управни системи земаља у транзицији дуго били изложени високом степену утицаја политике на доношење одлука уз одсуство транспарентности поступака. Отуда и укорењено неразумевање и теже прихватање одговорности за резултат рада унутар државне управе ових земаља. Отпор променама се појачава због недостатка знања и специфичних вештина које су потребне у циљу обезбеђивања бољег функционисања државне управе.

⁹ Ален Рајко, *op. cit.* стр. 65

¹⁰ Тратар Боштјан, Нека размишљања о општим Европским начелима заштите права у управном спору, *Правни живот*, бр. 9/2001, стр. 621

од стране државе. Пореска обавеза обвезника се утврђује и наплаћује у пореском поступку.¹¹

Као најзначајнији фискални приходи, порези су историјска категорија настала са државом и стара колико и сама држава организована као државна (суверена) власт. У зависности од развијености државних функција и општих политичких, економских и социјалних односа, они су попримали различита обележја и специфичан садржај. Развој пореза се остваривао са порастом друштвеног богатства, са демократизацијом и напретком друштва у свим областима и развојем јавних финансија, а у новијој историји нарочито усавршавањем тржишта.¹²

Друштва развијених држава су заснована на концепту „*друштва благостања*“ и грађани у њима истичу своје захтеве према јавном сектору и држави очекујући, у реално датим условима, њихово ефикасно и равномерно задовољење. И развијена друштва се суочавају са потребом сталног, адекватног, оптималног усклађивања јавног и приватног интереса чији је инструмент и опорезивање и изложена су бројним изазовима који раније нису постојали. Изузетно је битно правилно одредити границу до које може ићи пореско захватање а да се, при томе, обезбеди оптимално задовољење јавних потреба, не угрози рентабилност тржишног сектора и оствари однос и међусобно деловање тржишног и јавног сектора које обезбеђује стабилно повећање националног дохотка. Одговор на ово питање је дат у теорији понуде и теорији благостања које захтевају да и опорезивање буде у функцији концепта тврдог буџетског финансирања,¹³ односно примене правила парето ефикасности којом се обезбеђује да се никоме не може побољшати положај ако се другоме погорша.

Свака демократски оријентисана политичка странка се труди да бирачима предложи оптималан (ефикасан) порески систем који мора бити општи и правичан, а да није скуп, који је економски и социјал-

¹¹ Марина Димитријевић, Порески поступак у нашем праву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број – Изградња правног система Републике Србије, бр. 49/2007, стр. 291

¹² Вид. више: Јован Горчић, Милева Анђелковић, Јавне финансије, финансијско право и економија јавног сектора, Проинком Београд, Ниш, 2005, стр. 365-372

¹³ Тврдо буџетско финансирање се заснива на захтеву да се са што мање input-а оствари што већи output и у тржишном и у јавном сектору.

но прихватљив, који доприноси порасту а не смањењу благостања. Овакав систем није увек лако дизајнирати одговарајућом пореском политиком и исти није лако применити од стране пореских органа у пореском поступку. Захтев за правичношћу система опорезивања често може да буде у сукобу са захтевом за његовом једноставношћу и захтевом да се умање трошкови имплементације тог система, што је потврда да добро опорезивање има своју цену. У овом контексту, захтев који се поставља пред Пореском управом, која у пореском поступку реализује функцију опорезивања, да обвезницима пореза омогући брзо, једноставно и ефикасно испуњавање обавеза и заштиту права и правних интереса, није увек лако остварив.

Актуелна финансијскоправна теорија инсистира на присуству следећих одлика савременог пореског система (опорезивања): правичности, једноставности и прегледности.

Правичност пореског система подразумева остваривање захтева да сви плаћају порезе према својим економским могућностима а то изискује универзалност пореске обавезе (да пореска обавеза буде општа), хоризонталну правичност (која поставља услов једнаког третмана лица под истим или сличним економским околностима) и вертикалну правичност (обвезници са различитом економском снагом треба да поднесу диференцирани порески терет).

У условима веће демократизације друштва *једноставност и прегледност пореског система* се посебно потенцирају. Захтев за поједностављењем у опорезивању се остварује: ¹⁴ смањењем броја пореских облика; смањењем разних пореских подстицаја; доношењем квалитетнијих пореских прописа који неће бити изложени честим изменама и допунама; неспорним и разумљиво утврђеним правима и обавезама пореских обвезника; поједностављеним пореским поступком; једноставним и брзим поступком заштите права пореских обвезника.

Мере које доводе до поједностављења у опорезивању утичу и на: смањење трошкова пореског поступка; смањење пореског оптерећења као последице повећања нето учинка опорезивања; повећање прегледности система опорезивања; смањење пореских стопа; лакше

¹⁴ Божидар Јелчић, Финансијско право и финансијска знаност, Информатор, Загреб, 1998, стр. 223

сналажење пореских обвезника у пореској материји. Једноставан порески систем Пореска управа лакше примењује – једноставнији је порески поступак и нижи су трошкови овог поступка.

У непосредној вези са захтевом за поједностављењем опорезивања је прегледност пореског система. Она утиче на спремност пореских обвезника да плаћају порезе. Прегледност пореског система и лако сналажење пореских обвезника у пореским прописима у складу је са наглашеном потребом грађанина да буде упознат са својом пореском обавезом, да учествује, односно да има утицај на одлуке о висини пореског оптерећења, расподели пореског терета, као и сврси трошења убраних средстава.¹⁵

Порески поступак, сходно напред изнетом, одликује сучељавање два захтева: првог захтева – којим се тежи што брже, јефтиније и целисходније утврдити и наплатити износ пореза неопходан за финансирање јавне потрошње и другог захтева – који се огледа у потреби да се економска снага пореских обвезника објективно утврди и оптерети онолико колико је то пореским нормама прописано. Другим речима, Пореској управи се поставља комплексан задатак да кроз примену пореза (порески поступак) реализује законом уређене односе фиска и пореских обвезника, тј. да усклади интерес државе за пореским приходима са интересима пореских обвезника да буду третирани коректно у пореском поступку, правично оптерећени пореским теретом и да немају велике трошкове у вези са плаћањем пореза. То је у стању да оствари само добра Пореска управа, допринесећи тако очувању поверења пореских обвезника у пореску власт. Правичност, прегледност и једноставност, као одлике савременог пореског система у томе треба адекватно да јој помогну.

¹⁵ Ibid, стр. 224

3. Шта се подразумева под правом на добру управу у пореском поступку?

Пореска управа у пореском поступку реализује овлашћење утврђивања пореза, као компоненту фискалног суверенитета.¹⁶ Иако се пореском политиком и пореским законима¹⁷ ствара потенцијал за прикупљање пореских прихода износ који ће се слити у буџет у великој мери зависи од Пореске управе, тј. од њеног поступања (понашања) у пореском поступку. Законито спровођење пореског поступка, одговарајуће организационо прилагођавање у начину остваривања функције опорезивања и прихватање друштвено-пожељних облика комуникације са пореским обвезницима важни су предуслови да Пореска управа наплати износ пореза који је потребан за нормално финансирање јавног сектора.¹⁸ Другим речима, потребно је да Пореска управа у пореском поступку има обележја добре управе.¹⁹

¹⁶ Подсећања ради, фискални суверенитет садржи неколико фискалних овлашћења која су степенована према јачини њихове финансијско-политичке снаге. Најјаче фискално овлашћење везано је за право установљења пореза а реализује се доношењем пореских закона у парламенту. Овлашћење утврђивања пореза обухвата право обрачунавања и наплате пореза као крајњег циља фискалне активности. Ово овлашћење реализује Пореска управа. Треће овлашћење се односи на одређивање висине пореза а фискално-технички се реализује прописивањем пореске стопе за сваку врсту и облик пореза. Наведеним овлашћењима се креира порески систем (порези) и остварује његова примена.

¹⁷ Будући да је број пореских обвезника велики а њихов образовни ниво различит стил пореских закона треба да буде што јаснији и разумљивији. О стилу писања пореских закона досад се, углавном, водило рачуна у развијеним земљама. У њима долази до промене стила писања у смислу да се са „ауторитативних“ прелази на „кооперативне“ пореске законе а све у сврху успостављања новог квалитета односа пореске власти (Пореске управе) и пореских обвезника.

¹⁸ Ниво буџетских средстава одређује способност Владе да оствари свој програм рада представљен кроз буџет који је усвојио парламент. Неочекивани падови у наплати пореских прихода узрокују смањење издатака за неке јавне потребе и за резултат имају неефикасност у управљању јавним трошковима (расходима).

¹⁹ Једна од важних претпоставки за то је оспособљавање Пореске управе за перманентни професионални рад, управљање променама и усавршавање које се никада не завршава. Савремено доба Пореским управама поставља захтеве да прате промене у окружењу у коме примењују порезе и благовремено на њих одговарају. Оне зато треба да буду стратегијски фокусиране на ове промене као потенцијалне ризике у свом раду.

Реализација права на добру управу у пореском поступку пореским обвезницима омогућава постављање следећих захтева према Пореској управи:²⁰

- 1) примена пореских закона на правичан, поуздан и транспарентан начин;
- 2) упознавање пореских обвезника са њиховим правима и обавезама у складу са законом;
- 3) континуирано пружање квалитетних информација пореским обвезницима и тачно и благовремено одговарање на њихове захтеве, питање и жалбе;
- 4) обезбеђење доступних и поузданих информација пореским обвезницима у складу са пореским законима;
- 5) стварање предуслова да се трошкови плаћања пореза одржавају на минималном нивоу;
- 6) онда када је то прикладно пружање прилике пореским обвезницима да коментаришу промене у пореском поступку и пореској политици;
- 7) употребљавање података о пореским обвезницима само у сврхе које прописује закон;
- 8) одржавање коректних односа не само са пореским обвезницима, већ и са другим субјектима и широм заједницом.

Општеприхваћени тренд у актуелним реформама Пореске управе у развијеним земљама и земљама у транзицији тиче се пропагирања тзв. *учтивог третмана пореских обвезника*. Овај третман чине две компоненте. Најпре, поступци контроле обвезника морају бити јасни и транспарентни. Учесталост и трајање пореске контроле треба ограничити на нужну меру како би се предупредили случајеви у којима се пречестим и предугим пореским контролама показује *mala fides* према појединим пореским обвезницима. У случају постојања оваквих поступака пореске контроле, као и арбитрарних пореских поступака у целини, порески обвезници би се осећали беспомоћно и не би били сигурни да је њихов порески статус правилно утврђен.

²⁰ Principles of Good Tax Administration (Practice Note), Tax guidance series, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 21 September 2001, p. 4

Учтив третман пореских обвезника има и персоналну компоненту а она се огледа у томе да личност пореског обвезника мора да буде поштована од стране пореских службеника. Присуство оваквог третмана пореских обвезника у раду Пореске управе је несумњиво у функцији повећања општег нивоа пореске културе у једном друштву, превентивног деловања на понашање пореских обвезника и, у крајњој линији, повећања добровољног плаћања пореза.

Због карактера пореске обавезе, као апсолутног и принудног давања држави, Пореској управи неизоставно на располагању стоји и други начин поступања према пореским обвезницима – *третман застрашивања пореских обвезника* (заповедничко (наредбодавно) поступање). Овај третман има, такође, две компоненте. Пореско застрашивање, с једне стране, указује да ће непоштени порески обвезници бити кажњени када не испуњавају своје пореске обавезе. Постојање, с друге стране, кажњавања које чине блаже санкције за пореске прекршаје и строжије санкције за пореску утају и друга пореска кривична дела, правилно обликује спремност пореских обвезника да плаћају порезе. Комбинација учтивног третмана пореских обвезника и третмана застрашивања је могућа и у пракси поступања данашњих Пореских управа је доста заступљена.

Неплаћање пореза не мора бити резултат само свесног настојања пореских обвезника да нетачним приказивањем релевантних чињеница или њиховим прикривањем пред пореским органима смање своје пореске обавезе (*тзв. активно избегавање плаћања пореза*). Изостанак измиривања пореских обавеза може бити и резултат недовољне информисаности пореских обвезника, тј. последица неадекватне организованости, ефикасности и стручности Пореске управе у области едукације пореских обвезника о њиховим пореским обавезама (*тзв. пасивно избегавање плаћања пореза*). Потпуна информисаност пореских обвезника од стране Пореске управе зато јесте претпоставка лакшег, бржег и квалитетнијег испуњавања пореских обавеза у пореском поступку. То нарочито важи за оне пореске облике који су у режиму тзв. самоопорезивања.²¹

²¹ Самоопорезивање подразумева законом прописане радње пореског обвезника (пореског дужника) којима он утврђује пореску основицу, примењује пореску стопу на ту основицу, уважава евентуалне пореске подстицаје и одређује износ

Примена пореских прописа и техника утврђивања пореза код *самоопорезивања* су активности које захтевају добро познавање пореских норми и одређена стручна знања. Да би самоопорезивање могло ефикасно да се примењује потребно је да порески закони буду што једноставније написани како би порески обвезници без већих тешкоћа могли да разумеју своје обавезе у овом систему утврђивања пореза. Пореска управа потребним информацијама, упутствима и саветима самоопорезивање треба пореским обвезницима да учини лакшим. Она треба да буде отворена према пореским обвезницима и да јача углед уз стално истицање своје усмерености према њима и њиховим потребама. То значи постојање услова за поступање пореских службеника у духу демократских начела и добрих односа са пореским обвезницима, као и перманентно побољшање релативно нових облика интеракције Пореске управе и пореских обвезника – савременог услужно-оријентисаног модела Пореске управе, пружања услуга пореским обвезницима, стављања потреба пореских обвезника у фокус активности Пореске управе, побољшања линија (и средстава) комуникације Пореске управе и пореских обвезника.

Постављање пореских обвезника, тј. потреба обвезника у центар активности модерне Пореске управе (савремени услужно-оријентисани модел) несумњиво се позитивно одражава на њене резултате рада и квалитет пореског поступка. Промена начина на који се Пореска управа односи према пореским обвезницима у својој основи има захтев да се према пореским обвезницима Пореска управа односи као према клијентима (странкама, корисницима услуга) који имају своје потребе и да при томе користи најбољу праксу приватног сектора и стандарде које термин „клијент-странка“ подразумева. Повратно, побољшање услуга које се пружају пореским обвезницима треба да води вишем нивоу добровољног повиновања пореским обавезама. Ако је конкретна Пореска управа у стању да у свој однос са пореским обвезницима (*реч је о јавноправном односу*) унесе неке одлике концепта клијента-корисника услуге то треба подржати јер је у функцији побољшања овог односа и остваривања позитивног утицаја на порески менталитет једног народа.²²

пореза који треба да плати. Пореска управа задржава право контроле начина обављања ових радњи.

²² Област тзв. пружања услуга пореским обвезницима ствара велики простор у коме приватни (тржишни) сектор може да нађе своје место. Увођење конкуренци-

Савремено доба се брзо трансформише из фазе индустријског у фазу информационог друштва па се информациона технологија све више користи у пореском поступку. Она постаје моћно оруђе којим се скраћује време прикупљања, преноса и анализе информација и података, премошћује физичка удаљеност субјеката који комуницирају (Пореска управа, други државни органи, порески обвезници, трећа лица), остварује уштеда како у времену, тако и у погледу издатака за текући рад пореских органа, елиминише непотребна бирократичност у пореском поступку, постиже већа отвореност (транспарентност) рада Пореске управе без које нема њене одговорности и др.

Информациона технологија данас, тј. порески информациони систем има битну улогу у области пружања услуга пореским обвезницима. Посебну пажњу заслужује тзв. „електронски“ однос Пореске управе и пореских обвезника а он има више нивоа – од пружања разноврсних информација обвезницима преко веб сајта Пореске управе до могућности подношења пријава електронским путем („електронска“ пореска пријава) и достављања одлука Пореске управе обвезницима на исти начин.²³

Будући да доприноси формирању добрих обележја Пореске управе у пореском поступку, већина земаља одваја значајна финансијска средства за информационо-технолошку модернизацију својих Пореских управа. Ову модернизацију оне сматрају кључном за подстицање благовременог прикупљања пореских прихода, побољшање ефикасности и ефективности Пореске управе, ограничавање њених трошкова на разуман ниво, убрзавање пореског поступка. Транспарентне и одговарајуће контроле запошљавања пореских службеника и снажење механизма контроле рада ових службеника такође су од кључне важности за остваривање наведених циљева.

је у обављање послова који су, до сада, били резервисани искључиво за Пореску управу је корисно због ефекта који се може остварити на успешност њеног рада. Битно је нагласити да је приватном сектору могуће поверити само оне послове који не представљају вршење јавне власти. Доста је послова и у овом домену које, због посебности пореске проблематике, Пореска управа мора да обавља сама усавршавајући непрекидно методе рада и одлучивања који се развијају у јавном сектору, али користећи и методе успешности из приватног сектора који се могу применити у јавном сектору (штедња, однос input-а и output-а и др.).

²³ Наравно „електронска“ комуникација је нешто што постоји само као алтернатива - начин комуникације са Пореском управом који обвезник није дужан да изабере и користи.

Пореске управе неких развијених земаља одликује и постојање информационог управљачког система са широким спектром показатеља о обављеним активностима, као и развој система извештавања о успешности рада Пореске управе. Захваљујући том систему, ове Пореске управе врше анализу сопственог рада, тј. откривање „уских грла“ у раду и формулишу мере да се она отклоне а успешност рада подигне на виши ниво. Развој информационог управљачког система у Пореској управи, као државној институцији, сигурно јесте одраз снажно испољене тенденције да се у јавном сектору следе идеје „New public management-a“ које наглашавају потребу сталног праћења и оцењивања рада субјеката јавног сектора, тј. обављања јавних (државних) послова. Те идеје су прихватиле и земље чланице ЕУ и њихове државне управе. Пракса потврђује позитивне помаке када је реч о пореским пословима а углед Пореске управе у друштву и обележја која је чине добром Пореском управом у пореском поступку јачају.

Закључак

Грађанима ЕУ се гарантује право на добру државну управу. Обележја добре државне управе су поузданост и предвидивост, отвореност и транспарентност, одговорност, ефикасност и ефективност у раду. Ове вредности се интензивно афирмишу стварањем ЕУП. Снажењем европских интеграционих токова и ширењем ЕУ, њихово поштовање постаје незаобилазно за државне управе потенцијалних земаља чланица. Како порезе примењује део државне управе – Пореска управа, право на добру управу се гарантује и пореским обвезницима у пореском поступку.

Постојање добре Пореске управе у поступку утврђивања, контроле и наплате пореза директно је условљено достигнутим степеном демократизације друштва, изградњом правне државе и савременог пореског система. То су и претпоставке јачања способности Пореске управе да буде у служби адекватног остваривања јавног интереса у области пореза. Добра Пореска управа је потребна савременој држави, али и пореским обвезницима који у тој држави живе.

*Marina Dimitrijević, LL.D.
Assistant Professor, Faculty of Law, Niš*

CHARACTERISTICS OF THE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION IN THE TAX PROCEEDINGS

Summary

The right to good administration is an instrument to protect individual rights of parties, and an intermediary stimulus to the administrative legal proceedings, a means of supervision over the administration, and also one of the possible criteria for the equalization of administrative law at the European Union level. This right is also a segment of a wider political and legal concept of the “good governance”. A special attention paid to the right to good administration in the European Union, in the context of the so called European administrative space, is significant because the administration has the key role in the sphere of implementing the legal regulations. It also refers to the part of the legal system in every state, which governs the field of taxation (tax regulations).

At the beginning of the paper the author defines the meaning of the right to good administration. This right is combined with the meaning of the European administrative space and the fundamental values of “good governance”. Taxes are essentially important for every state because their setting up and payment in tax administration proceedings are an important assumption of the state’s functioning. Therefore, further in the paper, the author points out the suppositions of contemporary taxation, and their affect on the right to good administration in the tax proceedings, thus giving it various specific characteristics.

Keywords: *the right to a good administration, the European administrative space, taxes, tax administration, tax proceedings*

ИЗЈАВА О ОДРИЦАЊУ ОД НАСЛЕЂА¹

Апстракт: Давање наследничке изјаве најзначајнији је момент поступка за расправљање заоставштине. Пуноважном изјавом о одрицању од наслеђа наследник губи својство универзалног сукцесора *ex tunc*, тако да се сматра да никада није постао наследник. Негативна наследничка изјава производи различите правне последице у зависности да ли се наслеђа одриче законски, завештајни или нужни наследник. Једном дата изјава неопозива је, али се може поништити из разлога и у роковима предвиђеним и за друге правне послове.

Настао као последица тежње за свеобухватнијим сагледавањем овог значајног института, рад представља синтезу детаљније анализе карактеристика, дејстава изјаве о одрицању од наслеђа, као и могућности њеног поништења, са једне стране, и критичког сагледавања изнетих ставова о појединим питањима спорним у теорији и судској пракси, са друге стране. Истовремено, рад је и покушај да се понуде одговори и евентуално разјасне недоумице у вези неких проблематичних питања која су у непосредној вези са негативном наследном изјавом.

Кључне речи: одрицање од наслеђа, дејство негативне наследничке изјаве, поништење изјаве, оставински поступак.

¹ Овај рад настао је као резултат истраживања у оквиру пројекта „Приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу уз финансијску помоћ Министарства науке и заштите животне средине, на основу Уговора о реализацији пројекта из програма основних истраживања бр. 149043Д од 23. 2. 2006. године.

Увод

Све до доношења савезног Закона о наслеђивању из 1955. године² наследничко својство у нашој земљи стицало се давањем позитивне наследничке изјаве (*hereditas aditio*), а заоставштина је прелазила на наследнике тек њеним уручењем. У англосаксонском правном систему, као и у Аустрији још увек је заступљен овај, тзв. систем аквизиције, тако да се тренутак отварања наслеђа и стицања наслеђа не поклапају. За стицање права наслеђа неопходан је, дакле, и *iustus titulus* и *modus acquirendi*, док се позвани наследник не прихвати наслеђа, постоји тзв. лежеће наслеђе (*hereditas iacens*).

Савремено српско право определило се за концепцију стицања наслеђа *ipso iure*. У нашем праву, дакле, наследничко својство стиче се по сили закона у часу смрти оставиоца, тако да није потребно давање наследничке изјаве о прихватању наслеђа. Међутим, како нико не може против своје воље наследити нечију заоставштину, то се наследнику признаје и право на одрицање од наслеђа. Право на одрицање од наслеђа је акцесорно право, оно прати субјективно наследно право и настаје истовремено са њим. Лице које искористи ово право и у току оставинског поступка да негативну наследничку изјаву, сматра се као да никада није ни било наследник и да му никада нису припадала никаква наследноправна овлашћења на конкретној заоставштини.

Значај који изјава о одрицању од наслеђа има у поступку за расправљање заоставштине и извесне недоумице које изнова изазива определили су нас да анализирамо њене карактеристике, њено дејство, као и могућност поништаја изјаве, као и поједине интересантне одлуке домаћих судова из ове области.

1. Правна природа, карактеристике и претпоставке пуноважности изјаве о одрицању од наслеђа

Изјава о одрицању од наслеђа јесте вољни начин престанка наследничког својства. Она је израз аутономије воље наследника. Све

² „Сл. лист ФНРЈ“ бр 20/55.

док лице које је позвано на наслеђе не да наследничку изјаву, сматра се наследником на конкретној заоставштини. Наследник се, уствари, не одриче наследства већ свог права наслеђа - одрицање од наслеђа у суштини јесте одрицање од наследног права. На тај начин титулар само губи своје наследноправно овлашћење, али се тиме не дира у заоставштину. Одрицањем од наслеђа не престаје ниједно право, нити обавеза који су саставни део заоставштине.³

По својој правној природи, право на изјаву о одрицању од наслеђа је правна моћ (преображајно право), јер титулара овлашћује да једностраном изјавом воље утиче на престанак његовог својства универзалног сукцесора. Ова изјава производи дејство *ex tunc*, тако да ће се сматрати да лице *ab initio* није постало наследник. Са друге стране, право да се да позитивна наследничка изјава не представља правну моћ, јер ова изјава нема конститутивно дејство.

Давање наследничке изјаве сматра се најзначајнијим моментом поступка за расправљање заоставштине.⁴ Од тренутка делације постоји неизвесност да ли ће лице које је позвано на наслеђе по најјачем правном основу постати наследник или не. Све до часа када не буде дефинитивно јасно да је то лице постало наследник или се одрекло наслеђа, оно је, како се у теорији истиче, привремени наследник.⁵ Оваква неизвесност ремети правну сигурност, и управо стога не може дуго трајати. Закон о наслеђивању⁶ одређује крајњи тренутак до кога мора бити јасно која су лица постала наследници на одређеној заоставштини. То је уједно и тренутак до кога се лице може одрећи наслеђа и тако изгубити наследничко својство. Негативна наследничка изјава може се дати најкасније до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине. Сматра се да је оставински поступак окончан у тренутку отправљања првостепеног решења о наслеђивању из суда и то је последњи тренутак до кога се наследник може одрећи наслеђа.⁷

³ Тако и: N. Gavella, V. Belaj, Наследно право, Загреб, 2008, стр. 101.

⁴ Б. Кашћелан, Негативна наследна изјава, Правни живот бр. 10/2005, стр. 713.

⁵ Тако нпр.: В. Ђорђевић, Наследно право, Ниш, 1997, стр. 89.

⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 46/95 и 101/2003. У даљем тексту биће коришћена и скраћеница ЗОН.

⁷ О. Антић, З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 558.

Наследник се може прихватити наслеђа изричито, давањем позитивне наследничке изјаве, или прећутно. Лице које је уредно позвано на оставинску расправу, а није се одазвало позиву до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине, сматра се да се прихватило наслеђа.⁸ Исто дејство има и недавање наследничке изјаве лица које је присуствовало оставинској расправи. Осим тога што се наслеђа може примити недавањем наследничке изјаве у току оставинског поступка, могуће је прећутно прихватање наслеђа и конклюдентним радњама. Када је видљиво да се лице понаша *gestio pro herede.*, дакле да се понаша као наследник оставиоца, ЗОН изричито стипулише да се сматра да се то лице прихватило наслеђа.⁹

Иако се примити наслеђа може изричито или прећутно, наследник се наслеђа може одрећи само изричито. Наследник се може одрећи само наслеђа које је отворено. Одрицање од наслеђа које није отворено ништаво је.¹⁰

Изјава о одрицању од наслеђа је једностран правни посао.¹¹ Да би производила правно дејство она мора да испуњава како услове пуноважности прописане ЗОН-ом, тако и опште услове за пуноважност свих правних послова. Судија¹² који узима негативну наследну изјаву дужан је странке упозорити на правне последице и карактеристике саме изјаве. Наследничка изјава дата противно законским одредбама није пуноважна и чини решење о наслеђивању незаконитим.¹³

⁸ У овој ситуацији примењује се старо римско правило: *Qui tacet consetire videtur.*

⁹ Сматраће се да се примио наслеђа и наследник који је располагао целом заоставштином или њеним делом (чл. 219 ст. 2 ЗОН-а). Међутим, предузимање мера текућег управљања заоставштином, као и мера за њено очување, не сматрају се прећутним пријемом наслеђа.

¹⁰ Видети: чл. 218 ЗОН-а.

¹¹ У теорији је изнето и становиште да се ради о правној радњи. Видети: С. Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 2006, стр. 256.

¹² Сходно чл. 90 Закона о ванпарничном поступку („Сл. гласник СРС“, бр. 24/82 и 48/88. У даљем тексту биће коришћена и скраћеница ЗВП) све изјаве и предлоге учесника у оставинском поступку могу узимати стручни сарадници, изузев изјаве о одрицању од наслеђа коју једино може узети судија.

¹³ Међутим, иако оваква изјава оставинско решење чини незаконитим, након његове правноснажности оно не може бити стављено ван снаге пресудом парничног суда. Видети: Врховни суд Србије, Рев. 4229/98.

Наследничку изјаву може дати лице које има правно релевантну вољу и које је у конкретном случају позвано на наслеђе. Лице које је недостојно за наслеђивање, искључено из наслеђа или лишено права на нужни део никада није ни постало наследник, те не може дати наследничку изјаву.

Наслеђа се може одрећи лице које је потпуно пословно способно, лично или преко пуномоћника. Пуномоћје мора бити специјално, а потпис властодавца оверен.¹⁴ У име лица која немају пословну способност наследничку изјаву о одрицању од наслеђа даје њихов законски заступник, али ће изјава производити правно дејство само уколико се са њом сагласи орган старатељства. Када се као наследник јавља зачето а нерођено дете, старалац постављен зачетку (*sigator ventris*) се, након његовог рођења, може одрећи наслеђа у његово име, а такође је неопходна сагласност органа старатељства. Ограничено пословно способни наследници наслеђа се могу одрећи лично, али је неопходна сагласност њиховог законског заступника и органа старатељства да би одрицање било пуноважно, или се у њихово име наслеђа одриче законски заступник уз сагласност органа старатељства.

Наследничка изјава може се дати усмено на записник или у писаној форми. Усмено се изјава може дати пред оставинским судом, али и пред било којим стварно надлежним судом у земљи, који је дужан да о томе обавести оставински суд. Лице које се налази у иностранству наследничку изјаву може дати и у домаћем дипломатском или конзуларном представништву.¹⁵ Сматра се да је лице дало наследничку изјаву када је потписало записник, и од тог тренутка изјава је неопозива. Изјаву о одрицању од наслеђа може узети само судија, док изјаву о прихватању наслеђа може на записник узети и стручни сарадник, који, по правилу, спроводи све радње у оставинском поступку.

Услов пуноважности наследничке изјаве дате у писаној форми јесте оверен потпис даваоца изјаве од стране надлежног државног органа. Законодавац не прецизира који је орган надлежан за оверу потписа на наследничкој изјави, па преовлађује став да то може учини-

¹⁴ Ако је пуномоћник дао наследну изјаву на основу пуномоћја на коме потпис није оверен, сматра се да изјава коју је дао пуномоћник није дата у име наследника. Видети: Одлука Врховног суда АПВ, Гж. 1203/62.

¹⁵ Видети: чл. 118 ст. 3 и 4 ЗВП.

ти и орган управе. Међутим, аргументовано се може бранити мишљење да потпис на негативној наследничкој изјави једино може оверити судија стварно надлежног суда, обзиром да је само он овлашћен да у току оставинског поступка узима овакву наследничку изјаву.¹⁶ Овера потписа од стране неког другог органа сматра се да није довољна гаранција аутентичности потписа наследника. Осим тога, у домаћој теорији изнето је и становиште да потпис мора бити оверен само када се ради о негативној наследној изјави, док није неопходно да буде оверен потпис на позитивној наследној изјави датој у писаној форми (исто важи и за пуномоћје дато са циљем да се наслеђе прихвати). Овакав став образлаже се тиме да постоји законска претпоставка о позитивној наследној изјави када она није дата, а то би нарочито требало да важи у случају када постоји позитивна изјава у писаном облику.¹⁷ Овакво схватање директно се коси са одредбом чл. 118 ст. 2 ЗВП-а који недвосмислено прецизира да потпис на наследничкој изјави која се подноси суду мора бити оверен, независно од тога да ли се ради о позитивној или негативној наследној изјави.

Наследничка изјава мора бити могућа, одређена и допуштена.

Наследник се може одрећи само наслеђа које је отворено и само када је позван на наслеђе на конкретној заоставштини. Лице се не може одрећи наслеђа које му не припада или које му још не припада. Тако, у ситуацији када се по праву представљања на наслеђе позову потомци лица које се одрекло наслеђа, они право да дају изјаву о одрицању од наслеђа имају тек од тренутка када је првопозвани наследник дао негативну наследничку изјаву. Није дозвољено антиципирање свог наследничког својства, и стога таква изјава не би била пуноважна.

Садржина изјаве мора бити таква да се из ње види на којој заоставштини и по ком правном основу се наследник одриче наслеђа.¹⁸ Ако наследник не наведе по ком правном основу се прихватио, односно одрекао наслеђа, сматраће се да је то учинио по свим основима.

¹⁶ Ђ. Павић, О одрицању од наслеђства (наслеђа), *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/1956, стр. 419.

¹⁷ О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2007, стр. 368. Супротно становиште код: N. Gavella, V. Belaj, *op. cit.*, стр. 106, фуснота 91.

¹⁸ Видети: чл. 118 ст. 3 ЗВП.

Наследник који се изричито или прећутно примио наслеђа, или се одрекао наслеђа више не може својеволјно одузети важност датој наследничкој изјави.¹⁹ Једном дата наследничка изјава више се не може повлачити нити мењати. Прихватањем наслеђа наследник се дефинитивно одрекао права на одрицање од наслеђа, док се негативном наследном изјавом одрекао наслеђа на оном делу заоставштине који му је био познат у тренутку ренунцијације.²⁰ Међу домаћим правним писцима било је мишљења да би једино изјава о одрицању од наслеђа требала бити неопозива, док би опозив позитивне наследничке изјаве требало дозволити, јер би опозивање изјаве о пријему наслеђа могло бити у интересу осталих наследника, којима би се правни положај побољшао датом изјавом о одрицању.²¹ Овакво становиште сматрамо неприхватљивим из разлога правне сигурности, јер не доприноси стварању извесности у правним односима. Уз то, ЗОН изричито предвиђа да и позитивна наследна изјава не може бити опозвана.

Наследник се не може делимично прихватити, а делимично одрећи наслеђа по истом правном основу. То значи да се лице не може само примити права из заоставштине, а одрећи обавеза, нити му могу у наслеђе припасти само одређене ствари из оставинске масе, а да се истовремено других ствари одрекне. Не може се наследник својеволјно примити ни оставиочевих потраживања, а одрећи других права, или обрнуто. Међутим, наследник се може примити наслеђа по једном правном основу, а одрећи по другом. Тако, постоји могућност да се наследник прими наслеђа по основу завештања, а да се одрекне свог законског наследног дела. Прихватањем наслеђа по једном, а одрицањем по другом правном основу, на наследника прелазе и права и обавезе, тако да он не престаје бити универзални сукцесор. Осим тога, наследник се може сукцесивно одрицати наслеђа

¹⁹ Видети: чл. 214 ст. 3 и чл. 220 ст. 3 ЗОН-а.

²⁰ Чл. 130 ст. 2 ЗВП обавезује суд, у случају када се наследник одрекао наслеђа, а након правноснажности решења о наслеђивању буде пронађен део заоставштине за који се у првостепеном поступку није знало, да позове наследника ради давања наследничке изјаве у погледу накнадно пронађеног дела заоставштине. Ако се наследник прими наслеђа, суд ће га упутити да своје право оствари у парничном поступку.

²¹ Више о томе: Ђ. Павић, *op. cit.* стр. 412.

по разним правним основима, све док постоји могућност за одрицање: тако се најпре може одрећи законског наследног дела, а касније се може одрећи наслеђа и по основу завештања (осим уколико није претходно прихватио наслеђе по овом основу), при чему би постојале две неопозиве негативне наследничке изјаве.²² Ово стога што се не може сматрати да, уколико се наследник одрекне наслеђа по једном основу, а не да никакву изјаву по другом – да се аутоматски примио наслеђа по другом основу.

Наследничка изјава не може се дати под условом или роком. Своје наследничко својство лице не може условити наступањем одређеног догађаја или протеком одређеног рока. Ако је изјава о одрицању од наслеђа орочена или условљена, таква изјава неће производити правно дејство²³, а када је то случај са позитивном наследничком изјавом, сматраће се да услов или рок не постоје.²⁴

Наследничку изјаву треба разликовати од других изјава које могу бити дате током оставинског поступка. Тако, изјава наследника којом се не оспорава пуноважност завештања не може се сматрати наследничком изјавом²⁵, нити се наследничкој изјави може уподобити споразум наследника о деоби заоставштине.²⁶ Осим тога, став је судске праксе да изјава о признавању пуноважности завештања, уз истовремено давање изјаве да се ништа не тражи из заоставштине, не представља изјаву о одрицању од наслеђа по основу законског наслеђивања.²⁷ Коначно, наследничком изјавом не може се сматрати ни изјава којом се супружнику оставиоца признаје право својине, по основу брачне тековине, на одређеном делу заједничке имовине супружника. У једној одлуци Округног суда у Београду²⁸ изјава наследника којом признаје супружнику оставиоца право својине на половини заоставштине по основу заједничког стицања у браку, сматра се наследном изјавом, јер је суд нашао да она у бити инкорпорира прихватање наслеђа и његово уступање санаследнику. Не бисмо

²² О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 558.

²³ Видети: чл. 214 ст. 1 ЗОН-а.

²⁴ Видети: чл. 220 ст. 1 ЗОН-а.

²⁵ Видети: Решење Округног суда у Београду, Гж. 236/2004.

²⁶ Видети: Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1406/84.

²⁷ Видети: Одлука Врховног суда Србије, Гзз. 28/87.

²⁸ Видети: Одлука Округног суда у Београду, Гж. 3350/98.

се могли сложити са овим стновиштем суда. Сматрамо да оваква изјава наследника не садржи особине наследничке изјаве. Осим тога део заједничке имовине преживелог супружника није део заоставштине и не може бити предмет наслеђивања, а самим тим наследник се не може примити нити одређи наслеђа на тој имовини. У овој ситуацији имало би се сматрати да наследничка изјава није ни дата.

2. Правне последице негативне наследничке изјаве

За разлику од позитивне наследничке изјаве, која има само декларативан значај, јер је наследник целу заоставштину или њен аликвотни део стекао у моменту смрти оставиоца, од када може и располагати њом, негативна наследничка изјава има конститутивно дејство. Одричући се од наслеђа лице дефинитивно престаје бити наследник на одређеној заоставштини, а како ова изјава делује ретроактивно, узима се да то лице никада није ни постало наследник.

Одрицање од наслеђа у нашој земљи има лично дејство и наследник се може одређи наслеђа само у своје име. У неким другим државама, Црној Гори и Хрватској на пример, наследник се може одређи наслеђа и у име својих потомака, осим ако не нагласи да се одриче само у своје име.²⁹ На тај начин, једностраном изјавом воље првопозваног наследника онемогућавају се његови потомци да постану законски, али и нужни наследници оставиоца. Нужни наследник може бити само лице које је и законски наследник, а величина појединачног нужног дела одређује се од законског наследног дела.³⁰

Наслеђа се може одређи како законски, тако и завештајни и нужни наследник. Последице одрицања битно су другачије у зависности од тога која категорија наследника даје негативну наследничку изјаву.

Наследни део законског наследника који не жели да се прихвати наслеђа, по праву представљања припада његовим потомцима, као и

²⁹ Видети: чл. 131 ст. 2 и 3 Закона о наслеђивању Црне Горе („Сл. лист Црне Горе“, бр. 4/76, 10/76, 22/78, 34/86) и чл. 130 ст. 2 Закона о наслеђивању Хрватске („Народне новине“ бр. 48/03 и 163/03).

³⁰ Н. Стојановић, Престанак својства универзалног сукцесора, магистарска теза, Ниш, 1997, стр. 139.

детету које је било зачето у тренутку отварања наслеђа, ако се живо роди.³¹ Потомци наследника могу се примити или одрећи наслеђа. Они наследничку изјаву могу дати тек од тренутка када се њихов предак одрекао наслеђа. Иако законодавац то не регулише, сматрамо да када потомци наследника немају пословну способност, изјаву о одрицању од наслеђа у њихово име не би могао дати предак који је већ дао негативну наследничку изјаву. Чини се да је у том случају целисходније узети да постоји извесни сукоб интереса, и не чекати (не)давање сагласности органа старатељства, као последње бране заштите наследноправних интереса несвојевласних лица.

Када наследник није имао потомке, део заоставштине кога се одрекао прираста оним наследницима који су позвани на наслеђе, а у истом наследном реду су и у истом степену сродства са њим у односу на оставиоца. Када се не може применити право прираштаја, јер у истом наследном реду нема наследника који хоће и могу да наследе, наследни део наследника који се одрекао наслеђа припаће наследницима из следећег наследног реда, по тзв. праву следореда.

Када се наслеђа одрекне завештајни наследник, на наслеђе се најпре позива супститут првостављеног наследника, ако је завешталац у завештању поставио заменика за случај да лице не може или не жели да се прихвати наслеђа³² (при том, завешталац може тачно прецизирати супституциони случај). Уколико завештањем није одређен супститут, примениће се једно од посебних правила тумачења завештања из чл. 140 ЗОН-а.³³ Тако, када је завешталац поставио више наследника, не одредивши им наследне делове, наследни део наследника који се одрекао наслеђа прираста подједнако осталим завештајним наследницима. У ситуацији када завешталац одреди више наследника, али тако што неким одреди, а другима не одреди наследне делове, део наследника који не жели да наследи припада само оним завештајним наследницима чији наследни делови нису одређени. Најзад, када је завешталац одредио једног наследника на це-

³¹ Овако и: Врховни суд Србије, Рев. 3369/92.

³² Видети: чл. 116 ЗОН-а.

³³ У теорији су изнета различита мишљења и различити критеријуми у погледу тога коме треба да припадне наследни део завештајног наследника који се одрекао наслеђа. Детаљније видети: Н. Стојановић, *op. cit.*, стр. 155; М. Креч, Ђ. Павић, Коментар Закона о наслеђивању, Загреб, 1964, 476-477.

локупној заоставштини, као и када је поставио више наследника и свима одредио наследне делове, па се један од њих не прихвати наслеђа, његов наследни део припада законским наследницима оставиоца. Примена права представљања код завештајног наслеђивања искључена је, тако да се на наслеђе не могу позвати потомци завештајног наследника који се одрекао наслеђа, као што је то случај код законског наслеђивања.

Нужни наследник овлашћен је да се не прихвати нужног дела који му по закону припада. Нужни део је законом одређен аликвотни део заоставштине који се за сваког наследника одређује од његовог законског наследног дела који би му припао по правилима законског наслеђивања. Оно што преостане из заоставштине по намирењу нужног дела представља расположиви део заоставштине, и овим делом заоставштине оставилац је за живота правним пословима *inter vivos* и *mortis causa* могао да располаже. Када се нужни наследник одрекне наслеђа спорно је да ли његов нужни део прираста осталим нужним наследницима, или се за вредност нужног дела увећава расположиви део заоставштине. У старијој судској пракси по овом питању заузет је став да нужни део увек прираста осталим нужним наследницима, а да расположиви део не расте.³⁴ То се образлагало тиме да се нужни део узима глобално у часу отварања наслеђа, а не у деловима појединих наследника, те је он непроменљив без обзира на одрицање.³⁵ Оваво становиште у теорији је оштро критиковано.³⁶ Величина појединачног и колективног нужног дела одређује се у сваком конкретном случају. Уколико се неко од нужних наследника одрекне свог права на нужни део, узима се као да никада није ни постао наследник, па би у том случају заоставштина изнова била расподељена. Тек тада, упоређивањем величине расположивог дела и

³⁴ У одлуци Окружног суда у Загребу Гж. 242/56-2 заузето је потпуно супротно становиште: нужни део слободан за наслеђивање услед одрицања нужног наследника не припада никада осталим нужним наследницима већ одлази у расположиви део. Наведено према: Н. Стојановић, *op. cit.*, стр. 155.

³⁵ Видети: Одлука Врховног суда Србије, Гж. 794/55; Одлука Савезног врховног суда, јун 1955. Наведено према: Б. Визнер, О правној судбини нужног дијела у случају одрицања нужног наследника од наслеђства, *Правни живот*, бр 6/67, стр. 7.

³⁶ Видети: Д. Станојевић, Одређивање нужног дела у вези са одрицањем појединих нужних наследника од наслеђа, *Анали Правног факултета у Београду*, април-јун 1959, Б. Визнер, *op. cit.*

појединачног нужног дела сваког нужног наследника утврдило би се где је отишао нужни део кога се наследник није примио.

Сагледавајући проблематику са овог аспекта долазимо до тога да у случају одрицања нужни део има различиту судбину у зависности од тога који се нужни наследник одриче, о ком нужном наследном реду се ради, као и од броја нужних наследника. Најпре, могуће је да нужни део у потпуности прирасте осталим нужним наследницима. То се увек догађа у првом нужном наследном реду,³⁷ где су колективни нужни део и расположиви део заоставштине увек једнаки и износе по $\frac{1}{2}$ заоставштине. У зависности од околности конкретног случаја нужни део наследника првог нужног реда може прирасти свим или само појединим нужним наследницима првог нужног наследног реда.

Постоји могућност и да нужни део када дође до одрицања у потпуности оде у расположиви део заоставштине, а да се нужни део осталих нужних наследника не увећа. То ће бити у случају када осим супружника има бар још један нужни наследник другог нужног наследног реда који се одриче свог права на нужни део, и бар још једно лице које је законски али не и нужни наследник оставиоца. Законски део супружника у другом наследном реду, уколико има и других санаследника увек је $\frac{1}{2}$, а нужни увек $\frac{1}{4}$ заоставштине, тако да би у случају негативне наследне изјаве неког другог нужног наследника, нужни део супружника остао непромењен. Увећао би се једино део заоставштине којим се слободно може располагати.

Могућа је и трећа ситуација, када истовремено долази до увећања расположивог дела заоставштине и нужних делова осталих нужних наследника. У том случају, дакле, нужни део нужног наследника који га се одрекао одлази делом у расположиви део заоставштине, а делом за повећање нужног дела осталих нужних наследника.³⁸

Ако се сви наследници одрекну наслеђа, заоставштина ће припасти држави као последњем законском наследнику. То ће се најчешће

³⁷ Оваква ситуација могућа је и у другом нужном наследном реду, нпр. када се као једини законски и нужни наследници јављају родитељи оставиоца, с тим што је тада расположиви део заоставштине $\frac{2}{3}$, а колективни нужни део $\frac{1}{3}$ заоставштине. Слична могућност постоји и у трећем нужном наследном реду.

³⁸ То се догађа, рецимо, када се нужног дела одрекне супружник, а постоји бар још један нужни наследник у другом нужном наследном реду.

догодити када је заоставштина презадужена и стога наследници немају интереса да се прихвате наслеђа. Са друге стране, држава се не може одрећи наслеђа, јер је она не само последњи, већ и принудни наследник. Уколико је заоставштина презадужена, то неће штетити интересима државе, јер је у нашем праву одговорност наследника за дугове оставиоца ограничена до вредности наслеђене заоставштине (*pro viribus hereditatis*).

Право на одрицање од наслеђа траје до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине. Ако наследник није дао наследничку изјаву, а умре пре завршетка оставинског поступка, право на одрицање од наслеђа не престаје његовом смрћу, већ оно улази у његову заоставштину јер представља правну моћ. То значи да право на одрицање од наслеђа прелази на наследнике оног наследника који је умро пре окончања првостепеног оставинског поступка не давши наследничку изјаву.³⁹ Овај институт у теорији често се назива наследном трансмисијом, јер овде долази до преноса овлашћења на одрицање од наслеђа. Ово овлашћење не важи неограничено, и траје до окончања оставинског поступка пред месно надлежним општинским судом. Уколико се накнадно позвани наследници не одрекну наслеђа, њихов предак биће оглашен наследником на заоставштини оставиоца. Међутим, ако се првопозвани наследник изричито или прећутно примио наслеђа, а затим умро, до наследне трансмисије неће доћи.⁴⁰

Поставља се питање од када наследник постављен под одложним условом или роком може дати наследничку изјаву. Наиме, ова лица постају наследници тек наступањем одређеног догађаја или протеком у завештању одређеног рока, а до тада заоставштина на уживање припада законским наследницима завештаоца. Када се ради о наследнику постављеном под одложним условом, а услов је будућа и неизвесна чињеница за коју није сигурно да ће наступити, сматрамо да се наследник може одрећи наслеђа тек уколико се услов испуни. До тада постоји само нада да ће он постати наследник, па би се у случају одрицања пре испуњења услова радило о одрицању од будућег наследства, које је у нашем праву ништаво.

³⁹ Видети: чл. 215 ЗОН-а.

⁴⁰ Тако и: И. Бабић, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 2005, стр. 353.

Ситуација је битно другачија када је реч о наследнику постављеном под одложним роком, будући да је рок извесна чињеница која ће сигурно наступити у будућности. Мишљења смо да би овом наследнику требало пружити могућност да се одрекне наслеђа и пре протекла рока, без обзира што дефинитивно није постао наследник. То би било у интересу свих заинтересованих лица у конкретном случају и допринело би извесности у правним односима, а не би се непотребно одлагало оно што ће сигурно наступити.

Када је наследник постављен под раскидним условом или роком, има само право уживања на делу или целој заоставштини. Уколико се такав наследник одрекне наслеђа, сматрамо да би заоставштину требали да наследе у својину законски наследници завештаоца, осим ако из завештања не произилази нешто друго. Одрицање од наслеђа, на тај начин, било би уподобљено остварењу раскидног услова, односно протеклу резолутивног рока.

Наследник коме је својство универзалног суцесора престало јер се није примио наслеђа има право да задржи поклоне које је добио за живота оставиоца. Ови поклони, наравно, неће му бити урачунати у наследни део, јер се сматра да никада није ни постао наследник, али ће они ући у обрачунску вредност заоставштине у случају да је повређен нужни део неком од нужних наследника. Из стилизације чл. 70 ЗОН-а може се закључити да ће поклони учињени овом лицу, без обзира на тренутак њиховог чињења, бити узети у обзир у циљу намирења нужног дела, односно да законодавац у овом случају третира лице које се одрекло наслеђа као потенцијалног наследника из чл. 48. ст. 3 ЗОН-а, а не као треће лице, чиме се очигледно желе заштитити економски интереси нужних наследника.⁴¹ Правила о задржавању поклона *mutatis mutandis* важе и за испоруку остављену наследнику који се одрекао наслеђа.

Потомци оставиоца, његов супружник и родитељи који су се одрекли наслеђа, а живели су у заједничком домаћинству са оставиоцем, имају право на предмете домаћинства мање вредности који служе за задовољавање њихових свакодневних потреба. Предмети до-

⁴¹ Наиме, чл. 48 ст. 3 ЗОН-а прецизира да у обрачунску вредност заоставштине улази „...вредност свих поклона које је оставилац на ма који начин учинио неком од законских наследника, независно од тога ком наследном реду припадају и да ли могу и хоће да наследе...“.

маћинства не улазе у заоставштину, већ тренутком смрти оставиоца прелазе у заједничку својину побројаних лица.⁴² Осим тога, наследници који су живели у заједници са оставиоцем, а који су својим радом, зарадом или на други начин допринели увећању заоставштине, имају право на издвајање свог доприноса из заоставштине, без обзира на чињеницу да су се одрекли наслеђа. Ова изјава односи се само на део заоставштине који би им припао, а добра за која је увећана заоставштина по слову закона не чине заоставштину, већ припадају наследницима сразмерно њиховом учешћу у увећању вредности заоставштине.⁴³

3. Поништај наследничке изјаве

Иако се једном дата наследничка изјава више не може опозвати, она може бити поништена као и било који други правни посао. У погледу поништења наследничке изјаве сходно се примењују одредбе Закона о облигационим односима⁴⁴ (чл. 60-65 и чл. 103-117), на основу чл. 25 ст. 3. Наследничка изјава може бити ништава и рушљива.

Наследничка изјава је ништава када је супротна императивним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, када је изјаву дало лице које нема пословну способност, када је изјава дата пре отварања наслеђа, као и када није дата у законом одређеној форми. Неће бити пуноважна ни изјава дата пред стручним сарадником, судијским приправником или записничарем у суду или пред неким органом управе.⁴⁵

Воља наследника који се одриче наслеђа мора бити слободна и стварна, дата са озбиљном намером да наследничко својство престане. Постојање мана воље изјаву чини рушљивом, па се она може поништити ако је последица принуде, претње, преваре или је дата у заблуди.⁴⁶ Став судске праксе је да право да истакне захтев за пони-

⁴² Видети: чл. 1 ст. 3 ЗОН-а.

⁴³ Видети: чл. 1 ст. 4 ЗОН-а и одлуку Врховног суда Србије, Гзз. 297/80.

⁴⁴ „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93. У даљем тексту: ЗОО.

⁴⁵ Видети: Решење Окружног суда у Пожаревцу, Гж. 538/95.

⁴⁶ Видети: чл. 214 ст. 4 ЗОН-а.

штај наследничке изјаве има само лице које је ту изјаву дало, а не и друга лица, па ни санаследници.⁴⁷ Међутим, становиште наше највише судске инстанце је да уколико се наследничка изјава може сматрати поклоном, тада изјаву могу побијати и нужни наследници чији је наследни део повређен.⁴⁸ Повериоци наследника који се одрекао наслеђа не могу захтевати поништај изјаве, али имају право на *actio Pauliana*, тј. право да побијају наследничку изјаву ако су њоме повређени њихови интереси.⁴⁹ Уколико у томе имају успеха, побијање изјаве имаће дејство само у односу на њих, и то у мери потребној да се намире њихова потраживања.

Када је узрок рушљивости наследничке изјаве заблуда у којој је био наследник, изјава се може поништити само ако је реч о погрешној представи о чињеницама. Заблуда о праву није извињавајућа, и она не може довести до поништаја наследничке изјаве.⁵⁰ Једино, у случају када је у заблуду о праву наследника довео судија, погрешно протумачећи законске норме, сматрамо да би таква наследничка изјава могла бити поништена.⁵¹

Интересантно је становиште наше судске праксе у вези са могућношћу поништења наследничке изјаве због заблуде о мотиву. У једној одлуци Врховни суд Србије нашао је да, када је у форми одрицања од наслеђа наследник санаследнику, уз накнаду по тржишној цени, *de facto* пренео део заоставштине, а накнада не буде исплаћена, није могуће поништити изјаву о одрицању јер она не представља наследничку изјаву, већ је реч о симулованом уговору о продаји.⁵² У другом случају, исти суд заузео је став да је, када се ради о бестеретним правним пословима, као што је и изјава о одрицању од наслеђа, мотив релевантан, па се и оваква изјава може поништити када је дата у заблуди, уколико од другог санаследника није добијена очекивана корист.⁵³

⁴⁷ Видети: одлуке Врховног суда Србије, Рев. 6396/97 и Рев. 3100/98.

⁴⁸ Видети: Одлука Врховног суда Србије, Рев. 623/98.

⁴⁹ Сматрамо погрешним становиште неких теоретичара да и повериоци наследника могу поднети захтев за поништење наследничке изјаве, дате у намери да се оштети поверилац. Видети: Б. Кашћелан, *op. cit.*, стр. 715.

⁵⁰ *Ignorantio legis nocet. Ignorantio legis non excusat.*

⁵¹ Видети: Одлука Врховног суда БиХ, Рев. 179/87.

⁵² Видети: Одлука Врховног суда Србије, Гж. 3123/76. Наведено према: Н. Стојановић, *Практикум за наследно право*, Ниш, 2008, стр. 216.

⁵³ Видети: Одлука Врховног суда Србије, Рев. 701/81. Наведено према: Н. Стојановић, *ibidem*.

У теорији се, чини се оправдано, поставља питање оправданости поништаја позитивне наследничке изјаве. Наследник који се примио наслеђа може по својој вољи располагати наслеђеном заоставштином, па сматрамо да не постоји интерес да се оваква наследничка изјава поништи. Осим тога, питање је које би то околности могле да утичу да лице услед мана воље прихвати наслеђе.⁵⁴

Законом о наслеђивању нису прописани рокови у којима се може захтевати поништај наследничке изјаве. И по овом питању донете су различите одлуке пред домаћим судовима. Неки судови погрешно везују крајњи рок за поништај изјаве о одрицању од наслеђа са тренутком окончања оставинског поступка, као последњим тренутком када наследничка изјава може бити дата, сматрајући да се у случају поништења претходне изјаве нова може дати само до тог момента.⁵⁵ Мишљења смо да у случају поништења негативне наследне изјаве није потребно дати нову изјаву, јер сматрамо крајње логичним да наследник неће опет дати изјаву истог садржаја. У таквом случају треба узети да се наследник прихватио наслеђа. Осим тога, прави се и грешка у погледу могућности измене једном дате наследничке изјаве, ако у току поступка наступе нове чињенице.⁵⁶

У погледу рокова за поништај изјаве међу теоретичарима постоји јединствен став да овде треба применити чл. 117 ЗОО, у вези са чл. 25 ст. 3 истог закона.⁵⁷ Изјава о одрицању од наслеђа може се поништити у субјективном року од годину дана, који почиње да тече од дана сазнања за разлог рушљивости, односно од престанка принуде, али не и након протекла објективног рока од три године од давања изјаве. Ако се рушљива изјава не поништи у наведеним роковима, она конвалидира.

⁵⁴ Детаљније о томе: Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 421-422.

⁵⁵ Видети: Решење Окружног суда у Нишу, Гж. 4668/07. Преузето из: Избор судске праксе, Београд, бр. 5/2008.

⁵⁶ Видети: Решење Окружног суда у Суботици, Гж. 49/94. Овде још једном указујемо на неопозивост наследничке изјаве. Ако суд утврди да је наследник био у извињавајућој заблуди о битним чињеницама, наследничку изјаву може поништити.

⁵⁷ Видети нпр.: В. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 94; О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 560. Овакво и: Врховни суд Србије, Рев. 548/82.

Захтев за поништај негативне наследничке изјаве може се поднети, у оквиру наведених рокова, у оставинском поступку. Оставински суд поништиће наследничку изјаву дату под утицајем мана воље само ако међу санаследницима нема спора о томе да је воља наследника била манљива. У случају постојања спора око чињеница од којих зависи поништење, оставински суд ће прекинути парнични поступак и странке упутити на парницу. Када је поступак за расправљање заоставштине окончан, наследник може захтев за поништење наследне изјаве поднети парничном суду, под условом да нису истекли наведени материјалноправни рокови. У улози тужиоца нашао би се наследник који је дао манљиву изјаву, док би у улози туженог, као нужни супарничари били сви они наследници којима је припао наследни део наследника који се одрекао наслеђа.

Ако наследник умре пре подношења захтева за поништај негативне наследне изјаве због мана воље, то право прелази на његове наследнике, уколико нису протекли рокови, и уколико имају правни интерес за то, тј. ако услед дате изјаве нису добили ништа из заоставштине претходног оставиоца.⁵⁸

Завршне напомене

Тренутком отварања наслеђа заоставштина прелази на све наследнике оставиоца по сили закона. У нашем праву не постоји обавеза давања наследничке изјаве као услов за стицање наследничког својства. Лице постаје наследник ако је живо, способно и достојно за наслеђивање у односу на конкретног оставиоца и ако је позвано на наслеђе по најјачем правном основу.

Међутим, иако наследник стиче право наслеђа *ex lege* у моменту смрти оставиоца, ипак он не може бити приморан да постане наследник уколико то не жели. Сва савремена законодавства признају право наследнику да да тзв. негативну наследничку изјаву. Одрицање од наслеђа има ретроактивно дејство и ствара фикцију да лице никада није постало наследник. Сходно одредбама ЗОН-а изјава о одрицању има искључиво лично дејство и не протеже се и на потомке наследника. Негативна наследна изјава мора бити дата изричи-

⁵⁸ О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 560-561.

то, усмено на записник или у писаној форми, и мора да садржи одређење на чијој заоставштини и по ком основу се наследник одриче наслеђа.

Услед тежње за уношењем сигурности и извесности у правне одnose, право на давање негативне наследне изјаве није неограничено, тако да се изјава може дати до завршетка првостепеног поступка за расправљање заоставштине. Ако наследник умре у току оставинског поступка не давши наследничку изјаву, право на одрицање од наслеђа прелази на његове наследнике.

Када се наслеђа одрекне законски наследник, његов наследни део припашће његовим потомцима, по *ius representationis*. Ако потомака нема примењује се право прираштаја, а ако нема других наследника из истог наследног реда који могу и хоће да наследе, доћи ће до примене права следоредности. У случају кад се наслеђа одрекне завештајни наследник искључена је примена права представљања, па се примењује једно од правила тумачења завештања садржаних у ЗОН-у. Одрекне ли се нужни наследник свог нужног дела, могу настати три ситуације: 1. може доћи само до увећања расположивог дела заоставштине, 2. могу се увећати само нужни делови нужних наследника и 3. може се догодити да нужни део једним делом оде у расположиви део заоставштине, а другим у нужни део осталих нужних наследника.

Наследник се не може одрећи наслеђа под условом или роком, нити се може наслеђа одрећи делимично, али се може наслеђа примити по једном, а не примити по другом правном основу. Наследничка изјава је неопозива.

Изјава о одрицању од наслеђа може бити ништава и рушљива, из истих разлога из којих се могу поништити и други правни послови. Када постоје мане воље, као разлог рушљивости завештања, наследник који је дао наследну изјаву може тражити њен поништај у року од једне године од сазнања за постојање мане у вољи, односно од престанка принуде, а у објективном року од три године који почиње тећи од дана одрицања од наслеђа. Надлежан за поништење наследничке изјаве може бити оставински суд, само ако је захтев поднет током трајања оставинског поступка и уколико међу санаследницима нема спора о постојању мана воље. У свим другим случајевима наследничка изјава о одрицању од наслеђа може бити поништена само у парничном поступку.

Novak Krstić, LLB
Junior Teaching Apprentice,
Faculty of Law, University of Niš

RENUNCIATION OF INHERITANCE RIGHTS

Summary

The successor's statement is the most important event in the course of the probate proceeding. By making a valid statement on renouncing an inheritance right, the successor is deprived of the capacity of the universal successor ex tunc and, legally speaking, he is considered never to have been a rightful successor. The successor's renunciation statement produces different legal effects depending on whether the succession has been renounced by a legal (intestate) successor, a testamentary successor or a forced successor. Once given, the renunciation statement is irrevocable, and may not be revoked for reasons and within the time limits generally prescribed for other legal affairs.

This paper is a result of the author's endeavour to examine this important institute more thoroughly. In that context, this paper is a synthesis of a comprehensive analysis of the distinctive characteristics and effects of the successor's renunciation of an inheritance right, including the possibility of revoking such a statement. On the other hand, the author provides a critical reconsideration of the presented standpoints on certain succession issues which have been subject to dispute in both legal theory and judicial practice. The paper is, concurrently, an attempt to provide some answers and possibly clarify some dilemmas directly related to the successor's renunciation statement.

Keywords: *renunciation of an inheritance right; the effect of a renunciation statement, revocation of a renunciation statement, probate proceeding*

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УСТАНОВЕ ПОМИЛОВАЊА¹
– са посебним освртом на право Србије од периода
средњег века до 1929. године –

Апстракт: *Изучавање помиловања са историјско-правног аспекта указује на чињеницу да се ради о веома старом институту, пошто се трагови његовог регулисања налазе већ у Хамурабијевом законнику. Линија његовог развоја може се јасно надале пратити кроз право античке Грчке и Рима, преко средњег века до савремених права, уз краткотрајну епизоду укидања у постреволуционарном праву Француске, која представља једини познат случај дисконтинуитета у његовој дугој и богатој историји. Преглед општег историјског развоја, о којем је до сада укратко било речи, уводи у разматрање централног питања којим се ауторка бави у овом раду, а то је историја помиловања праву Србије. Она започиње тумачењем најзначајнијих извора кривичног права средњег века, где је посебна пажња посвећена регулативи Душановог законика, наставља се анализом кривичних законика насталих после ослобођења од турске власти, као и читавог низа других недовољно познатих и слабо проучаваних аката који регулишу помиловање у неким његовим аспектима, и завршава разматрањем решења Кривичног законика Краљевине Југославије из 1929. године са новелама.*

Кључне речи: помиловање

¹ Чланак је резултат рада на пројекту «Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије», бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и заштиту животне средине Републике Србије.

1. Уводна разматрања или о општем историјском развоју помиловања

Помиловање се може сврстати у круг института чији се историјски развој може веома дуго и континуирано пратити, почевши од првих данас познатих писних правних извора. Иако се не ради о помиловању у савременом смислу те речи, значајно је продирање милости у област кажњавања, која је довела до тога да јој право државе на гоњење и кажњавање под одређеним условима уступи место, у складу са етичким и верским схватањима заједнице.

Хамурабијев законик садржи правила о помиловању за поједина кривична дела², а остало је забележено да су приликом доласка на престо вавилонски краљеви могли прогласити тзв. **мисхарум**, општи опрост од правних обавеза, било да су оне грађанске или казне-не природе.³ Старогрчко право је данас мало познато, због оскудности и фрагментарности сачуваних правних извора, чиме је отежано и проучавање помиловања. Солонов закон, како се посредно сазнаје, предвиђао је могућност укидања инфамије, мада су ове милости биле лишени осуђени за разбојништво, убиство и дела управљена на успостављање тираније.⁴ Неки аутори помињу и други атински закон данас непознатог аутора, по коме је скупштина атинских грађана у броју од најмање шест хиљада могла тајним гласањем да рехабилитује лица погођена инфамијом или осуђена на новчану казну, истовремено закључујући да се овде ипак пре ради о помиловању или амнестији него о рехабилитацији у савременом смислу те речи.⁵

² Такав пример постоји рецимо код кривичног дела прељубе. Љ. Кандић: *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд, 1979. године, стр. 45.

³ Ч. Марковић: *Законик Хамурабија*, Београд, 1925. године, стр. 70.

⁴ V. Lair: *De la Réhabilitation des condamnés dans le Droit romain et dans le droit francis ancien et*

modern, Paris, 1859. године, стр. 13, наведено према Д. Јаковљевић: *Рехабилитација у кривичном праву*, Београд, 1981. године, стр. 8.

⁵ P. Reutenauer: *De réhabilitation en matière pénale et disciplinaire*, Paris, 1900. године, стр. 13, наведено према Д. Јаковљевић: *loc. cit.*

Платон такође сведочи о овлашћењу владара да опрашта казне, што потврђује тезу о постојању помиловања у праву античке Грчке.⁶

Римско право позанје читав низ института сличних савременом помиловању, који изазивају посебну пажњу не само због своје бројности већ и због чињенице да се њихови трагови могу препознати у каснијем развоју кривичног права. Један од таквих института јесте **abolitio**, који је по речима Паулуса омогућавао «укидање, предају за бораву, престанак оптужбе и свих последица оптужбе».⁷ Папинианус је указао на његове облике – **abolitio publica** и **abolitio privata**, који «настају из јавно-правних разлога, као што је прослава свечаног дана или јавне захвалности или из приватно-правних разлога на тражење тужиоца»⁸. Институт под називом **restitutio damnatorum** представљао је ослобођење од извршења казне и престанак свих последица изазваних осудом. Примера ради, учиниоци неких *delicta publica* могли су бити осуђени на *aque et ignis interdictio* (прогонство) или *deportatio in insulam* (изгнанство на острво тј. у тачно одређено место), што се сматрало врло тешком казном како је за собом повлачило *capitis deminutio media* (принудно губљење права грађанства) и конфискацију имовине у неким случајевима. Повраћај у пређашње стање омогућавао је не само да се изгнани врати, већ и да поново добије статус римског грађанина и ужива сва права која он носи (*ius honorum*, *ius suffragii*, *ius commercii* и *ius cunabii*).⁹ Орган надлежан да одлучује о реституцији се током римске историје мењао, у зависности од државног уређења. Тако је у доба републике о овоме одлучивала *comitia* (скупштина) законом или плебисцитом,¹⁰ што институт приближава више амнестији но помиловању, док је у доба принципата и домината ова надлежност прешла у руке прин-

⁶ Он наводи да је Дионизије покушао да ухвати Хераклида, којег је сматрао кривим за побуну плаћеника, тако што му је преко посредника обећао опрштај смртне казне. *Седмо писмо*, Загреб, 1977. године, стр. 13.

⁷ *Abolitio est delatio, oblivio et extinctio accusationis.* (Паулус – *Sent. 5, 17*) Тако је услед аболиције име окривљеног брисано са посебне листе лица против којих се води кривични поступак (тзв. *inscriptio*), које су водили магистрати.

⁸ *Abolitio aut publice fit ob diem insignem aut publicam publicam gratulationem, aut privatum actore postulante.* (Папинианус – *D. 48,16,8,10*)

⁹ О. Станојевић: *Римско право*, Београд, 1986. године, стр. 112.

¹⁰ П. Вилемс: *Римско јавно право*, Београд, 1898. године, стр. 149.

цепса односно императора.¹¹ **Venia** је омогућавала уважавање оправданих разлога попут недовољног животног искуства, заблуде, заосталог душевног развоја или изузетних околности под којима је дело учињено, коју је у старије доба давао сенат, а касније цар.¹² **Indulto principis** имао је исту функцију као и реституција, док су поред њега постојали и помиловање мешовитог, сакрално-правног карактера, чијом применом је опраштана смртна казна, под условом да је осуђени на путу за извршење казне срео свештеницу богиње Весте.¹³ На посредан начин улогу помиловања могло је да одигра и овлашћење једног магистрата да стави вето на одлуку свог колеге и тиме спречи њену примену тзв. **intercessio magistratus**.¹⁴

Право да даје помиловање у европским државама средњег века припадало је монарху – носиоцу суверене власти, феудалним господарима, као и римокатоличкој цркви. Из ранијег периода је сачуван обичај помиловања поводом значајних догађаја, на пример рођења престолонаследника, ратне победе или верских празника. Старо француско право је познавало више института сличних данашњем помиловању: **la grâce** и **lettre d'abolition** пружали су ослобођење од казне под одређеним условима (када је злочин учињен у нужној одбрани или услед провокације), **commutation de peine** смањење казне, а **rappel** опозив прогонства или упућивања на галије и њихову замену блажим казнама.¹⁵ **Lettre rehabilitation** је укидао инфамију и грађанску смрт насталу услед осуде, и враћао осуђеног у правно стање пре осуде, тако да се овај облик приближава рехабилитацији.¹⁶ У Енглеској су путем милости ослобађана кривично неодговорна лица, ментално болесни и недорасли, али и сви они, који су дело учинили под таквим околностима које указују да дело није продукт њихове зле намере (самоодбрана, случај). Помиловањем се могла смртна казна заменити блажим казнама, као што су депортација у колоније

¹¹ *Op. cit.*, стр. 431.

¹² А. Ромац: *Речник римског права*, Загреб, 1989. године, стр. 383.

¹³ Т. Живановић: *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, Београд, 1937. године, стр. 409.

¹⁴ А. Ромац: *Речник латинских правних израза*, Загреб, 1985. године, стр. 155.

¹⁵ L. Sebba: *Clemency in perspective*, *Criminology in perspective*, London, 1977, стр. 37.

¹⁶ Д. Јаковљевић: *op. cit.*, стр. 12.

или служба у морнаричким јединицама. Повратак части и грађанских права представља такође једно од дејстава помиловања.¹⁷ *Constitutio Criminalis Carolina*, један од најзначајнијих извора кривичног права у средњем веку, донет у Немачкој 1532. године, није регулисао помиловање, али је немачком праву је постојало тзв. милостиво суђење (или суђење по милости), којим је остваривано његово дејство.¹⁸ Специфичност немачког права у овој области представљао је и обичај тзв. помиловања по крвнику, примењиван код масовних smakнућа, по коме је сваки десети осуђеник припадао крвнику, који га је уз откупнину могао ослободити. Обичај у неким крајевима Немачке је женама племенитог рода давао право да поклоне живот осуђеном на смрт, као и верској заједници да једном годишње моли за ослобођење осуђених.¹⁹

Развој науке кривичног права у XVIII веку довео је до темељног преиспитивања и критике средњовековног кривичног права, која није заобишла ни помиловање. Један од представника класичне школе, Чезаре Бекарија сматрао је да помиловање није у складу са читавим низом правних начела – начелом једнакости грађана пред законом, поделе власти, законитости, сразмерности као и да слаби остваривање генералне превенције, али да је с обзиром на суровост ондашњег права и арбитрерност у његовој примени још увек неопходно.²⁰ Имануел Кант такође припада противницима помиловања; он је, у складу са основним постулатима свога учења, сматрао да је казна категорички императив злочина, нужност коју намеће правда.²¹ Тако се помиловање јавља као фактор који ремети логичан след ствари, по којем је казна нужан одговор на злочин. У Енглеској се критика

¹⁷ L. Sebba: *op. cit.* 1, стр. 224.

¹⁸ Наиме, суд је био овлашћен да одмери казну блажу од прописане или да чак ослободи од казне учиниоца кривичног дела, ако се установе одређене околности, које би се са данашњег становишта, углавном могле сврстати у олакшавајуће. Институт милостивог суђења се могао применити само ако је на то пристао приватни тужилац тј. оштећени или судија, код дела за која је прописана новчана казна у корист јавне власти, а коју је присвајао сам судија! У XVI веку помиловање постаје искључиво право покрајинских владара и цара. В. Бауер: *Казнено поступовно право*, књ. I, Загреб, 1943, стр. 72.

¹⁹ *Op. cit.*, стр. 73.

²⁰ Ч. Бекарија: *О злочинима и казнама*, Сплит, 1984. године, стр. 132.

²¹ L. Sebba: *op. cit.* 1, стр. 226.

помиловања односила више на злоупотребе и неоправдано широку примену, посебно на праксу «нуђења помиловања» саучесницима, не би ли се приволели да сведоче против извршиоца кривичног дела.²² Слични ставови о помиловању могли су се наћи и у француској правној теорији, али су они засењени чињеницом да су у овој земљи доношењем Казненог законика 1791. године укинута сви облици милости које је давала извршна власт (чл. 7).²³ То је једини познати случај дисконтинуитета у развоју проучаваног института, иако експеримент укидања није био дугог века, пошто је помиловање поново уведено са успостављањем Конзулата 1802. године, али сада као овлашћење Првог конзула у складу са новом организацијом државне власти.²⁴ На крају, као опште тенденције у развоју помиловања у периоду буржоаских држава могу се уочити детаљније регулисање доношењем кривичних законика, издвајање рехабилитације и амнестије из његовог оквира и њихово оформљавање као самосталних кривично-правних института.

2. Историјски развој установе помиловања у праву Србије

Предмет посебног интересовања свакако представља историјски развој установе помиловања у нашем праву. Дуга и богата историја створила је потребу периодизације, због чега је излагање подељено у неколико целина, почевши од српског средњовековног права са освртом на његову судбину након турских освајања, док су остали периоди омеђени доношењем кривичних законика.

2.1. Помиловање у средњовековној Србији

Историја права у средњовековној Србији може се поделити у две епохе, раздвојене доношењем Душановог законика 1349. године. Нажалост, о периоду раног средњег века, када је и формирана српска држава, нема довољно података. Може се само претпоставити да је примењивано данас недовољно познато обичајно право, као и да

²² *Idem*

²³ Т. Живановић: *op. cit.*, стр. 410.

²⁴ *Idem*

је преовладавала приватна реакција која је са јачањем државе све више уступала место јавној. Од доба Стефана Немање има више сачуваних правних извора; они сведоче о јаком византијском утицају вршеном кроз рецепцију –превођење и примену византијских световних закона, који су *«црквеним путем ушли у Србију, као саставни део хришћанске вере и њених канона»*.²⁵ Констатацију потврђује чињеница да је у свим познатим преписима Номоканон праћен изворима световног права – изводом из Јустинијанових Новела и читавим Прохироном, основним зборником византијског грађанског и кривичног права са судским поступком. Данас је тешко проценити колики је био стварни утицај ових извора у Србији пре Душана, поготову што је у кривичном праву постојао јаз између византијских и српских правних схватања, нарочито у домену кажњавања.

Детаљније регулисање материје помиловања извршено је тек за време владавине цара Душана. При томе се не мисли само на доношење чувеног Душановог законика, већ и на превод и прераду у оно доба најновијег и најбољег византијског правног зборника тзв. Синтагме јеромонаха Матије Властара из 1335. године. Поменути извори су у свим старијим преписима били повезани у један јединствени зборник, који је по редоследу садржао: Скраћену Синтагму, Законик Јустинијанов и Душанов законик. Да није у питању случајност сведочи и реченица на крају Синтагме: *«Оно што се не налази у Скраћеној Синтагми, треба читалац (тј. судија, прим. аут.) да тражи у Законнику Јустинијановом и Законнику Душановом»*.²⁶ Упутство важи и за одредбе о помиловању, јер оне у Душановом Законнику представљају наставак и допуну одредаба из Синтагме.

У Властаревој Синтагми помиловање се помиње у оквиру одредбе о извршењу смртне казне (Т-4).²⁷ Њоме је прописано да се смртна казна може извршити тек ако цар није, у року од тридесет дана од осуде, помиловао осуђеног. Поступак помиловања није регулисан, тако да није јасно да ли је сам осуђени молио цара за милост, или је то, што изгледа вероватније, *ex officio* чинио суд. Потпуна

²⁵ С. Новаковић: *Законик Стефана Душана цара српског*, Београд, 2004. године, стр. XV

²⁶ А. Соловјев: *Историја словенских права & Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Београд, 1998. година, стр. 363.

²⁷ *Op. cit.*, стр. 469.

Синтагма је предвиђала и посебан основ гашења казне, који се не односи на поименично одређено лице, већ на читаву групу осуђених лица. На основу ове одредбе лица осуђена за лакша кривична дела могла су без цареве наредбе да буду ослобођена на велики хришћански празник Ускрс.²⁸ У Душановој редакцији Синтагме ова одредба је у потпуности изостала, вероватно зато што се косила са схватањем да владар једини, као «чувар закона» има право да ублажава његову суровост и одриче се права на кажњавање у појединим случајевима. Остаје спорно питање важења Потпуне Синтагме, која је такође у препису сачувана из Душановог доба.

Душанов законик на следећи начин одређује помиловање (чл. 115): *«И ко је чијега човека примио из туђе земље, а он је побегао од свога господара, од суда, ако даде милостно писмо царево, да се не оспори, ако ли не даде милости, да му се врати»*.²⁹ Тумачењем овог члана долази се до закључка да се он односи на ситуацију када учинилац кривичног дела побегне од тзв. патримонијалног суда, било пре почетка суђења било по изрицању казне. Добијањем «милостне књиге» гасило се право господара на кривично гоњење или извршење изречене казне. Наши познати историчари права се не слажу око тога ко је имао право да се обрати цару за милост, бегунац или нови господар, који га је примио; Ст. Новаковић је приклоњен првој могућности, док А. Соловјев и Т. Тарановски другу сматрају исправнијом, што је и по нашем мишљењу вероватније.

Допунама Душановог законика 1354. године (чл. 149.) искључена је могућност помиловања у одређеним случајевима: *«Овим начином да се казни лопов и разбојник доказани. Ако се само лице ухвати у њих, или ако их ухвате у разбојништву или крађи, или их преда жупа или село, или господари или властела, који су над њима, како је више уписано, ти разбојници и лопови да се не помилују, него да се ослепе и обесе»*.³⁰ Потпуно је јасно да су учиниоци кривичних дела крађе и разбојништва лишени могућности помиловања, али се овде може јавити проблем разумевања услова под којима се то дешава, због застареле правне терминологије. Наиме, «лице» у старом срп-

²⁸ *Idem*

²⁹ Д. Богдановић, и др: *Душанов законик*, Београд, 1986. године, стр. 72.

³⁰ *Op. cit.*, стр. 78.

ском језику не означава особу већ ствар, у овом контексту присвојену извршењем кривичног дела. Из тога се да закључити да су услови за искључење помиловања да је учинилац ухваћен на делу или да је предмет присвојен кривичним делом пронађен код њега.³¹

Помиловање је у Душановом законнику било регулисано не само самостално, како је напред описано, већ и у вези са једним другим институтом кривичног права – азилом. Као и у другим хришћанским државама средњег века црквама је било признато право да пружају уточиште кривцима. Оно је било унето још у Прохирон (важио од 1219. године), по коме је сваки кривац који у црквену порту уђе без оружја уживао заштиту. Поменути привилегију нису уживали једино: нехришћани, јеретици, робови, убице, издајници, прељубочинци, порезници који су упропастили прикупљени порез и дужници државног пореза.³² Властарева синтагма садржи посебну главу посвећену азилу (Е-13).³³ И овај извор одређени круг лица лишава привилегије азила, само је он сада ужи и обухвата: убице, прељубочинке и отмичаре. Када се већ говори о ограничењима, у теорији има различитих одговора на питање да ли су робови – отроци имали право азила. Језичким тумачењем цитиране одредбе из Синтагме долази се до закључка да јесу, док систематско тумачење наводи на супротан закључак. Наиме, члан 72. Душановог законика прописује да се свакоме ко дође на двор царев *«учини правда, сем робу властеоском»*.³⁴

Душанов законик допуњује правна правила о азилу тако што га проширује на царски двор (чл. 112): *«Који човек утече из сужањства, чим дође на двор царев, био царев човек, или црквени или властеоски, тим да је слободан...»*.³⁵ Наредни члан је проширио азил и на патријаршијски двор: *«Који се сужањ држи на двору царства ми, те утече на двор патријаршки, да је слободан и такође на двор*

³¹ Интересантно је питање због чега су баш учиниоци ових дела били лишени милости. Изгледа да је правило реликт из старословенског обичајног права, које је познавало тзв. крађу с лицем/обличенијем и строго је кажњавало, мада не смртном казном, уведеном под утицајем византијског права. Т. Тарановски: *Историја српског права у немањихкој држави*, Београд, 2002. године, стр. 348.

³² А. Соловјев: *op. cit.*, стр. 467.

³³ *Idem*

³⁴ Д. Богдановић и др: *op. cit.*, стр. 67.

³⁵ *Op. cit.*, стр. 72.

*царев да је слободан.»*³⁶ Изгледа, на основу језичког тумачења, да је азил по сили закона имао исто дејство као и помиловање – престанак права државе на кривично гоњење и извршење казне, што је по мало необично решење. Уосталом, оно се разликује од византијског права, где је учинилац кривичног дела уживао заштиту само док се налазио у прибежишту, ако би га напустио могао је поново бити ухваћен. Прекид континуитета Ст. Новаковић објашњава настојањем да се увелича углед и сјај нове највише државне и црквене власти. Са друге стране, Соловјев истиче да гашење права на кривично гоњење и извршење казне никако није могло наступити *ex lege*; бегунац је морао да сачека милосну књигу цареви како би дефинитивно био ослобођен, па су ова два института била међусобно повезана. Међутим, он не наводи на чему базира свој став. Може се претпоставити да је историјско-правним методом извео такав закључак, јер је тешко поверовати да би владар ондашњих овлашћења тек тако, без икаквог свог увида, препустио разрешавање важног питања као што је одрицање права државе на гоњење и кажњавање.

Посебан проблем у примени правила о помиловању могао се јавити када учиниоци кривичних дела крађе и разбојништва затраже азил. Заправо, тада долази до сукоба норме садржане у члану 149. која забрањује помиловање и норми из чланова 112. и 113. које дају право азила без икаквих ограничења. Имајући у виду историјски контекст, врло је вероватно да је сукоб разрешавао сам владар.

Душанов кодекс је несумњиво важио једно време и после његове владавине. Стефан Урош је посебним актом на сабору 1357. године потврдио законодавство свог оца, а каснији владари су се често позивали на Душанов законик, што сведочи о његовом важењу. Последњи, данас познати такви правни акти су уговори деспота Ђурђа са Дубровником из 1428. и 1445. године, «*закључени по закону великог цара Стефана*»,³⁷ тако да су и правне норме о помиловању вероватно важиле све до пада деспотовине.

За период од XV до XVIII века нема довољно историјских података, који би указали на то шта се дешавало са српским правом. Зна се да је у манастирима настављено преписивање најзначајнијих

³⁶ *Idem*

³⁷ А. Соловјев: *op. cit.*, стр. 530.

правних извора. Мишљења о томе да ли је наведена преписивачка делатност утицала на правни живот су подељена, али је врло вероватно да у области помиловања није била од значаја.

2.2. Помиловање у периоду од 1804. до 1860. године

Упоредо са борбом за ослобођење од турске власти текао је и процес обнове и развоја државних институција и домаћег законодавства. Тако је већ 1804. године на скупштини ваљевске нахије донет Кривични законик проте Матеје Ненадовића. По обиму невелик, од свега 15 чланова, Законик је врло штуро регулисао кривично-правну материју, предвиђајући само поједина кривична дела и казне. Њиме нису били регулисани општи институти кривичног права, па је остало и регулисање помиловања.³⁸

Први пут је у ослобођеној Србији ово питање уређено 1807. године Основанијем Правитељства серпскога (чл. 7): *«Ови судови нахијски свако важно дело имају зајавити Правитељствујушчему Сенату, особито што се тиче живота кога год човека; да немају никога смрти предати, докле Правитељствујушчему Сенату не јаве и милост од Светљејшег Књаза не просе осуђеному»*.³⁹ Из наведене одредбе следи да су нахијски судови по службеној дужности покретали поступак помиловања, под условом да су изrekli смртну казну, као и да је Књаз био надлежан да о њему одлучује. Не може остати непримећено да овакво решење подсећа на наше средњевековно право, тиме је изазвана тешко решива дилема – да ли се ради о покушају успостављања правног континуитета или је посреди само случајност. Такође, треба истаћи да је непотпуно регулисање оставило отвореним питање правног дејства помиловања (да ли се оно састојало у ослобођењу од казне или је постојала и могућност замене блажом казном) и правних могућности помиловања када је изречена нека друга врста казне (на пример телесна казна или апс). Са друге стране, оквирно регулисање помиловања је разумљиво због природе цитираног акта, пошто се ради о основном закону, а не о закону који регулише кривично-правну материју.

³⁸ Т. Живановић: *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865. године*, Београд, 1967. године, стр. 7.

³⁹ С. Новаковић: *Уставно питање и закони Карађорђевог времена*, Београд, 1988. године, стр. 37.

Карађорђевић Криминални законик из 1807. године (мада га неки историчари права датирају у 1809. годину) у два члана предвиђа случајеве када помиловање није могуће. Чланом 30. искључена је могућност да се помилује мајка, која је убила своје ванбрачно дете: «Жена или девојка, којој би се случило да роди без мужа дете ... ако би се усудила удавити (дете прим. аут), то тако и она се осуђује на смрт, без какве даље Милости...». Лишени права на помиловање су били и хајдуци (чл. 35), уз напомену да је и за ово дело била прописана смртна казна: «Ко би отишао у хајдуке и харао браћу своју, томе никакве Милости ...».⁴⁰

Други српски устанак 1815. године довео је до правног дисконтинуитета, пошто закони донети пре њега нису више важили. Услед тога је и помиловање дуго времена било нерегулисано, све до доношења Пословника Народног суда (1828. године) по коме је суд био у обавези да «решења своја, којима кога осуђује на смрт, подноси Књазу на потврђење».⁴¹

Сретењски устав (донет 1835. године) потврђује класично право владара да даје помиловање на основу којег је било је могуће «олакшавати и праштати одсуђене казне» (чл. 17),⁴² тј. заменити изречену казну блажом и ослободити од извршења казне било делимично било у потпуности. Што се поступка помиловања тиче, познато је из Устројства државног совјета, донетог убрзо после устава, да је попечитељ правосуђа «предлагао да се кривци помилују, или да им се одпусти што од казни, које су им судови пресудили».⁴³ Да поменемо да је Сретењски устав, под притиском великих сила, суспендован после нешто више од две недеље важења.

Следећи значајан правни извор је Указ о оснивању Великог суда из 1837. године.⁴⁴ Његовим доношењем измењена је организација судске власти у Србији и остварена тростепеност суђења; у првом степену судио је магистрат, у другом новоосновани Велики суд и у трећем Совјет, који је могао тражити милост, ако је изречена смртна

⁴⁰ Т. Живановић: *op. cit.* 2, стр. 12.

⁴¹ *Op. cit.*, стр. 69.

⁴² Ј. Ђорђевић: *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941)*, Београд, 1988. године, стр. 29.

⁴³ Т. Живановић: *op. cit.* 2, стр. 96.

⁴⁴ *Op. cit.*, стр. 115.

казна, вечна робија или мртва шиба. Ова одредба црпе свој значај управо из чињенице да се у њој први пут помиловање изричито повезује не само са смртном, већ и другим врстама казни.

У међувремену настављен је рад на доношењу новог устава; после неколико неуспелих пројеката, он је окончан 1838. године доношењем Четвртог султановог хатишерифа за провинцију Србију, познатијег под називом Турски устав, који није донео никакве новине у области помиловања, јер га регулише на исти начин као претходни.⁴⁵ Једино је истакнуто да Султан преноси Књазу, уз неке друге таксативно набројане надлежности, и овлашћење да одлучује о помиловању.

После доношења Турског устава у читавом низу општих аката (закона и уредаба) могу се наћи одредбе о помиловању. Војени закон из 1839. године, поред војних и неких других кривичних дела, предвиђа и поступак помиловања за лица осуђена од војног суда (чл. 120). Пресуде за «велика злочинства и у важним случајевима» морале су бити достављене Апелационом војном суду као последњој судској инстанци, који их је по коначном решавању даље морао поднети Књазу на «*усмотреније*». У циљу правилне и јединствене примене дато је аутентично тумачење појма великог злочинства. Наиме, ради се кривичним делима за која је прописана нека од следећих казни: телесна од 50 до 100 удараца штапом, тешка тамница или робија са гвожђем од једне до пет година, или велика шиба.⁴⁶ Треба истаћи чињеницу да је њиме остављена слобода суду да процени шта је то «важан случај» и да на основу тога покрене поступак помиловања, што до тада није било могуће, јер је покретање поступка увек било везано само за врсту изречене казне.

Многобројни правни акти, по материји сврстани у организационо кривично процесно право, даље разрађују уставну одредбу о помиловању. Устројеније Великог или Апелационог суда, донето 1840. године, предвиђа да се Књазу на помиловање, преко Попечитеља правосуђа, подносе све пресуде, којима је изречена: смртна казна, казна вечите или дуготрајуће робије, или лишење чина и звања. Суд је могао да тражи милост и у случају када оцени да за то постоје

⁴⁵ Ј. Ђорђевић: *op. cit.*, стр. 53.

⁴⁶ Т. Живановић: *op. cit.* 2, стр. 135.

оправдани разлози или када то захтева сам осуђени, што раније није било изричито наведено.⁴⁷

Устројеније гарнизоног војства из 1845. године доноси мање измене у регулисању помиловања за осуђена војна лица. И даље постоји обавеза суда да тражи помиловање ако осуди на смрт, али и на мртву шибу и лишење официрског чина, с тим што другостепени суд пресуду са списима предмета не доставља непосредно Књазу (као раније по Војеном закону), већ преко Попечитеља унутрашњих дела.⁴⁸

Реформа судске власти настављена је 1846. године доношењем Устројенија Врховног суда, који би судио у последњем, трећем степеноу. Тако је на њега прешла ранија обавеза Апелационог суда да своје пресуде подноси Књазу на помиловање, ако је њима осудио на смрт, робију и заточење у трајању дужем од шест година или на лишење чина и звања.⁴⁹

Закон о замени телесних казни из 1853. године представља релевантан извор за ово излагање, пошто прецизно уређује начин замене телесних казни помиловањем (чл. 6, 7 и 8). Шиба од девет пута на место замењена је осмогодишњом робијом у тешком гвожђу, од шест пута на место петогодишњом робијом у тешком гвожђу, а од три пута на место двогодишњом робијом у лаком гвожђу.⁵⁰ Можда се на основу овога не може закључити да се овде ради о замени казне блажом тако да треба навести, ради разјашњења, начин извршења казне шибе. Казна се извршавала на јавном месту тако што је осуђени, наг до појаса, пролазио одређени број пута (9, 6 или 3) кроз строј од триста момака са једне и друге стране, који су га могли само једном ударити шибом. Последица ове сурове казне је неретко била смрт (услед чега је казна називана и «мртва шиба») или тешка обогаљеност и неспособност за рад.

Устројење Врховног и Касационог суда, донето 1858. године, уноси измене у материју помиловања, јер прописује да суд подноси пресуду Књазу на помиловање, не само у случајевима набројаним у

⁴⁷ *Op. cit.*, стр. 147.

⁴⁸ *Op. cit.*, стр. 181.

⁴⁹ *Op. cit.*, стр. 193.

⁵⁰ *Op. cit.*, стр. 290.

Устројенију из 1846. године, већ и ако је изрекао казну шибе већу од шест пута на место и казну «низвржења на нижи степен».⁵¹

Закон о измени и допуни извесних тачака устројства Совјета Кнежества Серпског из 1858. године садржи одредбе о помиловању чланова Совјета, осуђених било за опште, било за политичко кривично дело. Књаз је имао право помиловања по молби осуђеног, као и онда када је совјетник осуђен на смрт.⁵²

2.3. Помиловање у периоду од 1860. до 1929. године

Рад на кодификацији кривичног права започет још у претходном периоду за време владавине кнеза Александра Карађорђевића окончан је 1860. године доношењем Казнителног законика, који је уз бројне измене важио прилично дуго, све до 1930. године.⁵³ Иако би се с правом могло очекивати да потпуније регулише питање помиловања, Казнителни законик не садржи и одредбе о овом институту, а од основа гашења права државе на кривично гоњење и извршавање казне уређује једино и врло детаљно застарелост, којој је посвећена читава осма глава Законика.⁵⁴ Али, његовим ступањем на снагу укинута су све уредбе и закони «по казнителним предметима», сем раније наведеног Војеног закона из 1839. и неких других, за ово излагање незначајних аката. Услед тога је 1860. године донето ново Устројеније Апелационог суда. Слично ранијем закону, постављена је обавеза суда да све пресуде, којима је изречена смртна казна, затвор, робија или заточење у трајању дужем од пет година, или лишење чина и звања достави преко Попечитељства правосуђа Књазу на помиловање. Уз пресуду су достављани сви списи предмета, као и извештај суда, који треба да садржи «*обстојателства ако би какви било, која би заслуживала признатије за помиловање*».⁵⁵

Устројеније централног правленија из 1862. године уређује централну државну управу, делећи је на министарства и одређујући њихове надлежности. Министар правосуђа је, поред осталог, надлежан да подноси молбе за «*помиловање и умекшавање досуђених казни, са својим образложеним мишљењем о оправданости*».⁵⁶

⁵¹ *Op. cit.*, стр. 305.

⁵² *Op. cit.*, стр. 325.

⁵³ Д. Николић: *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш, 1991. године, стр. 79.

⁵⁴ *Op. cit.*, стр. 212.

⁵⁵ Т. Живановић: *op. cit.* 2, стр. 350.

⁵⁶ *Op. cit.*, стр. 381.

Употпуњавање кривично-правне материје извршено је Законом о поступку судском у кривичним делима 1865. године, где се помиловање помиње у оквиру одредаба о Касационом суду, који је дужан да потврђену осуду на смртну казну, достави преко Министра правде Краљу на помиловање.⁵⁷

Неке новине у области помиловања везане су за Правила о домаћем реду у казним заводима из 1868. године. Наиме, регулисањем режима издржавања казне лишења слободе, предвиђене су одређене погодности за добро владање, као што су новчано награђивање, већа слобода кретања, али и могућност добијања помиловања,⁵⁸ чиме је овај институт везан за позитивне промене у понашњу осуђеног лица.

Нови Светониколски (Намеснички) устав из 1869. године другачије уређује материју помиловања, предвиђајући два режима помиловања – општи, применљив на свако осуђено лице, и посебни за одређене категорије осуђеника. У седмој глави Устава, иначе посвећеној судовима, стоји да Књаз може да *«преобрати досуђену казну у казну другог блажег рода, или да је смањи, или сасвим опрости»* (чл. 118).⁵⁹ Са друге стране, Књаз није могао да помилује осуђеног министра без сагласности Народне скупштине (чл. 104).⁶⁰ Правило се односило на случај када Народна скупштина оптужи министра за издају према отачаству или владаоцу, повреду устава, примање мита или оштећење државе из користољубља, за шта је била потребна одлука донета двотрећинском већином. Министру није судио редовни него посебан суд, чије су формирање и поступак били регулисани посебним законом. Низу специфичности у овом поступку додато и посебно правило о помиловању које је, шире посматрано, могло да постане инструмент скупштинске контроле над радом владе, али и начин контроле самог монарха.

После неуспешног рата са Бугарском Краљ Милан је био принуђен на политичке компромисе, од којих је један и доношење новог устава којим би био редефинисан однос скупштине и извршне власти. Резултат компромиса – Устав из 1888. године регулише помиловање (чл. 51. и 140.) на идентичан начин као и претходни, тако да

⁵⁷ *Op. cit.*, стр. 401.

⁵⁸ Д. Атанацковић: *Пенологија*, Београд, 1988. године, стр. 249.

⁵⁹ Ј. Ђорђевић: *op. cit.*, стр. 86.

⁶⁰ *Op. cit.*, стр. 85.

у том делу не изазива посебну пажњу. Интересовање изазива амнестија, нов до тада у уставима непредвиђен институт. Право амнестије је дато Краљу (чл. 50), а не законодавном телу како је данас уобичајно.⁶¹ Сем тога нема никаквих других одредаба, па се на основу Устава не може закључити по чему се амнестија и помиловање разликују. Ондашња правна наука истицала је да дистинкција лежи у правном дејству ових института. Амнестија је, како следи из самог њеног назива,⁶² доводила до правог заборављања деликта, односно поништења пресуде тј. свих њених дејстава ретроактивно.⁶³ За разлику од помиловања, амнестија је безлична (не даје се поименично наведеном лицу, него за одређена кривична дела у одређеном периоду) и колективна, што је повезано са претходно наведеном одликом.⁶⁴

Од значаја за тему која се обрађује могу бити и извори војног кривичног права донети почетком 1901. године: Закон о устројству војних судова, Војни казни законик и Законик о поступку војних судова у војним кривичним делима. Првостепени суд, који је изрекао смртну казну, био је у обавези да пресуду достави Великом војном суду, чак и када није изјављена жалба, који би је затим, у случају потврђивања, преко Министра војног достављао Краљу на «увиђај» (чл. 245. у вези са чл. 277). Изузетно, поменути поступак није се примењивао за време ратног стања, када за одређена кривична дела (чл. 66 ВКЗ-а) суде преки војни судови. Законик предвиђа и посебан поступак за повраћај права, изгубљених услед осуде за злочинство, уз напомену да она могу бити враћена и помиловањем (чл. 276). Овим чланом се проширује његово дејство, мада не треба изгубити из вида ограничену могућност примене, само на лица осуђена за војна кривична дела.

Уставне промене за време владавине кнеза Александра окончане су даровањем новог устава 1901. године, којим је у материји поми-

⁶¹ *Op. cit.*, стр. 112.

⁶² Грчка реч *άμνηστία*, од које је потекао назив института, у дословном смислу значи заборављање (прим. аут).

⁶³ Ж. Периф: *О амнестији у српском кривичном праву*, Београд, 1909. године, стр. 7.

⁶⁴ Т. Живановић: *Основи кривичног права, Општи део*, Београд, 1910. године, стр. 326.

ловања извршено комбиновање старих са неким новим решењима. Први пут је изричито прописано да «*помиловање не уништава пресуду у њеном грађанском делу*»,⁶⁵ тако да на права трећих лица заснованих на осуди, помиловање нема никакав утицај. Несумњиво је да су ове допуне представљале позитиван помак у уређивању ове установе. Уставом није наведено шта помиловање обухвата, али се може посредно закључити да је, поред могућности да се њиме опрости казна, делимично или у потпуности, или да се казна замени блажом, отворена и могућност прекида кривичног гоњења – аболиције, што ранији уставни не помињу. Могућност прекида истраге и суђења је резервисана само за политичке кривце (чл. 87).⁶⁶

Амнестија је такође претрпела измене, у виду ограничења примене на политичке кривце. Ако се сетимо да је онда важећи КЗ предвиђао поделу кривичних дела на злочине, преступе и иступе, то практично значи да се амнестија могла дати само за злочине и преступе, али не и за иступе, јер међу њима није било политичких кривичних дела.⁶⁷ Сигурно да је то, поред решења из члана 87, довело до фаворизовања ове категорије учинилаца кривичних дела, што постаје јасно када се узму у обзир ранија излагања о њеном дејству.

Устав доноси и посебна правила о амнестији и помиловању министара. Ако су учинили неко од Уставом набројаних дела (издаја земље и владаоца, повреда Устава и уставних права српских грађана, примање мита) или дело предвиђено посебним Законом о министарској одговорности, министри нису могли бити амнестирани, нити им је казна могла бити опроштена или смањена, нити је могла бити прекинута истрага и осуда спречена (чл. 82.) без сагласности Народне Скупштине.⁶⁸

После мајског преврата и смене династија на српском престолу, питање промене устава је поново постало актуелно. Међу сукобљеним политичким струјама, превагу је однела она која се залагала за враћање на снагу Устава из 1888. године. Тако је нови Устав из 1903. године у ствари стари по садржини, па ни помиловање ни амнестија нису претрпели никакве измене.

⁶⁵ Ј. Ђорђевић: *op. cit.*, стр. 148.

⁶⁶ *Op. cit.*, стр. 158.

⁶⁷ Т. Живановић: *Истуди из Кривичног законика*, Београд, 1925. године, стр. 21.

⁶⁸ Ј. Ђорђевић: *op. cit.*, стр. 157.

Следећи период у развоју започиње стварањем нове државе, Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Након тешког двоипогодишњег периода провизоријума тј. привремене организације државе, обележеног оштрим сукобима око питања државног уређења, донет је 1921. године Видовдански устав. Једину новину у материји помиловања представља издвајање кривичних дела која се гоне по приватној тужби. Наиме, Уставом је предвиђено да ће се помиловање за ова дела регулисати посебним Законом о поступку судском у кривичним делима (чл. 50).⁶⁹ Остала питања, правно дејство и надлежност за давање помиловања, решена су на исти начин као у претходном уставу. Али, требало би поменути да је Уставом била предвиђена установа премапотписа (чл. 54), што значи да ниједан акт краљевске власти није могао имати правну снагу ако га није потписао надлежни министар,⁷⁰ односно министар правосуђа када говоримо о амнестији и помиловању.

Значајне интервенције су извршене у области амнестије проширивањем домена примене и на учиниоце војних кривичних дела.⁷¹ Члан 50. Устава предвиђа да је амнестија могла бити дата пре почетка кривичног поступка, за време његовог трајања и после извршене пресуде, те је она обухватала одрицање државе од кривичног гоњења и поступања, али и одрицање од извршења казне. Једини изузетак представља амнестија министара, коју Краљ не може дати пре изречене пресуде, за шта је био потребан претходни пристанак Народне скупштине.⁷² Такође, први пут Устав наводи да амнестија може бити појединачна и општа.

Закон о поступку судском у кривичним делима од 1922. године посебно регулише помиловање за кривична дела која се гоне по приватној тужби, искључујући могућност аболиције. Тако помиловање

⁶⁹ *Op. cit.*, стр. 215.

⁷⁰ *Op. cit.*, стр. 216.

⁷¹ Војна кривична дела су, као и политичка, или злочини или преступи, тако да и овде важи раније учињена напомена да амнестија није могла бити дата за исту пе.

⁷² Идентичне одредбе о помиловању министара постоје и у *Закону о министарској одговорности* из 1922. године, *Службене новине*, бр. 150 - XXV и касније у *Закону о уређењу врховне државне управе* из 1929. године, *Службене новине*, бр. 78 - XXXII

у овом случају може да утиче само на казну. Иначе, у правној теорији се онда често наводило да је аболиција најгори вид помиловања, пошто може штетити и самом помилованом лицу јер му ускрађује право да се брани и докаже своју невиност.

Ближе одредбе о поступку помиловања дате су у Распису Министарства правде из 1925. године, а односиле су се на пријем молби за помиловање и амнестију при ступању на издржавање казне и приликом инспекције казних завода и судских затвора. Примљене молбе управник или старешина завода подносио је надлежном суду (који је судио у првом степену), заједно са својим извештајем о понашању и здрављу осуђеника.⁷³ Новим Расписом из 1929. године Министарство је допунило постојећа процесна правила предвиђајући хитност поступка и обавезу да се молбе које пошаље Министарство правде морају у оригиналу повратити са извештајем о томе шта је по њима учињено.⁷⁴

Нова држава је окупила подручја различите правне традиције и наслеђа, па се често каже да је у првим годинама њеног постојања владао правни партикуларизам, што је имало утицаја на изворе кривичног права и регулисање помиловања.⁷⁵ Унификација кривичног права извршена је 1929. године доношењем Кривичног законика, Законика о судском кривичном поступку и Закона о извршењу казни лишења слободе. Иако се с правом могло очекивати да ће помиловање и амнестија бити регулисани Кривичним закоником Краљевине Југославије до тога није дошло; од свих основа за гашење права државе на кривично гоњење и кажњавање традиционално је предвиђена једино застарелост. Помиловање се у Законнику тек узредно помиње у неколико чланова (8, 48, 90. и 300).⁷⁶

⁷³ М. Доленц: *Теорија судског кривичног поступка за Краљевину Југославију*, Београд, 1933. године, стр. 334.

⁷⁴ *Idem*

⁷⁵ У Србији је још увек, додуше са бројним изменама, важио Законик из 1860. године, у Црној Гори Законик из 1906, док је аустријски Казнени закон о злочинима, преступима и иступима из 1852. важио у Хрватској, Словенији и Босни, а угарски Казнени закон о злочинствима и преступима у Војводини. На територији читаве државе важиле су поједине одредбе српског КЗ– а, Војни КЗ из 1901. и Закон о заштити јавне безбедности и поретка у држави из 1929. године.

⁷⁶ М. Чубински: *Научни и практични коментар Кривичног законика*, Београд, 1930. године, стр. 190.

Законик о судском кривичном поступку, са друге стране, детаљно уређује поступак помиловања и тзв. појединачне амнестије. Појединачна амнестија представља посебан облик који се, за разлику од опште, могао применити на друга кривична дела (не на политичка и војна), дакле и на дела за која се гоњење предузима по приватној тужби (чл. 429. ЗСКП).⁷⁷ Постављене су две могућности за његово покретање – по службеној дужности или на молбу осуђеног или било ког другог лица (за разлику од данас уобичајног решења, круг лица која могу подносити молбу уместо осуђеног није ограничен). По службеној дужности поступак покреће суд када је изречена смртна казна и то првостепени суд или суд правног лека, ако је потврдио такву пресуду. Молба је могла бити поднета различитим државним органима: суду, који је донео одлуку у првом степену, Министарству правде или непосредно Краљевој канцеларији. Ако је молба поднета суду, он је морао преко Министарства доставити Краљевој канцеларији са свим списима предмета и својим мишљењем о оправданости, које би сачинио након саслушања надлежног државног тужиоца.⁷⁸ Молба по правилу није одлагала извршење казне, сем када је то изричито наредио првостепени суд, Министар правде или Краљ.⁷⁹ Поступак за аболицију није регулисан, пошто у њему суд нема никакву улогу; предвиђено је само да ће оптужба бити одбијена, ако је гоњење поништено Краљевом аболицијском наредбом (чл. 276).

3. Закључак

Одредити опште тенденције у историјском развоју установе помиловања свакако не представља нимало лак задатак, али се на основу обиља прикупљеног и проученог материјала из различитих епоха може извући неколико закључака. Прво, што се даље одлази у прошлост, то је помиловање више испреплетано са другим институ-

⁷⁷ М. Доленц: *op. cit.*, стр. 333.

⁷⁸ Иначе, новелом Законика из 1931. године, ова одредба је укинута и изричито је забрањено давање мишљења, што се и данас сматра спорном обавезом суда. Једини изузетак од постављеног правила био је предвиђен за случај када Краљева канцеларија или Министар правде то изричито захтевају.

⁷⁹ *Op. cit.*, стр. 334.

тима, тако да су се постепено из такве «фузије» издвојили рехабилитација, амнестија, као и неки други данас самостални институти кривичног права. Друго, за разлику од савремених права, у ранијим периодима помиловање је неупоредиво више било обојено верским, моралним и обичајним примесима, из којих су и потекли неки његови (историјски) облици, али и различита ограничавања; данас се помиловање може применити на било ког учиниоца кривичног дела, док су некада поједине категорије сматране једноствано недостојним милости. Такође, номотехнички посматрано, регулисање помиловања за поједина кривична дела давно је напуштено и замењено постављањем општих правила, а све прецизније уређивање материјалне и процесне сфере помиловања готово да и не треба посебно наглашавати.

Карактеристике правног уобличавања установе помиловања у домаћем праву разликују се у зависности од посматраног периода. Средњевековно право одређује повезаност са византијском правном традицијом настала услед праксе превођења, прилагођавања и примене најзначајнијих византијских правних зборника. Кривично право стварано после ослобођења од турске власти је, у целини посматрано, непотпуно, несистематично и правно-технички неизграђено, што је морало оставити траг и на начин регулисања помиловања. Норме о помиловању расуте су у великом броју аката; оне се претежно односе на процесна а мањим бројем на материјална питања; коришћена терминологија је непрецизна често и неправна, чиме је битно отежено тумачење и разумевање установе. Не може се рећи да су наведене карактеристике зачуђујуће и неочекиване, како се да претпоставити да је ондашње кривично право настајало углавном без једне трајније криминалне политике и без претходне теоријске утемељености. Тек од двадесетих година прошлог века нормативно уређење помиловања почиње постепено да поприма препознатљиву физиономију, постављајући основе за правно уобличавање проучаваног института у каснијим периодима.

*Dušica Miladinović-Stefanović, LL.M.
Assistant, Faculty of Law, Niš*

***HISTORICAL DEVELOPMENT OF PARDON
-with particular overview of the Serbian legislation
from Middle Ages to 1929-***

Summary

Pardon study, from the historically-legal aspect, points to the fact that this is a criminal law institute of a long-standing tradition, since his regulation dates back to the Hamuraby`s Code. The line of its development can be clearly tracked through ancient Greece and Rome, mid-century to modern legal systems, with brief episode of suspension in post-revolutionary French law, which represents the only known case of discontinuity in its long and rich history. General overview of the historical development introduces the consideration of the central question that authoress engaged in this paper, and that is the history of pardon in Serbian legislation. It begins with the interpretation of the most significant criminal law sources in the Middle Ages, where special attention is devoted to Tzar Dushan`s Code, continues with the analysis of codes passed after liberation from the Turkish government as well as a number of other insufficiently known laws regulating pardon in some aspects, and ends considering solutions given in the Criminal code of Yugoslavia from 1929 and its amendments.

Keywords: pardon

Михајло Цветковић, сарадник у настави
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 347.44(497.11)

НАЧЕЛО ЈЕДНАКЕ ВРЕДНОСТИ ДАВАЊА У УГОВОРНОМ ПРАВУ

Апстракт: *Значај начела једнаке вредности давања у уговорном праву је велики. Да би се ово начело разумело, потребно је познавати теорију облигационог права. Да би се применило и заштитило у пракси, неопходно је знати позитивне законске норме. Зато у првом делу рада аутор анализира еквивалентност, вољу, каузу, врсте уговора и друге појмове који чине теоретску основу принципа једнаке вредности давања. У другом делу рада аутор се бави конкретним инструментима заштите предвиђеним ЗОО. На крају, у закључку, аутор „открива“ заједничке карактеристике средстава заштите као и везу начела једнаке вредности са начелом савесности и поштења и принципом правичности.*

Кључне речи: *начело, Закон о облигационим односима, еквивалентност, чл. 15 ЗОО, једнакост вредности престаџија, уговор, средства заштите*

Увод

Начело једнаке вредности давања, тј. начело еквивалентности¹, прокламовано је чл. 15. ЗОО: „У заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања. Законом се одређује у којим случајевима нарушавање тога начела повлачи правне последице.“² Уговорна страна, за оно што даје другој, очекује исту или приближно исту вредност. Ово очекивање је у складу са највишим принципом у праву - принципом правичности. Код двострано обавезујућих уговора се једнака вредност давања подразумева, као „природни“ закон. Међутим, принцип једнаке вредности давања је лако прокламовати, али га је теже остварити у сваком конкретном случају. Међутим, за судску праксу је битно установити критеријуме на основу којих се може утврђивати када је принцип остварен, а када повређен. На примену принципа једнаке вредности узајамних давања утичу и различита схватања о самом појму еквивалентности, који је економска основа „закона“ једнаке вредности. Зато, да би се разумело начело једнаке вредности, потребно је најпре објаснити појам еквивалентности.

Семантички, еквиваленција представља једнакост вредности, једнаку вредност.³ Међутим, еквивалентност у праву не значи потпуну једнакост тј. идентичност (као у природним наукама). Једнака вредност узајамних давања у дословном смислу је немогућа и фактички недоказива.⁴

¹ У употреби је и овај, скраћени назив начела, види: О. Антић, Облигационо право, Београд, 2007, стр. 46. и Ј. Салма, Облигационо право, Нови Сад, 2007, стр. 133.

² У очекивању новог јединственог Грађанског законика треба обратити пажњу не неке недостатке позитивне законске норме. Пре свега, треба променити реч „двострани“ у „обострано обавезујући“, јер сви уговори имају две стране (што важи за ЗОО у целини). Поред тога, формулација „[...] стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања“, није довољно прецизна. Наиме, члан 46. ЗОО, који говори о предмету обавезе, каже да се она може састојати у давању, чињењу, нечињењу и трпљењу. Искључиво језичким тумачењем можемо закључити да начело не важи ако се ради о обавези која се не састоји у давању, што наравно, не би било исправно. Зато би правилније било да став гласи: „У заснивању обострано обавезујућих уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних престација“.

³ Термин се састоји из новолатинских речи *aequi* - једнако, и *valere* - вредност.

⁴ О. Антић, оп. цит. стр. 46.

Разменом добара и услуга⁵ правни субјекти задовољавају своје потребе. Њихова давања су увек у некој сразмери, а да ли су еквивалентна, то зависи од конкретног правног посла. Према томе, проблем еквивалентности се јавља у поступку размене у сваком појединачном случају. Будући да се с разлогом сматра да је уговор правични инструмент у размени добара и услуга (ко каже уговорно, каже правично), ово начело у уговорном праву је веома важно.

Зато су се правници више бавили начинима да обезбеде еквивалентност, него да је дефинишу. Па ипак, у правној науци јавила су се различита гледишта о овом питању.

Јеринг (Jhering) истиче да је еквивалентност објективна сразмера између добара која израста из свакодневне животне праксе, из размене добара различите употребне вредности.⁶ Он сматра да егоизам, који је покретачка снага размене, уједно представља и опасност за друштво. Претерани егоизам онемогућава еквивалентност. У сукобу слободе и правичности предност треба да има правичност, јер интерес друштва је важнији од интереса појединца. Због тога, истиче он, држава треба императивним прописима да спречи угрожавање еквивалентности.

Други теоретичари⁷ појам еквивалентности схватају шире. По њима, то је објективна, али и субјективна категорија. Схваћена субјективно, еквивалентност постоји и код добротних уговора. Тако нпр. поклонодавац објективно не добија ништа, али задовољство због учињеног поклона успоставља еквиваленцију. И поред тога што је апстрактно, ово схватање не треба одбацити из више разлога. Као прво, уколико су стране уговорнице задовољне уговором и његовим дејством, оне неће користити средства заштите, иако су њихове чинидбе нееквивалентне. Поред тога, на страни уговорници је да сама утврди да ли вредност њене престације одговара вредности престације друге стране.⁸ На крају, уговарачи се могу одрећи неких

⁵ Мисли се на размену као фазу друштвене репродукције.

⁶ Детаљније о томе видети у: Р. Јеринг, Циљ у праву, ЦИД, Подгорица, 1998.

⁷ Ј. Патарин, *Le probleme de l'equivalence juridique des resultats*, Парис, 1954, цитирано по: Ж. Ђорђевић, Проблем еквивалентности у облигационом праву, Београд, 1958.

⁸ К. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Tom I, Beck, Munchen 1979, стр. 168, цитирано по: Ј. Салма, Облигационо право, општи део, Београд, 1988, стр. 118.

облика заштите, уколико то није у супротности са начелом савесности и поштења.⁹

Теоретичари у нашем праву¹⁰, анализирајући формулацију начела једнаке вредности давања из ЗОО, истичу да се оно може разложити на два начела: еквивалентност у ужем смислу и начело давања ствари исте врсте, количине и квалитета. Ове видове треба разликовати, јер је проблем односа вредности давања увек повезан са еквивалентношћу у ужем смислу.¹¹

1. Једнака вредност давања у конкретном уговору

Уговор је резултат сагласних воља уговарача. Стране су слободне, у одређеним границама, да економску и правну садржину уговора одређују самостално, по својој вољи.¹² Од садржине уговора зависи однос вредности престација, па самим тим и еквивалентност. Зато воља уговарача мора да буде слободна. Уколико постоји заблуда, превара или претња, извесно је да нема ни једнакости престација.¹³ Одредбе ЗОО¹⁴ о рушљивости уговора због мана воље¹⁵ тако штите слободу уговарања, али и начело еквивалентности.

Да ли је у конкретном уговору остварено начело једнаке вредности давања утврђује се упоређивањем вредности уговорних престација. Треба узети у обзир све уговорне обавезе, а нарочито оне које

⁹ Види чланове 136, 139 ст. 3, 486, 513 ЗОО.

¹⁰ Видети: Ж. Ђорђевић, Начело једнаке вредности давања према Закону о облигационим односима, Анали 3-5, Београд, 1978, стр. 350.

¹¹ Разлика између два вида добро се уочава код уговора о зајму са каматом. Наиме, зајмопримац је дужан да врати главницу и камату. За главницу важи начело једнаке вредности давања у виду обавезе враћања ствари исте врсте, количине и квалитета. Што се камате тиче, ту се већ може поставити питање еквивалентности - ради се о другачијем смислу начела. Тако се нпр. може анализирати да ли је камата сразмерна условима зајма, периоду отплате и сл.

¹² ЗОО предвиђа ограничења уговорне слободе императивним нормама, јавним поретком и добрим обичајима.

¹³ Супротно: Ј. Салма, оп. cit. стр. 136.

¹⁴ Чланови од 60. до 66. ЗОО.

¹⁵ Види: Мирса Мијачић, О манама воље према Закону о облигационим односима, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 22, Ниш, 1982.

се односе на битне елементе уговора.¹⁶ Затим утврђени однос треба упоредити са тржишним вредностима уговорних престација. Нееквивалентност или еквивалентност је питање поређења уговорене и тржишне цене.¹⁷

До неравнотеже може доћи у различитим моментима. Уговорне престације могу бити нееквивалентне још у тренутку настанка уговора (нпр. код зеленашких или лезионих уговора). Али чак и када су у моменту закључења уговорна давања била једнака по вредности (еквивалентна), у фази испуњења може доћи до поремећаја односа вредности престација (нпр. услед промењених околности). Ово је карактеристично за дуготрајне уговоре код којих вредност чинидаба зависи од времена важења уговора. Зато, да би се извршила анализа, потребно је уговорни однос посматрати од заснивања до престанка, односно отказа, будући да је то начин на који престају дуготрајни уговори. При том треба имати у виду трајање уговорног односа и начин испуњења. Код краткотрајних уговора, ако и дође до нарушавања начела једнаке вредности, лако га је утврдити.

Најзад, садржину облигационог односа који извире из уговора, поред узајамних обавеза (чинидбе и противчинидбе), чине и споредна права и обавезе (обавезе узајамне обзирности, права преображавања) па је и њих потребно узети у обзир приликом утврђивања повреде начела једнаке вредности узајамних давања.

2. Једнака вредност давања и кауза

Закључењем уговора стране уговорнице желе да остваре одређени циљ. То је основ или кауза уговора. Он је одређен врстом уговора, па се зато основ или кауза правног посла и дефинише, од највећег броја правних теоретичара, као непосредни правни циљ. Правни циљ је код узајамних уговора лако уочљив: страна се обавезује јер жели обавезивање друге стране према себи. Међутим, основ уговора, без сваке сумње, обухвата и економски циљ¹⁸, због чега се и

¹⁶ Нпр. код продаје треба поредити вредност ствари и цену, код закупа, предмет закупа и закупнину.

¹⁷ Ј. Салма, оп. цит. стр. 136.

¹⁸ Види: Ж. Ђорђевић, наведено дело, стр. 25.

отвара проблем еквивалентности. Уговарач закључује уговор да би остварио повољан економски резултат. Уколико уопште или у великој мери не оствари економски циљ, сматра се да је нарушен принцип једнаке вредности узајамних давања. Нарушавање овог принципа утиче на основ правног посла. Страна уговорница није остварила циљ који је имала у виду и који се, с обзиром на врсту уговора, очекује. У синалагматичним уговорима, у складу са начелом савесности и поштења и принципом еквиваленције престација, кауза је објективног карактера, она одсликава међузависност обавеза и састоји се у противпрестацији друге стране, односно у симетрији престација уговарача. Поремећај те симетрије изван разумне мере поништава каузу, а тиме и сам уговор.¹⁹

Недостатак еквивалентности је „недостатак“ каузе. Али ово не значи да се ова два појма могу изједначити. Пре свега, уговор понекад постаје пуноважан иако се циљ који је страна имала (услед „неравнотеже“ вредности чинидби), делимично или уопште није остварио (нпр. у случају конвалидације). Поред тога, код неких уговора кауза постоји, без обзира што су узајамне престације нееквивалентне.²⁰ Са друге стране, кауза може да „искључи“ начело еквивалентности. Такав је случај са нпр. *causa donadi* код добротних уговора (нпр. поклон, бескаматни зајам).

Поставља се питање начела једнаке вредности узајамних давања код апстрактних уговора. Код ових уговора циљ који стране желе да остваре није видљив, што отвара проблем примене овог принципа. Међутим, основ (кауза) постоји, тако да се еквивалентност мора утврђивати поређењем престација из каузалног уговора између страна. На пример, код менице се мора разматрати однос чинидбе и про-

¹⁹ О. Антић, оп. цит. стр. 282.

²⁰ Из судске праксе: „По налажењу Окружног суда када између два лица постоји начелан споразум да један другом помажу у обављању разних послова у њиховим домаћинствима, према тренутним потребама једне и могућностима друге стране, што подразумева и добре међусобне односе, потпуна једнакост давања није циљ и суштина оваквих односа, која се по природи ствари тешко и може постићи у оваквим случајевима. Отуда, неједнакост у давањима, затечена у моменту када се међусобни односи странака поремете, по правилу не може бити основ да се захтева успостављање једнакости обавезивањем на плаћање новчане накнаде.“ (Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 173/2007 од 10.5.2007. године). Извор свих пресуда о овом раду је правна база ПараграфНет.

тивчинидбе, ако је реч о теретном, обострано обавезујућем уговору, који је „покривен“ меницом. Ако су у том односу узајамне престаације једнаких вредности, принцип је очуван. Али, могуће је да се иза апстрактног посла крије уговор код кога постоји очигледна несразмера између узајамних давања, лезиони или чак и зеленашки уговор.

Из свега наведеног произилази да је у каузи садржана идеја једнакости давања. Кауза је, дакле, једно од средстава заштите начела еквивалентности престаација у домену реализације приватне аутономије.²¹

3. Врсте уговора и једнака вредност давања

За проблем једнаке вредности давања важно је, као што је напоменуто у делу који говори у каузи, о којој врсти уговора је реч. Ми ћемо анализирати обострано и једнострано обавезујуће, добротине и теретне, алеаторне и комутативне уговоре.

Код правих обострано обавезујућих уговора (код којих се једна страна обавезује другој зато што се друга обавезује према њој), питање једнаке вредности давања је од одлучујућег значаја.²² Овакви уговори су најчешћи у пракси (нпр. продаја, закуп, уговор о делу и сл.). За сваку страну постоји чинидба и противчинидба, а еквивалентност се утврђује управо упоређивањем њихових вредности. Зато, у складу са очекивањем уговорних страна, за праве обострано обавезујуће уговоре²³ начело једнаке вредности давања увек важи.²⁴

²¹ Види: О. Антић, оп. цит. стр. 285.

²² Код неправих обострано обавезујућих уговора, такође, постоје обавезе и за једну и за другу страну, али њихов однос је другачији. Такав је нпр. уговор о поклону са налогом. Поклонопримац има обавезу (извршење налога), али поклонодавац није учинио поклон само да би створио ту обавезу поклонопримца. Будући да нема чинидбе и противчинидбе, не може се говорити о еквивалентности у класичном смислу. Али она постоји на други начин, у смислу правичности. На пример: код уговора о бесплатном пуномоћству заступани је дужан да пуномоћнику покрије трошкове заступања.

²³ Прави обострано обавезујући уговори зову се и синалагматички, по грчкој речи *synallagma* која означава размену. Овакав назив, имајући у виду значај размене за тему нашег рада, указује на повезаност ових уговора са начелом једнаке вредности давања.

Једнострано обавезујући уговори стварају обавезе само за једну страну. Један уговарач је само дужник, а други само поверилац. Такви су нпр. уговор о поклону без налога, уговор о јемству и сл. Код једнострано обавезујућих уговора постоји престација само једне стране, а како еквивалентност зависи од односа престација, о њој се код ових уговора не може говорити.

За анализу начела једнаке вредности давања важна је подела на добротине и теретне уговоре. Начелно, код добротиних уговора не може се захтевати једнака вредност узајамних давања. Али, ако се на еквивалентност гледа као на субјективну категорију, може се рећи да насупрот даривању стоји задовољство поклонодавца због учињеног поклона. Међутим, материјалне и духовне вредности се не могу упоређивати, а анализа еквивалентности захтева поређење.²⁵ Из тих разлога се добротини правни послови не могу поништити због прекомерног оштећења. Поред тога, код теретних уговора увек постоји одговорност за физичке и правне недостатке ствари, док код добротиних само ако је дужник поступао у злој намери²⁶. У наставку рада посебно ћемо се бавити гаранцијом за правне и материјалне недостатке, будући да су то значајна „средстава“ којима се штити начело једнаке вредности давања.

Подела на комутативне и алеаторне уговоре је, такође, важна за принцип једнаке вредности давања. Пошто се код алеаторних уговора не зна ко је дужник, а ко поверилац, и/или је непозната врста чинидбе, њен квантитет и квалитет, однос престација није могуће утврдити. То је последица неизвесности која код њих постоји. Зато за алеаторне уговоре не важи начело једнаке вредности давања, и не може се тражити њихово поништење због прекомерног оштећења.²⁷

²⁴ Из судске праксе: „У заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања, па је и дужник у обавези да измири дуг за испоручену топлотну енергију сразмерно квалитету пружене услуге, без обзира што до тада важећим одлукама о испоруци топлотне енергије у граду Нишу нису биле предвиђене посебне бенифиције због неквалитетно пружене услуге, као ни могућност сразмерног смањења дуга у односу на квалитет пружене услуге.“ (Пресуда Округног суда у Нишу, Гж. 3193/2006 од 27.9.2006. године).

²⁵ Став из: Ж. Ђорђевић, оп. цит. стр. 53.

²⁶ Ј. Радишић, Облигационо право, Београд, 2004, стр. 128.

²⁷ Отуда изрека да алеа искључује лезију.

Код комутативних уговора познато је ко, како, коме и колико дугује. Према томе, сразмера вредности престација позната је у тренутку настанка уговора. Међутим, погрешно је називати ове уговоре еквивалентним, јер то може, али и не мора бити њихова карактеристика (нпр. продаја по монополској цени је комутативан, али не и еквивалентан уговор).

4. Остваривање начела једнаке вредности давања у уговорном праву

1. Средства којима се штити еквивалентност

Заштита начела једнаке вредности давања првенствено се остварује: забраном зеленашких уговора, спречавањем прекомерног оштећења, правом на раскид или измену уговора због промењених околности, обавезом одговорности за правне и материјалне недостатке испуњења и гаранцијом за исправно функционисање ствари. Зато ћемо се њима у раду бавити детаљније.²⁸

Без обзира на постојање више посебних средстава заштите, судови решавају одређене спорове и непосредном применом члана 15. ЗОО (тзв. директна примена начела).²⁹

²⁸ Поред тога, начело еквиваленције штите одредбе ЗОО: о клизној скали (чл. 397.), о сразмерној смањењу обавезе у случају делимичне немогућности испуњења за који не одговара ниједна страна (чл. 137. ст. 2), о ограничењу и искључењу одговорности (чл. 265. ст. 3), о смањењу износа уговорне казне (чл. 274), о смањењу цене кад је ствар делимично пропала у часу закључења уговора (чл. 459.), о снижењу закупнине код уговора о закупу, о снижењу накнаде код уговора о делу итд. Због обима рада, ови облици заштите неће бити предмет анализе.

²⁹ Из судске праксе:

„Повериоцу на главни дуг не припада кумулативно право на курсну разлику према уговореној валутној клаузули и на затезну камату по стопи из Закона о висини стопе затезне камате, јер је то противно начелу еквивалентности давања садржаног у члану 15. ЗОО. (Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 1276/2006 од 15.8.2006. године - Судска пракса трговинских судова - Билтен бр. 4/2006).

„Уколико обавеза дужника према повериоцу гласи на динарску противвредност одређеног девизног износа, суд ће исту утврдити применом тржишног, а не званичног курса. У сваком случају, а сходно одредби чл. 15. ЗОО утврдиће се да ли уплаћени девизни износ туженом прерачунат по важећем тржишном курсу на дан плаћања, представља адекватну вредност динарског дуга тужиоца према туженом. Ово из разлога што је опште позната чињеница да се еквивалентност уза-

2. Забрана зеленашких уговора

Зеленашки уговор је уговор којим једна страна користећи стање нужде или тешко материјално стање другог, његово недовољно искуство, лакомисленост или зависност, уговори за себе или треће лице корист која је у очигледној несразмери са његовом обавезом.³⁰ Санкционисање зеленашких уговора, као средство заштите начела једнаке вредности давања, постоји и у упоредном праву.³¹

Да би се уговор могао поништити са образложењем да је зеленашки, потребно је установити постојање два елемента: субјективни и објективни.

Субјективни елемент указује на неповољни положај оштећене стране који је саговорач свесно искористио. Оштећена страна може бити у стању нужде или тешком материјалном стању. Стање нужде је шири појам, обухвата сваку невољу која доноси опасност по живот, здравље, имовину или част.³² На пример: болесник коме предстоји тешка операција може бити у стању нужде. Битно је да постоје околности које присиљавају на склапање неповољног уговора. У том смислу и правна лица могу бити у стању нужде. Тешко материјално стање је имовинска оскудица која угрожава задовољење животних потреба. Оштећени може бити и недовољно искусан. Наш законодавац разликује неискуство од лакомислености: неискусан није у стању да промисли, лакомислени неће ни размишљати. Оштећени може бити и зависан од зеленаша³³, мисли се не само на материјалну, већ и на интелектуалну зависност, када је оштећени под јаким психолошким утицајем зеленаша.

јамних давања парничних странака може реално утврдити само применом тржишног, а не званичног девизног курса.“ (Решење Врховног суда Србије, Прев. 110/2002 од 17.4.2002. године - Судска пракса трговинских судова - Часопис за привредно право, бр. 4/2002 - стр. 107).

³⁰ Види чл. 141. ЗОО.

³¹ Аустријско право садржи одредбу готово идентичну решењу из ЗОО. Слично је и у немачком и швајцарском праву.

³² Ж. Шмацељ, *Очити неразмјер узајамних чинидаба, Наша законитост*, 4/1983, стр. 14.

³³ „(...) лице које је на тај начин остварило прекомерну корист најчешће се назива зеленаш“, О. Антић, *оп. цит.* стр. 410.

Други, објективни, елемент зеленашких уговора представља очигледна несразмера између чинидбе и противчинидбе која треба да постоји у тренутку склапања уговора. Да ли је, и колика несразмера у питању, одлучује суд у сваком конкретном случају. Ово питање је значајно за еквивалентност. Анализа захтева да се у обзир узму многи фактори који утичу на однос престација (нпр. цена која је већа од тржишне може бити оправдана, ако је предвиђен дуг рок плаћања).³⁴

Сауговорарач зна или мора знати³⁵ у каквом се стању оштећени налази, он поступа умишљајно у жељи да се безобзирно обогати. Напротив, оштећени не мора бити у заблуди да су уговорене престације еквивалентне.

Зеленашким уговорима се грубо крши начело еквивалентности па је и санкција најстрожа. Закон о облигационим односима сврстава ове уговоре у ништаве. Зато се на њих сходно примењују одредбе овог закона о последицама ништавости и о делимичној ништавости уговора (чл. 141. ст. 2). Право на истицање ништавости не гаси се протеком времена, а на њу се могу позивати и трећа лица. Због тога, зеленаш никада није сигуран да ли ће уговор опстати. Са друге стране, супротно чл. 107. ЗОО који прописује да ништав уговор не постаје пуноважан ако узрок ништавости накнадно нестане, ст. 3. чл. 141. ЗОО омогућава да суд по захтеву оштећене стране смањи њену обавезу на правичан износ.³⁶ Дакле, законодавац дозвољава неку врсту конвалидације неважећег уговора због тежње да закључени уговори остану на снази увек када је то са становишта јавног поретка могуће. Поред тога, овакав изузетак се правда вољом оштећеног и чињеницом да је уговор у погледу осталих елемената пуноважан. Најзад, на тај начин се накнадно успоставља еквивалентност. Овакво решење не одговара зеленашу, будући да му је наметнут уговор

³⁴ Ж. Шмацељ, оп. цит. стр. 17.

³⁵ Б. Благојевић, В. Круљ, Коментар Закона о облигационим односима, друго издање, стр. 416.

³⁶ Из судске праксе:

„Код недозвољених кретања каматних стопа, с позивом на начело једнаких давања, суд би могао умерити стопу уговорене камате у смислу члана 15. ЗОО, с тим што је евентуална злоупотреба прописивања зеленашких камата санкционисана и одредбом члана 141. ЗОО.“ (Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 256/97 од 17.6.1997. године - Судска пракса привредних судова - Билтен бр. 4/1997 - стр. 101).

какав, свакако, не би склопио.³⁷ За овај захтев оштећеног предвиђен је рок од пет година од закључења уговора.

3. Прекомерно оштећење

Ако је између обавеза страна у двостраном уговору у време његовог закључења постојала очигледна несразмера, оштећена страна може захтевати поништење уговора ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати.³⁸ Ако једна страна извлачи несразмерну корист на рачун друге, уговор је због тога неправичан и нарушава начело једнаке вредности узајамних давања.³⁹ Санкционисање прекомерног оштећења (*laesio enormis*), традиционално се користи за заштиту начела еквиваленције.

Постоје две концепције на основу којих се утврђује постојање прекомерног оштећења. По објективној, за прекомерно оштећење довољно је да постоји само несразмера између чинидбе и противчинидбе у моменту закључења уговора.⁴⁰ Без значаја су субјективне представе страна о вредностима узајамних чинидби. Овакво решење усвојио је Српски грађански законик. По субјективној концепцији, поред постојања несразмере узајамних чинидби, тражи се још један допунски услов – мана воље оштећене стране. Субјективно схватање прихваћено је у Аустријском грађанском законнику, али и у нашем позитивном праву.

Домашај правила о прекомерном оштећењу ограничен је на одређене уговоре: потребно је да се ради о комутативном, обострано обавезујућем уговору. По ЗОО, прекомерног оштећења не може бити код алеаторних уговора, уговора о јавној продаји, као ни у случајевима када је за ствар дата виша цена из особите наклоности (тзв. *pretium affectionis*). Исто важи и за уговор о поравнању (чл. 1094. ЗОО), као и за мешовите уговоре – делом теретне, делом добротине.

³⁷ Овакво мешање суда у уговор није дозвољено у случају прекомерног оштећења. Страна којој прекомерно оштећење одговара може сама да понуди допуну.

³⁸ Чл. 139. ст. 1. ЗОО.

³⁹ „Прекомерно оштећење је поремећај у каузи“, О. Антић, оп. цит. стр. 405.

⁴⁰ Види: С. Перовић, Облигационо право, књига прва, Београд, 1981, стр. 409.

Висина несразмере, потребне за примену института, одређена је у различитим правима на различите начине.⁴¹ Наш законодавац користи правни стандард „очигледна несразмера” што значи да суд, у сваком конкретном случају, утврђује да ли је дошло до прекомерног оштећења. Иако постоји могућност произвољне оцене суда, овакво решење је прихватљивије од коришћења математичких формула. Ово нарочито важи код граничних случајева, нпр. ако оштећени добије 51% вредности, а прихваћена је формула „преко половине“, заштита би изостала због једног процента.

За примену прекомерног оштећења неопходно је да је оштећени у заблуди о правој вредности узајамних чинидби. Прихватање субјективне концепције у ЗОО значи да је поред постојања очигледне несразмере, потребно да оштећена страна за праву вредност није знала, нити је морала знати. Терет доказивања лежи на оштећеној страни. Од ње се захтева да је при закључивању уговора показала дужну пажњу.

Уговор са прекомерним оштећењем је рушљив уговор, којим је прекршено начело једнаке вредности давања. Оштећена страна има право да тражи да се уговор поништи или путем тужбе или истицањем приговора рушљивости у парници поводом његовог испуњења. Право да се захтева поништење уговора престаје истеком једне године од његовог закључења.⁴² Уколико уговор буде поништен, свака страна враћа оно што је по основу њега примила – долази до обостране реституције.

Не постоји могућност да суд својом одлуком успоставља еквивалентност, јер би то представљало наметање уговора страни која га, вероватно, под другачијим условима не би закључила. Ово правило је у складу са принципом слободе уговарања. Другачије решење би могло да буде неправично по страну којој прекомерно оштећење погодује, иако она за нееквивалентност можда није одговорна. Закон

⁴¹ Може са направити подела према томе да ли се користи математичко одређење или правни стандард. Математичка формула у виду разломка или процента потиче из римског права. Најчешће се говори о оштећењу преко половине, *laesio ultra dimidium*: прекомерно оштећење постоји уколико страна није добила ни половину вредности коју је дала. Ово решење прихваћено је у Аустријском грађанском закону.

⁴² Чл. 139. ст. 2.

ипак предвиђа „излаз“: она може понудити допуну до праве вредности (чл. 139. ст. 4. ЗОО). На тај начин се вредности чинидби изједначавају и уговор остаје да важи.

4. Раскид или измена уговора због промењених околности

Приликом закључења уговора стране имају у виду околности које постоје у том тренутку (тзв. уговорни „миље“, нпр. цене рада и материјала, курс, инфлацију, прописе који се тичу њиховог посла итд.). Од тих околности, које су ван уговора и независне од њихове воље, зависи да ли ће циљ који стране желе бити испуњен. Склапајући уговор, уговарачи, поучени искуством и праксом, рачунају и на извесне промене. Али околности, будући да зависе од многобројних фактора, могу да се измене више него што они могу да предвиде. Значајне промене околности могу знатно утицати на однос престаџија. Тиме уговорена једнакост може бити доведена у питање. Ово нарочито важи код дуготрајних уговора, где правни однос постоји дуго после закључења.

Закон о облигационим односима пружа заштиту страни уговорници коју погађају промењене околности (чл. 133-136 ЗОО). Сматра се да је клаузула *rebus sic stantibus*⁴³ саставни, природни део уговора, тако да је стране не морају уговарати.

За раскидање или измену уговора неопходно је да буду испуњени одређени услови.

Први услов је да промена околности треба да наступи после закључења уговора. Стране су дужне да пажљиво воде рачуна о свим факторима који могу утицати на испуњење њихове обавезе. Уколико је промена пролазног карактера, клаузула *rebus sic stantibus* се не може користити (нпр. после великог „пада“ пред изборе, курс динара се после избора врати на просечну годишњу вредност).

Други услов је да промена околности треба да доводи до отежавања испуњења обавезе једног уговарача, или се због ње не може

⁴³ *Rebus sic stantibus*: ако – док ствари тако стоје. Уговор се мора извршити онако како је закључен само под условом да су околности под којима је настао остале исте.

остварити сврха уговора. У оба случаја изостају очекивања бар једне уговорне стране.

Сваки поремећај објективне еквивалентности између уговорних давања не оправдава ревизију уговора.⁴⁴ Захтева се да промена има одређени квалитет, она која спада у тзв. уобичајени пословни ризик, макар произвела и значајни губитак, није правно релевантна. Потребно је да нове околности знатно отежавају испуњење обавезе. Закон није прецизирао критеријум на основу којег ће се ценити да ли је промена знатна или не. Остављено је суду, да у сваком конкретном случају, процењује значај измењених околности. При процени се мора имати у виду начело једнаке вредности давања.

Закон о облигационим односима предвиђа и могућност позивања на клаузулу *rebus sic stantibus* уколико се „не може остварити сврха уговора“.⁴⁵ Међутим, овом одредбом се „превазилази“ начело еквиваленције, јер циљ може да изостане, иако постоји еквивалентан однос између престација. На пример: купац плати правичну закупнину, па потом дође до генералне забране делатности коју је хтео да обавља у локалу који је закупио. Али ако је сврха због које је локал узет у закуп позната закуподавцу и на основу тога је одређена закупнина већа од уобичајене, ради се о промењеним околностима које нарушавају еквивалентност.⁴⁶

Трећи услов је да нове околности треба да буду такве да се у време закључења уговора нису могле узети у обзир, односно нису се могле избећи нити савладати (чл 133. ст 2. ЗОО).⁴⁷ То могу бити природни догађаји (нпр. поплава, суша, глад, земљотрес), управне

⁴⁴ Радмила Ковачевић-Куштримовић, Клаузула *rebus sic stantibus* према Закону о облигационим односима, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1979, Ниш, стр. 294.

⁴⁵ Види чл. 133. ст 1. ЗОО.

⁴⁶ Пример узет од Larenz-a, Lehrbuch des Schuldrechts, band I, Munchen 1982. str 301.

⁴⁷ Из судске праксе: „Када су уговорне стране уговором преузеле обавезу да једна другој испоручују одређену врсту робе, а у време закључења уговора поштовано је начело једнаких вредности и уговор је у потпуности извршен, нема услова за раскид уговора због промена цена робе у току извршења уговорених обавеза. Овако закљученим уговором тужилац је свесно прихватио ризик да ће у току реализације истог доћи и до промене цене робе.“ (Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 7019/95 од 31.1.1996. године - Судска пракса привредних судова - Билтен бр. 2/1996 - стр. 50).

мере (нпр. забрана увоза), или економске појаве као нпр. пад и пораст вредности новца. При том се од уговарача очекује пажња доброг домаћина, односно доброг привредника, који је у стању да обазриво анализира будуће кретање друштвених околности од којих зависи испуњење уговорених обавеза.

Страна која захтева раскид уговора не може се позивати на промене околности које су наступиле по истеку рока одређеног за испуњење обавезе (чл. 133. ст. 3. ЗОО), јер да је своју обавезу извршила на време, промена околности не би имала утицаја.

Постоји још један услов који ЗОО не захтева, али је он свакако нужен. Потребно је да се измена постојећих околности не може ставити на терет уговарачу који се на њу позива.⁴⁸ Неуважавање овог услова противно је начелу савесности и поштења и такав уговарач треба да трпи настале последице.

Промене околности мењају однос вредности престација и доводе до поремећаја принципа једнаке вредности давања. Зато страна коју промене околности погађају може тражити раскид уговора. Уговор се неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене (чл. 133. ст. 4. ЗОО). Изменом уговора, чинидбе се модификују, а самим тим се мења и њихов однос, па постају еквивалентне. Могућност да једна страна понуди, односно пристане на измену уговора како би се он прилагодио новим околностима има за циљ успостављање једнаке вредности престација.

Приликом одлучивања о раскиду уговора, суд ће узети у обзир начела поштеног промета, циљ уговора, нормални ризик код уговора такве врсте, општи и интерес обеју страна. У случају раскида, страна која га је захтевала дужна је да накнади штету другој страни, по општим правилима о надокнади штете.

⁴⁸ Б. Лоза, Заштита начела једнаке вредности давања у југословенском уговорном праву, Годишњак Правног факултета у Бања Луци, 1980, стр. 57.

5. Одговорност за правне недостатке испуњења

Код теретних уговора сваки уговарач одговара за правне и материјалне недостатке испуњења. У случају правних недостатака, преносилац права је дужан да штити прибавиоца од права и захтева трећих лица. На ове обавезе преносиоца сходно се примењују одредбе закона које регулишу одговорност продавца за материјалне и правне недостатке ствари (чл. 121. ЗОО). Уколико има недостатака, прибавилац је добио мање него што је желео када се обавезао па је самим тим нарушено начело једнаке вредности давања.

Правни недостатак постоји уколико постоји право трећег које искључује, умањује или ограничава прибавиочево право, под условом да о њему прибавилац није обавештен, нити је пристао на њега. Недостатак мора постојати у тренутку закључења уговора, односно у време када је прибавилац требало да стекне право о коме је реч. Права трећих могу бити све врсте стварних права као и тражбена права која имају апсолутно дејство.⁴⁹ Недостатак се може тицати и споредног права. У недостатке спадају и ограничења јавно-правне природе.

Ако постоји правни недостатак, купац треба да у разумном року позове продавца да ослободи ствар од права или претензије трећег, или ако се ради о генеричким стварима, да му испоручи ствар без недостатка. „Ако продавац не поступи по захтеву купца, у случају одузимања ствари од купца уговор се раскида по самом закону, а у случају умањења или ограничења купчевог права, купац може по свом избору раскинути уговор или захтевати сразмерно снижење цене” (чл. 510. ст. 1. ЗОО). Дакле, последице зависе од врсте евикције. У случају потпуне евикције долази до раскида уговора по самом закону - еквивалентност је нарушена до те мере да уговор губи сврху.

Могућност накнадног успостављања еквиваленције постоји и у случају делимичне евикције. Прибавилац може раскинути уговор или захтевати снижење своје обавезе. Снижењем цене ствара се равнотежа између датог и примљеног, вредности узајамних чинидби се изједначавају.

⁴⁹ Види: Ј. Радишић, оп. цит. стр. 150.

Ако преносилац у разумном року не удовољи захтеву да ослободи ствар права и претензије трећег, прибавилац може раскинути уговор, уколико се због тога његова сврха не може остварити. У случају да је прибавилац исплатио трећем лицу новац како би он одустао од свог права, преносилац се може ослободити одговорности ако накнади исплаћено. Поред тога, прибавилац има право на накнаду штете. Међутим, ако је несавестан, он губи ово право.

6. Одговорност за материјалне недостатке

Ствар која је предмет испуњења има материјалне недостатке уколико нема уобичајена својства за редовну или нарочиту употребу, или изричито или прећутно уговорена или прописана својства, као и када је продавац предао ствар која није саобразна узорку или моделу (чл. 479. ЗОО). Пошто преносилац (продавац) гарантује за материјална својства ствари, због ових недостатака он одговара, без обзира да ли су му били познати или не, уколико су они постојали у тренутку преласка ризика на купца. Продавац одговара и за недостатке који се појаве касније, уколико су последица узрока који је постојао пре преласка ризика, односно ако је постојао „зачетак“ из кога се развила мана. Незнатни материјални недостатак се не узима у обзир (чл. 478. ст. 3. ЗОО), а ималац чија је ствар продата на принудној јавној продаји не одговара за недостатак (чл. 487. ЗОО).

Уколико ствар нема уговорена или прописана својства, или недостаци утичу на редовну употребу ствари, а купац је то знао или је морао знати у тренутку закључења уговора – продавац за њих не одговара. Али продавац одговара и за недостатке које је лако опазити, ако је изјавио да их ствар нема или је гарантовао одређена својства.

Купац је платио пуну цену желећи да добије ствар без икаквих недостатака. Будући да они постоје, ствар је преплаћена, а еквивалентност нарушена. Ако је благовремено и уредно обавестио продавца, он може поштујући следећи редослед да: тражи испуњење (да захтева да се недостатак уклони или да му се преда ствар без недо-

статка⁵⁰); захтева снижење цене; раскине уговор. У сваком случају, има и право накнаде штете (укључујући и штету на другим добрима коју је недостатак узроковао – тзв. рефлексна штета). Сразмерним снижењем цене прибавилац даје онолико колико је добио, а престације постају еквивалентне.

Купац је дужан да продавцу остави накнадни рок за испуњење, сем у случају када је јасно да он неће или не може да испуни обавезу. По протеклу накнадног рока уговор се раскида по закону, али га купац може одржати на снази. У случају делимичног недостатка, он може раскинути уговор само у погледу дела који има недостатке или количине која недостаје. Цео уговор се може раскинути само ако купац има оправдан интерес да прими уговорену ствар или количину у целини. Он губи право да раскине уговор ако је немогуће да врати ствар у стању у коме је примио, али ово не важи уколико је ствар пропала услед недостатака или догађаја или лица за које не одговара. Уколико изгуби право да раскине уговор, купац задржава остала права. Уколико је уговор раскинут, он дугује продавцу накнаду за корист од ствари или дела који је немогуће вратити – и ово решење је у складу са начелом еквиваленције.

Начело једнаке вредности давања важи и за испоручени вишак код уговора у привреди о продаји генеричких ствари. Ако вишак не одбије, купац је дужан да га плати. Норма о снижењу цене према односу између вредности ствари без недостатка и вредности ствари са недостатком (чл. 498. ЗОО), као и норма о поступном откривању недостатака (чл. 499. ЗОО) показују доследност законодавца у заштити начела.

7. Гаранција за исправно функционисање ствари

За исправно функционисање ствари које спадају у техничку робу произвођач и продавац солидарно одговарају купцу. Уколико „техничка ствар“ не ради исправно, купац је не може користити онако

⁵⁰ Када купац тражи да му се преда ствар без недостатка, ради се о замени ствари и начело једнаке вредности давања се јавља у виду давања ствари исте врсте, количине и квалитета.

како је желео када је уговор закључио. За неисправну ствар плаћена је пуна цена, чиме је нарушена еквивалентност.

У случају неисправног функционисања, купац у гарантном року има право да тражи замену или оправку ствари. Ако продавац овај захтев не испуни у разумном року, купац може раскинути уговор или снизити цену и захтевати накнаду штете (чл. 504. ЗОО). Снижење цене, исто као и код правних и материјалних недостатака успоставља једнакост узајамних давања.

Закључак

Као духовна творевина, право одсликава (или би требало да одсликава) реалне појаве. Тако уговор „прати“ размену, а еквивалентност природно настојање уговарача да за оно што су дали или учинили, добију корист приближно исте вредности. Та тежња резултирала је да еквивалентност „уђе“ у право, а једнака вредност узајамних давања постане принцип облигационих односа. Престација једне уговорне стране треба да по вредности буде једнака престацији друге уговорне стране.

Овај циљ, прокламован чл. 15 ЗОО, нарочито је важан за синалагматичне, теретне и комутативне уговоре. Уговорна нееквивалентност постоји када су вредности чинидбе и противчинидбе различите преко прихватљиве мере. У том случају повређено је начело једнаке вредности давања и ЗОО низом одредби одређује правне последице нарушавања овог начела (забраном зеленашких уговора, санкционисањем прекомерног оштећења, правом на раскид уговора услед промењених околности, нормама о правном и материјалном недостатку итд.).

Нееквивалентност нема исти значај за оба уговарача. За једну страну представља корист, а за другу, истовремено, штету. Због тога, као и због чињенице да свако стреми да уговором (који спада у горе наведене врсте) добије што више, а да што мање, проблем сразмере престација увек ће бити актуелан. Уколико је однос вредности престација поремећен, а тиме није нарушено начело савесности и поштења, еквивалентност није правно релевантна, не захтева се и не штити. Али ако је нееквивалентност последица кршења овог класич-

ног начела грађанског права, ЗОО предвиђа више средстава која оштећена страна може користити за заштиту својих интереса.⁵¹

Заједничка карактеристика ових средстава је могућност да се нееквивалентност из уговора накнадно отклони, без обзира како и када је до ње дошло. То се постиже или његовом изменом, или допуном обавезе стране којој несразмера користи, или смањењем обавезе уговарача кога нееквивалентност погађа.⁵² Начело једнаког давања ограничава се начелом правичности јер се ревизија уговора може захтевати само кад је еквивалентност тако поремећена да је недопустиво инсистирати на његовом одржању.⁵³ Уколико, упркос корекцијама вредности узајамних чинидби не дође до успостављања равнотеже, уговор ће се раскинути или поништити. Овакво решење потврђује значај начела једнаке вредности узајамних давања у уговорном праву.

⁵¹ Начело једнаке вредности давања деривира из начела савесности и поштења, види: О. Антић, оп.цит, стр. 8.

⁵² Ово се види у ЗОО у чл. 141. ст. 3. у забрани зеленашких уговора, у чл. 139. ст. 4. код прекомерног оштећења, у чл. 133. ст. 4. код промењених околности, у члановима 488; 504; 510. код одговорности за недостатке.

⁵³ Радмила Ковачевић-Куштримовић, оп. цит. стр. 297.

Mihajlo Cvetković, LLB
Junior Teaching Apprentice,
Faculty of Law, University of Niš

THE PRINCIPLE OF EQUIVALENCY IN CONTRACT LAW

Summary

The principle of equivalency is proclaimed by article 15 of the Serbian Act on Obligations (1978), which stipulates that obligations of contracting parties should have equal or balanced value. This important goal is easy to state, but quite difficult to achieve in particular contract and real-life practice.

In order to understand the principle of equivalency, one has to comprehend a number of ideas and the philosophy of Contract law. In order to protect it, a jurist must know the actual positive contract legislation (in addition to theoretical basis). For this reason, the author has divided this paper in two parts.

The first is theoretical: it defines what equivalency is, how to analyze actual contract, what the nature of the relation between causa and the principle of equality is etc... This part also contains remarks on different types of contract and importance of that classification for subject matter of the article.

The second part is more "factual". Act on Obligations (1978) includes various instruments, which are aimed at protecting the equality in some types of contracts. The author draws special attention to the most important of these instruments such as: prohibition of usury agreements, laesio enormis, clausula rebus sic stantibus, guaranties for material and legal quality of the debtor's performance. Each one of these instruments has a "built-in" mechanism in order to correct possible unbalance in the values of contracting parties' debts.

In the final part, the author concludes that the principle of equivalency is in close conjunction with the bona fides standard and the idea of righteousness, and emphasizes principle's relation to wider, psychological and sociological background.

Keywords: *Principle, Statute on Obligation Relations, Equivalency, article 15, equal value, contract, means of protection*

ОДНОС УГОВОРНЕ И ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

Апстракт: У овом чланку аутор пише о грађанској одговорности, тачније о односу њена два вида, уговорне и вануговорне одговорности за штету. Поред питања терминологије аутор у уводном делу даје кратак приказ историског развоја грађанске одговорности.

У даљем тексту се обрађују две основне теорије о питању односа уговорне и вануговорне одговорности, монистичка и дуалистичка. Аутор настоји да подробно изложи поставке и једне и друге теорије и да затим критички провери њихову вредност. Као резултат таквог приступа аутор подвлачи јасну границу између уговорне и вануговорне одговорности.

У закључку рада аутор покушава да укаже на значај разликовања ова два вида одговорности као и последице до којих може доћи ако се та разлика не прави.

Кључне речи: грађанска одговорност, уговорна одговорност, вануговорна или деликтна одговорност, накнада штете, кривица, основ одговорности.

Када се говори о грађанској одговорности често се, свесно или ненамерно, испушта из вида чињеница да постоје два вида *грађанске одговорности*, *уговорна* и *вануговорна* или *деликтна*. У теорији, а још више у пракси постоји, недовољно јасна граница између њих. Због тога ћемо овим радом покушати да укажемо како на значај теоријског разликовања ова два вида одговорности, тако и на далекосежност последица које услед тог неразликовања могу проистећи. Уствари, правилније би било говорити о недовољном разликовању, јер тешко да неки правник не прави ту разлику, само је не прави у довољној мери. Тако постоје бројни теоретичари који заступају тзв. *теорију јединства одговорности* по којој између ова два вида одговорности у суштини не постоји разлика, а са друге стране велик је број оних који стоје на супротном становишту по којем се прави јасна разлика између уговорне и вануговорне одговорности. Оваквој ситуацији у многоме доприноси и шароликост законских прописа који од једног до другог националног права дају више или мање повода за ово разликовање али га често и не дају у довољној мери. Због тога ћемо овде покушати да повучемо јасну црту, у мери у којој је то уопште могуће, између уговорне и вануговорне одговорности.

1. Увод

1.1. Појам

Да бисмо говорили о односу уговорне и вануговорне одговорности за штету треба прво да видимо шта је то одговорност уопште. У свакодневном разговору или путем разних медија смо често у прилици да чујемо термине као што су „политичка одговорност“, „морална одговорност“, „дисциплинска одговорност“ итд., што нам говори да постоје разне врсте одговорности са различитом садржином. За све те врсте одговорности је заједничко да појам „одговорати“ значи да је лице о коме је реч прекршило неке од важећих правила понашања, па ће због тога сносити одређене последице, за њега неповољне¹. Дакле, можемо закључити да је одговорност једна друштвена појава која у зависности од времена, усвојеног система

¹ И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд 1994, 7

вредности, степена свести друштвене заједнице и других фактора, може попримити врло различит облик и садржину.

Једна од тих врста одговорности јесте правна одговорност која ће постојати ако се неко лице није понашало у складу са правном нормом и због тога ће га погодити правом предвиђене санкције, чије извршење спроводи држава. Постоји више врста правне одговорности, а то су : имовинска, кривична, прекршајна, дисциплинска и професионална. Нас овде интересује имовинска одговорност, која се састоји у обавези на накнаду причињене штете, јер су два вида имовинске одговорности управо уговорна и вануговорна одговорност. То су две гране истог дрвета.

Користећи се правилима формалне логике, уговорну одговорност бисмо могли дефинисати као врсту имовинске одговорности која наступа ако неко лице не поступа у складу са својом обавезом из неког облигационог, најчешће уговорног односа, а вануговорну одговорност као вид имовинске одговорности која наступа ако неко лице прекрши општу обавезу, законом прописану, да се уздржи од причињавања штете другоме.

1.2. Терминологија

Кад је реч о називима, поред термина *уговорна* и *вануговорна* одговорност у литератури и пракси често у употреби и други називи. Тако се као синоними за уговорну одговорност још користе изрази као што су „одговорност за повреду уговора“, и „одговорност за повреду обавезе“ или рецимо „одговорност за повреду уговорне дисциплине“. Неке од њих прихвата и наш законодавац. Међутим без обзира који се од ових израза употреби увек се мисли на исто, на одговорност за штету која је настала неиспуњењем неке раније преузете имовинске обавезе. Као што смо и напоменули најчешће се ради о неиспуњењу неке уговорне обавезе али у обзир долазе и обавезе настале једностраном изјавом воље, незваним вршењем туђих послова или из неког другог извора облигација, па и из деликта. Из овог би требало закључити да је термин „уговорна одговорност“, који се у употреби одомаћио, сасвим адекватан за употребу с тим што би појам „уговорна“ требало нешто шире да се тумачи, као што смо видели.

Што се тиче друге врсте имовинске одговорности, оне која настаје кршењем опште забране да се другоме проузрокује штета², постоји одређени теоријски спор да ли је подобнији назив „вануговорна“ или „неуговорна“ одговорност. Постоји мишљење да је термин вануговорна одговорност граматички и логички погрешан и да је према томе исправније користити термин неуговорна одговорност. Али, присталице овог мишљења истичу да ниједан од њих није толико прецизан да га не треба објашњавати³. Међутим за одређивање назива неког појма много је битније да он у општој употреби упућује на тај појам а не да ли је граматички и логички исправан, а термин „вануговорна“ то несумњиво ради, па се због тога уврежио толико међу правницима. У прилог оваквом схватању иде и чињеница да га и наш Закон о облигационим односима прихвата. Треба рећи још да се вануговорна одговорност назива још и деликтном одговорношћу, због тога што настаје из деликта-недозвољене тј. недопуштене радње. Има и мишљење да је неоправдано само вануговорну одговорност називати деликтном јер и уговорна одговорност почива на противправном понашању. Међутим, деликт у свом класичном и ужег значењу треба схватити као вануговорно противправно штетно понашање, и у том контексту се само вануговорна одговорност може називати деликтном.

1.3. Историјски развој

Да бисмо што боље схватили однос уговорне и вануговорне одговорности потребно је да се осврнемо на њихов историјски развитак. Добро је познато да се већина данас важећих правних правила не могу у потпуности разумети уколико се не зна њихова генеза.

Тако уговорна одговорност није увек имала имовински карактер и није се састојала у обавези на накнаду штете, већ је погађала личност дужника и њему блиских лица и имала наглашен казни карактер. Још у Хамурабијевом законику је било прописано „да ће у случају кад се кућа коју је сазидао извођач радова сруши, па погине син власника куће, бити убијено дете извођача“ (члан 230). Слична

² Закон о облигационим односима- ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, члан 16.: „Свако је дужан да се уздржи од поступака којима се може другом проузроковати штета.“

³ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд 2000, 184

ситуација била је и у осталим старим правима (Атини, Спарти, Египту па и првим вековима развитка римског права⁴). У тим правима се није правила разлика између повреде уговора и злочина. У случају повреде уговора према дужнику су се примењивале личне санкције. Тек у каснијем развоју римског права уведене су имовинске санкције у област уговорне одговорности. Постојале су две тужбе за накнаду штете због повреде уговора: *actio peritio* ако је штету проузроковао дужник и *actio exercitoria* ако је штету проузроковало треће лице које је обавезу испуњавало уместо дужника. Међутим, са падом Римског царства, у средњем веку, кога карактерише слаба привредна размена, враћају се неки ретроградни институти у право. Па тако и у овој области поново могу да се сретну закони који предвиђају као главну санкцију због повреде уговора извршење на личности дужника⁵. Са јачањем капитализма поново почиње да јача имовински карактер уговорне одговорности. Ипак, још дуго су се спорадично могле наћи одредбе о извршењу на личности дужника у случају повреде уговора. Тек у савременом праву уговорна одговорност добија искључиво имовински карактер.

Сличан пут прешла је и вануговорна одговорност. Наиме и деликтна одговорност је била позната у најстаријим сачуваним правним изворима. И у свим тим правима важило је за деликтну одговорност систем талиона тј. освета „исто за исто“. Да би се та освета избегла плаћала се одређена сума новца као казна, али која није представљала накнаду штете, већ откуп за одустајање од освете⁶. У римском праву сваки атак на туђа права био је обухваћен појмом *iniuria* и тада је штетник плаћао одређену суму новца као казну која се одређивала не висином причињене штете већ тежином учињеног дела. Тек у трећем веку п.н.е. у римском праву долази до заокрета у смислу да се у први план истиче накнада штете. Тај заокрет се везује за *lex Aquilia* по коме је деликвент дужан да плати само највећу

⁴ Према Закону XII таблица (450 г.п.н.е.), у случају повреде уговорне обавезе примењиване су према дужнику личне санкције (смрт или ропство), *Правна енциклопедија*, том 2, Београд 1990, 1913.

⁵ У Статуту града Дубровника налазе се одредбе по којима се инсолвентни дужник предаје на милост и немилост повериоца. Статут, III, 46, 22

⁶ С.Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни живот*, 3-4/2004, 37.

вредност коју је оштећена или уништена ствар имала у последњих 30 или годину дана⁷. Овим законом о штети новчана казна, која се плаћа у случају деликтне одговорности, не представља више казну него накнаду штете.

Заједно са развојем имовинског карактера деликтне одговорности развија се и одговорност за штету заснована на кривици учиниоца. Испочетка се одговорност утврђивала самом чињеницом да је акт једног лица узрок штетног дејства⁸, без обзира на његову кривицу. То је била тзв. каузална одговорност. Тек у каснијем развоју римског права кривица учиниоца се узима у обзир односно степен његове кривице и то представља субјективну одговорност засновану на кривици учиниоца.

Међутим, као што смо већ поменули са пропашћу Римске државе у V веку н.е. долази до застоја у развоју права и правне науке, тако да се у бројним варварским законцима у доба раног феудализма поново уводи накнада у смислу казне или освете⁹. Ипак са привредним и културним замахом који доноси доба ренесансе, поново се на сцену враћају и давно заборављени принципи римског права. Тако је и вануговорна одговорност почела да добија карактеристике које има и данас.

2. Монистичка и дуалистичка теорија

О односу уговорне и вануговорне одговорности постоје два различита гледишта. Прво, по којем између ова два вида одговорности у суштини нема разлике и по којем је одговорност у грађанском праву увек јединствена. Присталице ове, тзв. монистичке тезе истичу да се одговорност увек заснива на повреди неке раније обавезе, без обзира на то да ли је та обавеза била прописана законом (вануговор-

⁷ У првом поглављу Аквилијевог закона о штети било је предвиђено: ако неко туђег роба или ропкињу или четвороножну животињу бесправно убије нека буде осуђен да власнику плати највишу цену коју је ствар имала у тој години. А.Ромац, *Извори римског права*, Загреб 1973, 439

⁸ С.Перовић (2004), 39.

⁹ С.Цигој, „Грађанска одговорност“, *Енциклопедија имовинског права*, Београд 1978, 400

на) или уговором(уговорна одговорност). Уствари, једно овакво схватање је само последица схватања кривице у грађанском праву¹⁰. Ово је схватање познато под називом „теорија јединства кривице“¹¹, по којем долази до брисања граница између уговорне и деликтне одговорности, јер према њему у случају вануговорне одговорности долази до повреде опште законске дужности, да се другоме проузрокује штета, а у случају уговорне одговорности такође долази до повреде законске обавезе јер по закону уговорна обавеза треба да буде испуњена у свему онако како гласи. Па тако, по овој теорији повреда уговора представља не само кршење релативне уговорне обавезе, него и кршење опште законске обавезе. Према томе између ове две врсте одговорности у том погледу нема никаквих разлика. Даље, присталице ове теорије истичу да су и претпоставке за наступање одговорности у оба случаја исте: постојање штете, узрочна веза између штетне радње и штете и кривица штетника. Због свега тога ће присталице овог схватања бити спремне да кажу да је за њих сасвим очигледно да је израз „уговорна одговорност“ један погрешан начин изражавања и да је одговорност увек деликтна.¹² Заступник овог схватања у нашој правној теорији је проф. Јаков Радишић по којем је израз „уговорна одговорност“ сувишан и да се њиме непотребно разбија идејно јединство грађанске одговорности¹³, као и да је одговорност увек деликтна јер се на крају и једна и друга своде на противправно и скривљено проузроковање штете другоме. Такође у прилог овом схватању у нашој правној теорији истиче се и то да је закон о облигационим односима поставио однос између вануговорне и уговорне одговорности као однос општег и посебног, прописујући правило да се на накнаду штете због повреде уговора примењују правила која се односе на накнаду вануговорне штете, уколико законом није другачије прописано¹⁴.

¹⁰ С. Перовић (2004), 19.

¹¹ Г. Риперт (Ripert), *Droit maritime*, tome second, Paris 1952., 565-566

¹² А. Лефевр (Lefevre), *De la responsabilite delictuelle et contractuelle*, *Revue critique de legislation et jurisprudence*, Paris 1886, 485

¹³ Ј. Радишић, 185.

¹⁴ Видети: члан 269.ЗОО, „Уколико одредбама овог одсека није другачије прописано, на накнаду ове штете сходно се примењују одредбе овог закона о накнади вануговорне штете.“

Насупрот овом схватању о јединству грађанске одговорности стоји друга, већ класична тзв. дуалистичка теорија. По њој се јасно раздваја поље уговорне од поља вануговорне одговорности. Не може се стављати знак једнакости између ове две врсте одговорности јер, истичу присталице ове теорије, постоји јасна граница између њих. Ова теорија у први план истиче да је уговорна одговорност само једна последица или можда један вид обавезе створене уговором¹⁵. Накнада штете која се дугује ради неизвршења уговорне обавезе представља само трансформацију те исте обавезе, један могући аспект њеног извршења у случају да се обавеза не испуни онако како је првобитно гласила.¹⁶ Неки од поборника ове теорије иду чак дотле да предлажу да се уговорна одговорност и не назива одговорношћу већ гаранцијом.

Анализирајући све до сада изложено види се да уговорна и вануговорна одговорност имају доста тога заједничког, нарочито на први поглед. На пример и једна и друга претпостављају постојање штете, узрочну везу и такође обе дају право на накнаду штете. То је заједнички именоватељ обе одговорности.¹⁷ Међутим, ово је један доста поједностављен или боље речено апстрактан угао гледања на правила којима се регулишу уговорна и вануговорна одговорност. Чињеница је да постоји велики број норми које регулишу ову област права, а које су доста хетерогене и чијом подробнијом анализом можемо утврдити да постоје бројне и значајне разлике између уговорне и деликтне одговорности. Било би доста тешко направити неки коначан списак тих разлика, јер треба имати у виду да су се разлике током историјског развоја уговорне и вануговорне одговорности мењале и да нису посматране на исти начин кроз историју права. Такође данас разлике постоје како на унутрашњем тако и на међународном праву, а при томе мислимо на различите режиме које ове две правне области имају у различитим државама. Према томе, очигледне су тешкоће и самог покушаја исцрпног набрајања тих разлика. Због тога ћемо приликом анализе правних норми које регулишу уговорну и вануговорну одговорност и утврђивању разлика

¹⁵ С.Перовић (2004),19

¹⁶ Г.Марти, П.Рејнод(Marty et Raynaud), *Droit civil, Les obligations*, Paris 1962, 331

¹⁷ С.Перовић , „Штета и њена накнада“ *Правни живот* 1-2/1993,2

између та два вида одговорности покушати да што подробније изнесемо оне најкарактеристичније разлике са посебним акцентом на наше позитивно право.

3. Разлике између уговорне и вануговорне одговорности

Као што смо напоменули задржаћемо се на разликама између уговорне и деликтне одговорности. Покушаћемо да постојеће разлике обрадимо и сагледамо како из угла монистичке тако и из угла дуалистичке теорије, да бисмо на крају стекли јаснију слику о односу ове две врсте одговорности.

Основна разлика између уговорне и вануговорне одговорности јавља се у вези са постојањем, односно непостојањем обавезе која претходи одговорности за штету. Уговорне одговорности нема ако претходно није постојала пуноважна обавеза из неког облигационог односа која није извршена или није уредно извршена. Као што смо рекли најжешће је реч о уговорној обавези. Значи, тек уколико дође до повреде уговорне дисциплине наступа уговорна одговорност и страна верна уговору има право на накнаду штете. Дакле, да би наступила уговорна одговорност за штету, мора да постоји претходна облигација настала вољом самих странака, мора да постоји каузално обећање које није извршено. Из овог произлази да је обавеза на накнаду штете код уговорне одговорности секундарна, примарна обавеза је она која је установљена уговором. Тек ако та примарна обавеза не буде испуњена у свему како гласи ступа у дејство секундарна обавеза на накнаду штете. При томе, обавеза на накнаду штете по основу уговорне одговорности може постојати уз основну обавезу или може да ступи на место основне обавезе уколико је уговор раскинут¹⁸.

Код вануговорне одговорности наступање одговорности није у вези са постојањем раније преузете облигационе обавезе. Код ње не постоји претходно преузета обавеза чијим неиспуњењем наступа однос између штетника и оштећеног. До тог тренутка они нису били ни у каквом односу, осим оног општег односа у коме се налазе сва

¹⁸ Љ. Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1979, 159

лица, а по којем је свако дужан да се уздржи од радњи којима се може проузроковати штета другоме (члан 16. ЗОО). Отуда је деликтна одговорност знатно шира и код ње постоји шири круг одговорних лица него код уговорне одговорности. Код вануговорне одговорности одговарају поред штетника и подстрекачи и помагачи а постоји и одговорност за другога. Са друге стране, код уговорне одговорности, одговара увек и само дужник.

На основу изнетог може се закључити да уговорна одговорност, уосталом као и сам уговор делује *inter partes* док деликтна одговорност у изнетом смислу делује *erga omnes*. Наиме чињеница постојања претходне облигације код уговорне одговорности ствара претпоставку штетника- штетник је дужник и то је заједничко за уговорне и за законске облигације¹⁹. Јер уговор не може прекршити нико, осим онога који је по уговору дужан да нешто учини или да се уздржи од чињења. Противправно понашање у области уговорне одговорности може да предузме само дужник по уговору а не и било које друго лице, јер само он стоји у обавези према повериоцу. Код деликтне одговорности штету може да причини свако лице, јер противправну радњу, због непостојања претходне облигације, може да предузме свако ко на било који начин причини штету другоме.

Друга разлика која се јавља између ове две врсте одговорности огледа се у сврси одговорности. Начелно сврха и уговорне и вануговорне одговорности јесте накнада штете, односно обештећење оштећеног лица. Међутим, обештећење се не може схватити на исти начин код оба вида одговорности.

У области уговорне одговорности циљ накнаде јесте да се поверилац доведе у онај положај у ком би се налазио да је дужник редовно извршио своју обавезу, односно да је уговор у свему извршен онако како гласи (наравно, имовински посматрано) Приликом одмеравања накнаде штете полази од тога „шта би било да је било“²⁰.

Код вануговорне одговорности циљ обештећења је да се оштећено лице доведе у положај као да штете није ни било. Дакле, циљ је да се оштећени доведе у оно имовинско стање у којем је било пре предузимања штетне радње и наступања штете.

¹⁹ О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2007, 420

²⁰ И. Јанковец, 389.

Следећа разлика, која се надовезује на претходну јесте разлика у погледу обима накнаде штете. Према нашем важећем праву и случају наступању уговорне и вануговорне одговорности поверилац има право на накнаду потпуне штете тј. стварне штете и измакле користи. У том погледу између уговорне и деликтне одговорности нема разлике. Међутим, код уговорне одговорности обим накнаде је ограничен на штету коју је дужник у време закључења уговора морао предвидети као могућу последицу повреде уговора, с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате²¹. То практично значи да ће дужник у случају повреде уговора одговарати и бити дужан да надокнади само ону штету која се по редовном току ствари јавља у случају такве повреде уговора, односно и већу штету али само уколико су му биле познате или морале бити познате околности које су довеле до увећане штете.

Поставља се питање зашто се код уговорне одговорности врши ово ограничење накнаде на предвидљиву штету. Објашњење треба тражити у оквирима сврхе уговорне одговорности. Наиме, целокупни привредни промет се одвија закључивањем и извршавањем уговора, те отуда произлази огроман значај уговора на плану одвијања привредне делатности. Добро је, такође познато да сваки уговор носи са собом одређену дозу неизвесности и несигурности а самим тим и ризик за успех посла који се одвија закључењем и реализовањем уговора. Отуда и потреба да се тај ризик расподели између уговорних страна, а то се чини тако што се обим накнаде ограничава на предвидљиву штету. У супротном, кад би одговорност за повреду уговора била неограничена, свако ко би хтео да закључи уговор морао би бити спреман да надокнади целокупну штету која би евентуално настала због повреде уговора, а та штета може у неким случајевима бити огромна. То би без сумње у многome отежало или бар успорило привредни живот.

Видели смо, дакле, да дужник у случају повреде уговора одговара само за предвидљиву штету. Међутим, постоји једна норма која у знатној мери ограничава примену овог правила. Наиме, према Зако-

²¹ Члан 266. став 1 ЗОО, „Поверилац има право на накнаду обичне штете и измакле користи, које је дужник у време закључења уговора морао предвидети као могуће последице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.“

ну о облигационим односима, уколико је штета причињена намерно или из крајње непажње, дужник ће бити обавезан да накнади целокупну штету, како предвидљиву тако и непредвидљиву²². Ово због тога што се у случају намерног неиспуњења или неиспуњења због крајње непажње прелази са терена уговорне на терен деликтне одговорности. Међутим, треба напоменути да не праве сва права ову разлику²³ као што то чини наше право.

Вануговорна одговорност је знатно шири и код ње нема оваквог ограничења већ штетник увек дугује потпуну тј. интегралну накнаду за причињену штету. Међутим, и овде постоје изузеци. Тако суд може, водећи рачуна о имовинским приликама дужника и ако штета није проузрокована намерно или из крајње непажње досудити мањи износ накнаде него што је висина причињене штете²⁴. Такође суд може, ако је штета проузрокована кривичним делом са умишљајем одредити висину накнаде штете према вредности коју је ствар имала за оштећеног²⁵. То је тзв. афекциона вредност ствари чији губитак не представља имовинску већ неимовинску штету²⁶. Као што се види на овом месту је деликтна одговорност задржала одређене карактеристике казне.

Ипак, и поред ових изузетака основно је правило да се у случају повреде уговора надокнађује само предвидљива штета а у случају деликта потпуна штета.

²² Члан 266. став 2 ЗОО, „У случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, поверилац има право захтевати од дужника накнаду целокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су оне настале.“

²³ Француски грађански законик предвиђа у члану 1151: „И у случају у коме неизвршење произлази из дужникове зле намере, накнада штете треба да садржи, у погледу штете коју је поверилац претрпео и добити које је лишен, само оно што је непосредна и директна последица неизвршења уговора.“

²⁴ Члан 191. став 1 ЗОО, „Суд може, водећи рачуна о материјалном стању оштећеника, осудити одговорно лице да исплати мању накнаду него што износи штета, ако она није проузрокована ни намерно ни крајњом непажњом, а одговорно лице је слабог имовног стања те би га исплата потпуне накнаде довела у оскудицу.“

²⁵ Члан 189. став 4 ЗОО. „Кад је ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем, суд може одредити висину накнаде према вредности коју је ствар имала за оштећеника.“

²⁶ Ј. Радишић, 187.

У непосредној вези са обимом накнаде је још једна разлика која се јавља између уговорне и вануговорне одговорности а тиче се новчане накнаде неимовинске штете. Наиме у случају деликтне штете правило доста широко прихваћено је да штетник има право на новчану накнаду неимовинске штете док у случају повреде уговора није увек било тако. Уговорна одговорност за неимовинску штету, за разлику од деликтне одговорности за такву штету, тековина је новијег развоја одштетног права.²⁷ Код накнада неимовинске штете признаје се право на накнаду одређеном кругу лица али само када је у питању деликтна штета. Када је у питању штета настала повредом уговора, наше право још увек не признаје право на накнаду неимовинске штете. Чини се да је једна оваква одредба ретроградна јер нема разлога не признати повериоцу и право на накнаду неимовинске штете. Треба ипак имати у виду да приликом неизвршења или неуредног извршења уговорне обавезе за повериоца могу настати разне врсте неимовинске штете. Уосталом, ово право је већ одавно признато у неким савременим правима.

Овде се мора истаћи и то, да постоји мишљење, да наше право ипак признаје право на накнаду неимовинске штете због повреде уговора. Наиме, по нашем Закону о облигационим односима деликтна и уговорна одговорност су постављене у односу општег и посебног, и ако нешто није регулисано одредбама Закона које се односе на уговорну одговорност сходно се примењују правила Закона о накнади деликтне штете. Па како глава III. ЗОО која се односи на накнаду штете услед повреде уговора не регулише питање накнаде неимовинске штете, по овом мишљењу требало би применити правила о накнади деликтне штете. На тај начин и у нашем се праву на посредан начин признаје право на накнаду неимовинске штете. Ипак, ту постоји један проблем јер се у члану 200. став 1. ЗОО²⁸ наводе случајеви неимовинске штете у којима се има право на новчану

²⁷ П.Кларић, *Одштетно право*, Загреб 2003.

²⁸ Члан 200. став 1 ЗОО, „За претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободe или права личности, смрти блиског лица, као и за страх суд ће ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова или страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству.“

накнаду, а тешко да би неки од тих случајева могао да наступи због повреде уговора, осим евентуално повреде угледа. Тако да накнада неимовинске штете због повреде уговора, иако теоријски могућа, ипак због начина на који је постављена неимовинска штета у нашем праву, није остварљива.

Следећа разлика, која се такође јавља у вези са накнадом штете, односи се на питање доказане штете. Опште је правило да је одговорно лице дужно да надокнади само ону штету коју је друга страна успела да докаже, јер без штете нема одговорности. Ово правило се подједнако односи и на уговорну и вануговорну одговорност. Али, у области одговорности за штету због повреде уговора постоје одређени изузеци од овог правила, којих са друге стране нема код накнаде деликтне штете. Тако, кад је уговором била предвиђена уговорна казна, поверилац не мора доказивати колику је штету претрпео због повреде уговора. Претпоставља се да је наступила штета у висини уговорне казне²⁹. Тада поверилац има право на накнаду новчаног износа предвиђеног уговорном казном без обзира да ли је стварно наступела штета већа или мања од тог износа. Он има право на уговорну казну чак и ако штета није уопште наступила³⁰. Међутим, ако је поверилац претрпео штету која је већа од износа уговорне казне имаће право и на ту разлику, али само ако успе да је докаже. Значи у погледу те разлике се примењује опште правило о накнади доказане штете. Слична је ситуација и ако дужник задоцни са испуњењем новчане обавезе. Тада је у обавези да плати затезну камату, а поверилац не мора да доказује колику је штету стварно претрпео³¹. Претпоставка је да је наступила штета у висини износа затезне камате. Наравно поверилац и у овом случају може да захтева већи износ накнаде од износа затезне камате, али ту разлику мора да докаже.

Кад смо већ на терену накнаде штете, требало би напоменути и разлику која постоји у врсти накнаде. Наиме, у области накнаде штете због повреде уговора правило је да се штета надокнађује искључиво

²⁹ И. Јанковец, 389.

³⁰ Члан 275. став 1 ЗОО, „Поверилац има право захзевати уговорну казну и кад њен износ премашава висину штете јоју је претрпео, као и кад није претрпео никакву штету.“

³¹ Члан 277. став 1 ЗОО, „Дужник који задовни са испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и затезну камату по стопи одређеној савезним законом.“

чиво у новцу. То значи, важи правило искључиво накнаде новчане штете. Код накнаде деликтне штете правило је да се штета надокнађује у природи³² а тек ако ова, натурална накнада није могућа или ако суд процени да није нужна, одређује се накнада у новцу.

Према старијим правним изворима правила се разликују у погледу терета доказивања о кривици. Уговорна одговорност се заснивала на кривици дужника, с тим што се у случају повреде уговора та кривица претпостављала. То правило на снази је и данас, како код нас, тако и у другим развијеним правима³³. Док је код вануговорне одговорности оштећено лице морало да докаже кривицу штетника, ако је желело да му буде досуђена накнада. Дакле, уговорна одговорност се заснивала на претпостављеној кривици а вануговорној на доказаној кривици. У томе се огледао тежи положај тужиоца код вануговорне одговорности, јер је на њему терет доказивања о кривици.

Данас у нашем праву, али и у многим другим правима, прописано је у области вануговорне одговорности за штету да је штетник дужан накнадити штету уколико не докаже да је она настала без његове кривице (видети члан 154. став 1.300). То значи да је и у овој области уведена одговорност по основу претпостављене кривице. Тако да је у том погледу разлика између уговорне и вануговорне одговорности ишчезла.

Погледаћемо сад једну веома занимљиву разлику која се у нашем позитивном праву испољава на плану ослобођења од одговорности. Наиме, код деликтне одговорности штетник се може ослободити од одговорности само ако докаже да није крив, тј. да је штета настала без његове кривице. Међутим, у области уговорне одговорности, дужник се не може бранити доказујући да није крив. Он се може ослободити одговорности само ако докаже да је штета наступила услед околности насталих после закључења уговора а које он није могао спречити, отклонити или избећи³⁴. Дакле, дужник се може ослобо-

³² Члан 185. став 1 300, „Одговорно лице дужно је успоставити стање које је било пре него што је штета настала.“

³³ Тако Немачки грађански законик предвиђа: „ако је спорно да ли је немогућност чинидбе последица околности за коју дужник неће одговарати, терет доказивања пада на дужника.“ (члан 282.)

³⁴ Члан 263.300, „Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе

дити одговорности за повреду уговора само у случају наступања више силе. Ова чињеница указује на то да у нашем праву није прихваћен чисто субјективни појам одговорности за повреду уговора, већ да наш Закон о облигационим односима усваја објективно-субјективни критеријум за ослобођење дужника од одговорности³⁵.

Постоји веома значајна разлика и у схватању појма кривице. Као прво степеновање кривице на непажњу, крајњу непажњу и намеру врши се и у области уговорне и у области вануговорне одговорности. Али, садржина појмова намере и крајње непажње није иста у ове две области имовинског права³⁶. У области уговорне одговорности дужник је крив ако се понашао супротно уговору, јер је уговором прописано шта је дужан да учини. Кад је реч о вануговорној одговорности за штету, ту је само на један уопштен начин прописано да је свако дужан да се уздржи од поступака којима се другима може проузроковати штета. Дакле, не постоји прописан начин понашања, већ само општа забрана. Значи, у области деликтне одговорности кривица се не процењује само према конкретном повериоцу, него према свим другим лицима, јер да би наступила деликтна одговорност дужник треба да учини нешто што је забрањено према свима а не само у конкретном случају према одређеном повериоцу. Док се код уговорне одговорности кривица дужника цени у односу на уговор, тј.у оно што је конкретним уговором било прописано као обавеза дужника. У области уговорне одговорности дужник чини забрањену радњу само у односу на конкретног повериоца, с обзиром на конкретни уговор. Та његова иста радња не би се имала сматрати забрањеном да је предузета у односу на неко друго лице. При томе се понашање дужника цени у складу са одговарајућим стандардима понашања, као што су: пажња доброг домаћина, пажња доброг привредника или доброг стручњака. То практично значи да дужник неће бити крив ако се понашао у складу са одређеним моделом друштвено прихватљивог понашања, одређеног овим стандардима. Код деликтне одговорности не постоје овакви стандарди и приликом

због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.“

³⁵ С.Перовић, Д.Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Београд 1980, 762

³⁶ И. Јанковец, 38.

оцене да ли је неко поступао из намере или крајње непажње није од значаја да ли је штетна радња у вези са неком привредном делатношћу штетника. Поред овог, разлика је и у томе што је за наступање деликтне одговорности довољан сваки степен кривице, док се за наступање уговорне одговорности у неким случајевима захтева тежи степен кривице. Као пример нека послужи то да по нашем праву поклонодавац и послугодавац одговарају само за намеру и грубу непажњу.

Веома значајна разлика између уговорне и деликтне одговорности јавља се на плану карактера норми које регулишу једно, односно друго поље одговорности³⁷. Уговорна одговорност је регулисана диспозитивним нормама а вануговорна одговорност је регулисана императивним правним правилима. Ова разлика потиче од тога што уговорна одговорност, на неки начин, настаје као плод аутономије воље уговорних страна и зато је код ње воља странака у првом плану. Из овога следи да уговорне стране могу својом слободно израженом вољом да мењају важећа законска правила и да их на тај начин прилагођавају својим интересима у сваком конкретном случају. То им дозвољава принцип слободе уговарања. Ово доводи до једне значајне последице у погледу обима одговорности и даљег продубљивања јаза између уговорне и вануговорне одговорности. Наиме, приликом закључења уговора, уговорне стране могу да уговоре клаузуле којима се ограничава или искључује одговорност за штету. То су тзв.клаузуле неодговорности којима се унапред искључује одговорност дужника у оним случајевима у којима би иначе, према законским правилима одговарао, или се пак одговорност ограничава до одређеног износа накнаде штете, такође унапред. У свком случају дужник се ставља у знатно повољнији положај од онога у коме би био применом законских норми. Такође, обим одговорности дужника за повреду уговора се може и повећати, тако да одговора и у оним случајевима у којима по закону не би одговарао³⁸. То практично значи да дужник тада унапред преузима одговорност и за неки од случајева више силе. Он практично на себе преузима улогу осигуравача јер осигурава повериоца од тих случајева.

³⁷ О. Антић,421.

³⁸ Члан 264. став 1 ЗОО, „Уговором се може проширити одговорност дужника и на случајеве за које он иначе не одговара.“

Код вануговорне одговорности, није могуће уговарање оваквих клаузула. То произлази из саме природе ове одговорности која се заснива на закону и идеји јавног поретка³⁹. Не може се дозволити да неко лице унапред ограничи или чак искључи своју одговорност за недозвољене и недопуштене радње којима другим лицима проузрокује штету. Због тога су правила о накнади деликтне штете императивног карактера и не могу се мењати вољом странака. Такво поступање било би противно императивним прописима који су обухваћени појмом јавног поретка.⁴⁰

Ова разлика, уосталом као и неке друге, донекле је релативизирана правилом да се клаузулама о искључењу или ограничењу одговорности, у домену уговорне одговорности не могу обухватити тежи степени кривице. Може се искључити или ограничити одговорност дужника за повреду уговора али само ако је повреда учињена из обичне непажње. Уколико је дужник поступао са намером или из крајње непажње ове клаузуле не производе правно дејство⁴¹.

Разлике постоје и у погледу правила која се примењују у случају солидарности дужника. Код вануговорне одговорности, када више лица проузрокује штету, одговарају солидарно и поверилац је овлашћен да од било којег од солидарних дужника захтева накнаду целокупног износа штете. Такође, заједно са деликвентом одговарају и подстрекачи и помагачи и то такође солидарно. Другачија је ситуација са уговорном одговорношћу, где да би постојала солидарна одговорност, она мора бити уговорена, тј. унапред предвиђена самим уговором. То је због тога што се код уговорне одговорности, као што смо истакли, претпоставља да је уговор прекршио дужник јер само је он у обавези према повериоцу према уговору. То значи, солидарне уговорне одговорности нема уколико није унапред уговором предвиђена. Требало би напоменути да је за неке посебне врсте уговора (трговинске уговоре) самим законом предвиђена солидарна одговорност.

³⁹ С.Перовић (2004), 24.

⁴⁰ А.Брун (Brun), *Rapports et Domaines des Reponsabilites Contractuelle et Delictuelle*, Lyon 1931, 88

⁴¹ Члан 265. став 1 ЗОО, „Одговорност дужника за намеру или крајњу непажњу не може се унапред уговором искључити.“

Питање застарелости потраживања на накнаду проузроковане штете такође је различито регулисано. Разлика се огледа како кад је у питању дужина рока застарелости тако и у погледу временског тренутка од којег застарелост почиње да тече. Код потраживања накнаде штете по основу вануговорне одговорности застарелост почиње да тече од тренутка када је оштећени сазнао за штету и за лице које је штету учинило. То је и логично, јер се право на накнаду штете рађа у тренутку настанка штете. Застарелост за потраживање накнаде штете по основу уговорне одговорности почиње да тече од момента доспелости уговорне обавезе. Као што смо рекли и рокови застарелости су другачији. Потраживање накнаде штете код уговорне одговорности застарева до законом предвиђеног рока застарелости за конкретну уговорну облигацију⁴². Код деликтне одговорности постоје пак два рока застарелости: субјективни, који тече од дана сазнања за штету и учиниоца и износи 3 године, и објективни рок од 5 година од претрпљене штете. Истеком објективног рока оштећени губи право да захтева накнаду штете од штетника без обзира кад је сазнао за штету и учиниоца.

На крају овог излагања о разликама између уговорне и вануговорне одговорности, погледаћемо и разлику у вези са способношћу дужника да буде одговоран по основу деликтне односно уговорне одговорности. Као што је познато, само пословно способна лица (уз одређене изузетке) могу закључивати уговоре, па самим тим, само пословно способна лица могу одговарати за неиспуњење или неуредно испуњење уговора. Дакле, пословно неспособно лице не може бити одговорно за штету по основу уговорне одговорности⁴³. Док деликтно могу бити одговорна и пословно неспособна лица, под одређеним околностима. Ту се пре свега мисли на малолетна лица, али и на лица која су душевно болесна. Код нас се пословна способност стиче са навршених 18 година живота. Деликтна одговорност се стиче знатно раније, са навршених 14 година живота, мада под одређеним условима одговарати могу и малолетна лица између 7 и 14 године живота⁴⁴.

⁴² О. Антић, 422.

⁴³ Б. Перић, „О односу контрактуалне и деликтне одговорности“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/1953, 109

⁴⁴ Под условом да се у конкретном случају утврди да је малолетник био способан за расуђивање и да је могао да схвати значај свог дела.

Ова разлика у погледу деликтне и уговорне способности последица је тога што се за закључење уговора захтева већи степен свести него за деликтно проузроковање штете⁴⁵.

Поред ових изложених и, рекло би се значајних постоје и неке мање значајне разлике између уговорне и вануговорне одговорности. То су рецимо питање судске надлежности и питање сукоба закона.

У споровима за накнаду штете због повреде уговора за суђење је надлежан суд који је опште месно надлежан за туженог, док је у споровима за накнаду штете по основу деликтне одговорности поред суда опште месне надлежности, надлежан и суд на чијем је подручју штета учињена.

Што се тиче сукоба закона, у области вануговорне одговорности, он се решава по правилу колиозном нормом која, као надлежно право упућује на право места где је деликт учињен (*lex loci delicti commissi*). Као основно правило које важи у области накнаде уговорне штете са елементом иностраности, јесте да у највећем броју случајева странке саме уговором одређују које ће право бити надлежно у случају спора. Овде поново начело аутономије воље у уговорном праву долази до пуног изражаја.

До сада смо умногоме појаснили слику о односу уговорне и вануговорне одговорности за штету. Видели смо, на један доста свеобухватан и детаљан начин, разлике које се јављају између ова два вида имовинске одговорности. Из свега наведеног се види да је ова подела на уговорну и деликтну одговорност доста оправдана и да није плод неких изведених закључака и апстрактних правних конструкција, већ да је заснована на реалности тј. на реалним разликама у важећем законодавству. Иако у правној теорији, како нашој, тако и иностраној, има доста покушаја да се ове разлике релативизују у знатно већој мери него што оне то и јесу, чини се да се теорија о јединству одговорности ипак не може прихватити. У прилог овоме истичемо и то да законодавства великог броја земаља, међу којима је и наше, не прихватају ову теорију него јасно раздвајају правила којима се регулишу ова два поља имовинског права. При томе се наравно води рачуна и о њиховим сличностима, па се тако најчешће правила о јед-

⁴⁵ С. Перовић (2004), 22.

ном од ова два вида одговорности постављају као основна, па се у вези са другим видом регулишу само специфичности⁴⁶. На основу свега изложеног може се закључити да су уговорна и вануговорна одговорност одвојени правни институти, иако донекле комплементарни. Они се односе на различите ствари: прва санкционише повреду уговора а друга повреду законских правила понашања.⁴⁷

4. Значај разликовања уговорне и вануговорне одговорности

На овом месту потребно је нешто рећи о значају разликовања уговорне и деликтне одговорности, како на унутрашњем тако и на међународном плану. На унутрашњем плану та подела и не представља неки проблем⁴⁸, иако примена једних или других правила може довести до различитих резултата, како у погледу постојања одговорности тако и у погледу висине накнаде. Такође постоје случајеви који стоје на граници између повреде уговора и деликта, као и случајеви који истовремено представљају и повреду уговора и деликт. Што са своје стране није безначајно. Међутим, много већи проблеми се јављају на међународном плану, па ћемо се на њима задржати дуже. Разлике у правним системима разних држава доводе, са једне стране до постојања различитих режима деликтне одговорности а са друге до велике разноликости правних установа које утичу на режим уговорне одговорности. Што има значајне последице у пракси, јер се јавља проблем са информисаности у погледу познавања права других земаља а што доводи поскупљења цене закључивања уговора а то умногоме отежава међународни привредни саобраћај. Колики је значај разликовања ова два вида одговорности у савременом праву говори и чињеница да је Европска комисија наручила једну компаративну студију којом би била обухваћена сва национална права зема-

⁴⁶ Тако је рецимо поступљено у Швајцарском закону о обликацијама. Тај законик у чл.43.-61. регулише вануговорну одговорност за штету, а у члану 99. став 3. одређује да се правила која се односе на одговорност за недопуштене радње аналогно примењују на последице неизвршења уговора. И.Јанковец, 391.

⁴⁷ Г. Вيني (Viney) *Traite de droit civil, les obligations. La responsabilite: conditions*, Paris 1982, 259

⁴⁸ О. Антић, 422.

ља чланица Европске уније, а која би требало да да одговор на питања: да ли и у коликој мери ови системски проблеми између уговорне и вануговорне одговорности права земаља чланица Уније утичу на правилно функционисање тржишта⁴⁹.

5. Случајеви у којима истовремено постоји и уговорна и вануговорна одговорност

За крај нам је остало још да размотримо ситуацију кад постоји конкуренција уговорне и вануговорне одговорности. Другим речима, постоје и такве ситуације у којима се стичу уговорна и деликтна одговорност. У тим случајевима се штета показује као резултат кршења и опште забране (законске обавезе) да се не шкоди правним добрима другога, и посебне (уговорне обавезе) учиниоца штете према оштећеном⁵⁰. У таквим ситуацијама се јавља проблем да ли оштећени може тражити накнаду штете по основу уговорне или по основу вануговорне одговорности или можда и по једном и другом основу. Пошто је правни режим ова два вида одговорности, као што смо видели, доста различит, опредељење за један или други основ накнаде може довести до различитих резултата. Према томе није свеједно која ће се правила у конкретном случају применити.

На ово питање у теорији и законодавству се одговара на два могућа начина. Права једног броја земаља стоје на становишту да у таквим ситуацијама поверилац може да бира да ли ће се користити правилима о уговорној или правилима о вануговорној одговорности. При томе он је слободан у избору и може се по свом нахођењу користити правилима која су у конкретном случају повољнија за њега. Друга група земаља, односно њихова права у таквим случајевима дају предност уговорној одговорности. Ова предност се даје зато што се сматра да су правила о уговорној одговорности *lex specialis* у односу на правила о вануговорној одговорности као општа па је логично да имају предност.

⁴⁹ Студија под насловом *The interaction of Contract Law and Property Law in Europe*, Munchen 2004, Christijan von Bar i Ulrich Drobning, О. Антић, 421.

⁵⁰ Ј. Радишић, 187.

Како у нашем праву ова ситуација није позитивноправно регулисана, сматрамо да би код нас требало прихватити прво становиште, јер не би било логично повериоца ограничавати да се у случају повреде уговора користи само уговорном одговорношћу ако та повреда представља и деликт. Посебно, ако би у конкретном случају накнада штете по основу вануговорне одговорности за њега била повољнија. Кад не би било тако, поверилац би се налазио у неповољнијем положају од било ког другог лица које је претрпело штету због истог деликта. Значи, предност би требало дати тзв.теорији конкуренције захтева, по којој поверилац у конкретном случају може да бира на која ће се правила позивати, а све водећи рачуна шта је за њега повољније. Али, када се поверилац намири по једном основу, губи право на намирење по другом. Није дозвољено „кумулярање уговорне и вануговорне одговорности.“⁵¹

⁵¹ Г. Вини, 260.

Nenad Grujić,
Avocat candidat de Belgrade

RAPPORT DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ET EXTRACONTRACTUELLE POUR LE PRÉJUDICE (DOMMAGE)

Résumé

La responsabilité civile a deux aspects, deux branches ; ce sont la responsabilité contractuelle et extracontractuelle ou délictuelle. Il existe des avis opposés concernant ces deux aspects de la responsabilité. D'un côté, les adeptes de la théorie moniste considèrent que, dans le fond, entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle il n'y a pas de différences et que la responsabilité est toujours unique dans le droit civil. De l'autre côté se trouvent les adeptes de la théorie dualiste qui soulignent nettement la différence entre ces deux types de responsabilité.

Dans ce travail nous avons vu qu'il existe des différences dans le domaine de la réparation du préjudice, dans le sens du but de la responsabilité, puis en ce qui concerne la charge de la preuve de la faute et l'exonération de la responsabilité, ainsi que celle, considérée par beaucoup comme la plus importante, relative à l'existence de l'obligation préalable précédant à l'obligation de la réparation du préjudice. Nous avons essayé de relativiser certaines de ces différences et nous en avons approfondies d'autres.

De tout ce qui a été mentionné l'on voit que la responsabilité contractuelle et extracontractuelle ont beaucoup en commun, mais qu'il existe également de nombreuses différences considérables entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, et qu'elles sont si importantes que l'on devrait clairement faire la différence entre ces deux aspects de la responsabilité. Ceci non seulement à cause des raisons théoriques prédominantes qui l'imposent, mais aussi parce que l'un ou l'autre régime de responsabilité peuvent, appliqués en pratique à un cas concret, aboutir à des résultats très différents.

Mots clés: *responsabilité civile, responsabilité contractuelle, responsabilité extracontractuelle (délictuelle), restitution du dommage, culpabilité, la cause de la responsabilité*

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ ОД СТВАРИ СА НЕДОСТАТКОМ

Апстракт: *Одговорност произвођача за штету од ствари са недостатком представља важан правни и економски проблем у савременом друштву. Аутор у раду покушава да разреши дилеме да ли би одговорност произвођача требало да буде субјективна или објективна и које околности искључују његову одговорност. Притом, анализа постављених проблема излази из оквира правне теорије и правних метода. Полази се од схватања права као система подстицаја, у том смислу што се правна правила схватају као механизми који би требало да обезбеде смањење укупних трошкова у вези штете коју проузрокује ствар са недостатком.*

Међутим, питање је које правило о одговорности произвођача пружа најефикасније подстицаје. Да ли је то правило о субјективној (нехатној) или објективној одговорности произвођача и, колико је реч о објективној одговорности произвођача, које околности на страни купаца могу искључити такву одговорност?

Кључне речи: *одговорност произвођача, ствар са недостатком, систем подстицаја, економска ефикасност, компарација правила о одговорности за штету.*

Увод

Посебан вид правне одговорности у одштетном праву представља одговорност произвођача за штету коју узрокује ствар са недостатком. У америчком праву овај вид грађанске одговорности означава се као *product liability*. Одговорност произвођача за штету од ствари са недостатком посебно је дошла до изражаја у 20. веку и на почетку 21. века, због развоја тржишта, појаве нових производа, повећаног обима производње и других фактора.

У америчком правној теорији и пракси дуго се водила дебата око тога да ли би произвођач ствари са недостатком требало да одговара по основу кривице или независно од кривице. У првом случају реч је о субјективној одговорности произвођача, док се у другом случају ради о објективној одговорности произвођача.

Притом, дебата око преимућства једног или другог облика одговорности није вођена искључиво са правног аспекта. Напротив, економском анализом се дошло до значајних открића у вези прописивања једног или другог облика одговорности.

Генерално гледано, проширење економске анализе на правне гране које су дуго времена биле „недодирљиве“ за такав приступ омогућио је нова сазнања у вези економске ефикасности правних правила. Реч је о гранама права попут одштетног права, кривичног права, уговорног права и других.

Сходно томе, *принцип економске ефикасности* се показао као значајан инструмент у анализи правних правила о одговорности произвођача за штету коју узрокује ствар са недостатком. Та правна правила се компаративно проучавају, са циљем да се утврди које је од њих економски најефикасније.

Наша правна теорија углавном је фокусирана на правни аспект одговорности произвођача за штету од ствари са недостатком. Испитивање економске ефикасности правних правила препуштено је економској науци. Међутим, нове тенденције у правној науци намећу *интердисциплинарни приступ* у проучавању многих правних питања, а међу њима и питање одговорности произвођача за штету од ствари са недостатком.

1. Промена америчких правила о одговорности за штету коју узрокује ствар са недостатком

1.1. Теоријски аспект проблема

У случају да ствар са недостатком проузрокује штету купцима, *објективну одговорност* сноси произвођач. Објективна одговорност произвођача значи да је он одговоран за штету коју проузрокује ствар са недостатком, *независно од сопствене кривице*. Ова врста одговорности произвођача је прописана и у нашем¹ и у америчком праву.

У америчком праву, да би произвођач био одговоран, ствар коју производи мора да има одређени недостатак или дефект. Тај недостатак може бити различит: недостатак у дизајну, недостатак у производњи и недостатак упозорења. Недостатак у дизајну постоји када један произвођач користи дизајн другог произвођача. Недостатак у производњи настаје уколико произвођач направи грешку у производном процесу. Недостатак упозорења односи се на ситуацију када произвођач пропусти да упозори потрошаче о могућим опасностима употребе производа.

Одговорност произвођача за штету од ствари са недостатком може се теоријски проучавати у оквиру *економског модела*. У оквиру тог модела се полази од тога да мере пажње могу предузети *заједно* и потенцијални починилац штете и потенцијални оштећени или *одвојено*, када мере пажње предузима или потенцијални починилац штете или потенцијални оштећени. Први случај се означава као *билатерална пажња*, а други као *унилатерална пажња*.²

У случају билатералне пажње, најефикасније је применити *правило о нехатној одговорности*, док је у случају унилатералне пажње најефикасније применити *правило о објективној одговорности*.

Правило о нехатној одговорности обезбеђује подстицаје за предузимање ефикасног нивоа пажње од стране потенцијалног починиоца

¹ Према нашем Закону о облигационим односима (ЗОО), произвођач је објективно одговоран, само ако је штета последица недостатка у конструкцији или изради ствари.

² Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Longman, Reading Massachusetts, Menlo Park California, New York, Harlow England, Ontario, Sydney, Mexico City, Madrid, Amsterdam, 1999, стр. 300–308.

штете и потенцијалног оштећеног. У том случају, обе стране задовољавају *правни стандард пажње* како би избегле потенцијалну одговорност за штету. С друге стране, правило о објективној одговорности обезбеђује подстицаје за ефикасан ниво пажње од стране потенцијалног починиоца штете или потенцијалног оштећеног. Разлог томе је што једна или друга страна предузима ефикасне мере пажње ради избегавања потенцијалне објективне одговорности за штету. Другим речима, када је једна или друга страна суочена са одговорношћу независно од кривице, она преузима ефикасне мере пажње у циљу избегавања те одговорности.

Узимајући у обзир ове налазе, поставља се питање *које је правило ефикасније када је реч о одговорности за штету коју узрокује ствар са недостатком*.

Уколико се пође од тога да недостатке у дизајну, производњи и упозорењу контролишу *произвођачи*, пажња је, у овом случају, унилатерална. Када је пажња унилатерална, најефикасније правило је *правило о објективној одговорности произвођача*.

Међутим, постоје ситуације у пракси кад, поред произвођача, и *купци* могу да предузму мере пажње, у циљу смањења вероватноће наступања штете. То су случајеви билатералне пажње. Примера ради, купци могу, и поред упозорења у гаранцији, да користе производ у друге сврхе. Уколико тада штета настане, само купци могу бити одговорни за насталу штету. У оваквим ситуацијама, ефикасније је применити *правило о нехатној одговорности произвођача и купаца*.

Уважавајући чињеницу да код штета, које проузрокују ствари са недостатком, пажња може бити унилатерална и билатерална, најефикасније је *комбиновати* примену правила о објективној одговорности произвођача и правила о нехатној одговорности произвођача и купаца. То значи да произвођач треба да буде *објективно одговоран* за штету, коју узрокује ствар са недостатком у дизајну, производњи и упозорењу, уз могућност да *избегне* објективну одговорност, ако је оштећени добровољно преузео на себе ризик од nanoшења штете или је злоупотребио производ у друге сврхе.

Да би се доказало да је комбинација употребе ова два правила најефикаснија, може се поћи од супротне ситуације – само је произвођач објективно одговоран за штету коју узрокује ствар са недостатком. Тада је произвођач принуђен да *осигура* сваког од својих

купаца. Другим речима, уколико је оштећени купац добровољно преузео ризик од наношења штете или је злоупотребио производ у друге сврхе, при чему *не преузима одговорност за штету*, произвођач је принуђен да *осигурањем* купца минимизира сопствену одговорност. Међутим, закључење уговора о осигурању има за последицу *повећање трошкова* произвођача, због чега долази до *раста цена* производа. Произвођач уграђује трошкове осигурања у цену својих производа, тако да вишу цену плаћају *сви купци* производа, а не само они који су непажљиви. Они купци који су пажљивији преферирају куповину производа по нижој цени (а не наметнутој вишој цени), као и закључење уговора о осигурању са другим осигуравачем (а не оним кога је произвођач изабрао).

Према томе, објективна одговорност произвођача, с могућношћу ослобођења од те одговорности када купци преузму ризик или злоупотребе производ у друге сврхе, представља *најефикасније решење*, у циљу минимизирања укупних трошкова. Недостатак могућности ослобађања од одговорности приморава произвођача да понуди осигурање приликом куповине његових производа. Међутим, то представља *неефикасно решење*, с аспекта минимизације укупних трошкова.

1.2. Практични аспект проблема

У Сједињеним Америчким Државама, у последњим деценијама 20. века и на почетку 21. века, постоје снажне политичке тенденције ка реформи одштетног права, у делу одговорности за штету коју узрокује ствар са недостатком.

Те политичке тенденције одражавају идеје произвођача, који се првенствено залажу за *унификацију и стандардизацију* прописа из ове области на федералном нивоу. Кључни аргумент за унификацију и стандардизацију прописа на федералном нивоу јесте да би се на тај начин уштедели трошкови произвођача, а тиме и потрошача. Други важан аргумент произвођача за реформу јесте да прописи у појединим државама омогућавају оштећенима да *олако добију накнаду штете* у парницама против починилаца штете. У вези са тим, произвођачи истичу да су судови, односно поротници *превише наклоњени* успеху оштећених. Зато се произвођачи залажу за усвајање јединственог федералног закона у овој области, који би сублимирао ове предлоге за реформу.

Предлози за реформу постојећих прописа представљани су у Конгресу дужи низ година. Међутим, они никад нису прихваћени од стране оба дома Конгреса – Представничког дома и Сената.

С друге стране, на нивоу појединих држава, спроведене су одређене реформе. Реформе су углавном усмерене на *ограничење висине накнаде штете* коју оштећени може добити. Само ограничење је учињено на различите начине. Неке државе су ограничиле висину накнаде нематеријалне штете и казнене одштете³, за *све врсте деликвата*. Друге државе су поставиле горњу границу накнаде штете, само за *одређене деликте* (на пример за несавесно лечење).⁴

Упркос претходно наведеним проблемима, одређени статистички подаци показују да амерички систем накнаде штете, у делу одговорности за штету коју узрокује ствар с недостатком, функционише *задовољавајуће*. У периоду од 1985. до 1991. године број парница пред федералним судовима, које су покренуте по тужби за накнаду штете коју проузрокује ствар са недостатком, *опао је за 40%*. С друге стране, у периоду 1981. до 1987. године тужени произвођачи су добили *51%* од укупног броја парница. Међутим, у периоду од 1988. до 1994. године тужени произвођачи су добили *64%* од укупног броја парница. То указује на *смањење тренда* олаког сваљивања кривице на произвођаче.⁵

³ У америчком одштетном праву постоји посебна врста одштете, која се зове *казнена одштета* (енг. *punitive damage*). Казнена одштета води порекло из општег права (енг. *common law*). Суд може да досуди казнену одштету у корист тужиоца, уколико је понашање туженог било злобно, неморално, или понижавајуће по тужиоца. Сврха овакве судске пресуде, с једне стране се огледа у *отклањању штетних последица* по тужиоца, а с друге стране, у *кажњавању туженог због његовог понашања и спречавању будућих истих или сличних понашања*.

⁴ Реформе могу произвести и нежељене резултате. Средином 1980. године у Индијани, прописима је ограничена накнада штете за несавесно лечење, на 500000 долара и створена посебна професионална комисија за одлучивање о накнади штете, које прелазе износ од 100000 долара. Неочекивани резултат је уследио, јер се накнада штете за несавесно лечење *повећала за 1/3*, у односу на друге државе, које су задржале традиционални систем накнаде штете. Сматра се да је нежељени резултат уследио, јер су *професионални стручњаци* у комисији утврђивали чињенице и доносили одлуке о додели накнаде, за разлику од традиционалног система доделе накнаде, у коме *поротници лаици* одлучују о накнади штете.

⁵ Видети: James A. Henderson, Theodore Einsenberg, *The Quiet Revolution in Product Liability: An Empirical Study of Legal Change*, UCLA Law Review, Vol. 37, No. 479, 1990.

2. Промена наших правила о одговорности за штету коју узрокује ствар са недостатком

2.1. Економска ефикасност и правила о одговорности произвођача

Штета може настати, намерно или случајно, између субјеката који нису повезани негативним екстерналијама (попут загађења). У том случају, нереално је очекивати да субјекти могу преговарати и доћи до споразума, који би се односио на све будуће штете. Свака препрека, која стоји на путу ефикасног постизања споразума, представља *трансакционе трошкове*.⁶ Уколико су трансакциони трошкови ниски, реално је постизање ефикасног тржишног договора. Уколико су високи, неопходни су други механизми за решење проблема накнаде штете.

На пример, произвођач неког производа не може да закључи уговоре са свим потенцијалним купцима и да у њима предвиди све потенцијалне штете и решења накнаде истих. Такође, произвођач може донети *стратегијску одлуку*, да не открива недостатке својих производа.

Према томе, у случају произвођача и купаца, постоје *препреке* за постизање ефикасног договора. Зато би правни систем⁷, преко правила о одговорности за штету, требало да реши проблем накнаде штете између произвођача и купаца. Руководећи принцип у решавању проблема накнаде штете између произвођача и купаца јесте *принцип правичности*. Притом, принцип правичности не супроставља се *принципу економске ефикасности*. Напротив, принцип економске ефикасности представља основу за утврђивање која су правила о одговорности за штету најбоља.

2.2. Правни аспект проблема

Штета, коју узрокује ствар са недостатком, представља озбиљан правни и економски проблем. У савременом друштву, оваква врста

⁶ Трансакциони трошкови су трошкови размене својинских права.

⁷ У евро-континенталном правном систему, *законима* су прописане различите врсте одговорности за штету. С друге стране, када је реч о англо-америчком праву, мисли се на *судске одлуке* којима се стварају и примењују различита правила о одговорности за штету.

штете је све учесталија и озбиљнија по последицама које узрокује. Томе је свакако допринео и техничко-технолошки развој, кога прате и друге промене у развијеним земљама.

Када се говори о стварима које могу изазвати штету, то могу бити и *ствари мале вредности*. Рецимо, фабричка грешка у прављењу или монтирању кочионог система у аутомобилима може узроковати велику саобраћајну несрећу; неисправна основна животна намирница може условити тровање великог броја људи; неисправни лекови, чајеви, алкохолна пића могу довести до погубних последица.

Наш Закон о облигационим односима (ЗОО) регулише одговорност за штету од ствари са недостатком у свега *једном члану*: „Ко стави у промет неку ствар коју је произвео, а која због неког недостатка, за који он није знао, представља опасност штете за лица или ствари, одговара за штету која би настала због тог недостатка.“ Затим се у следећем ставу додаје: „Произвођач одговара и за опасна својства ствари, ако није предузео све што је потребно да штету, коју је могао предвидети, спречи путем упозорења, безбедне амбалаже или другом одговарајућом мером.“⁸

Потпуно је јасно да регулисање ове, све учесталије, врсте одговорности, у свега једном члану закона, није довољно. Овај став посебно долази до изражаја, ако се погледају законски текстови земаља Европске уније и Сједињених Америчких Држава, у којима се детаљније регулише ова материја.

Због тога је 2005. године усвојен *Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком*.⁹ Овај закон је исправио недостатке Закона о облигационим односима у погледу низа питања. Пре свега, ЗОО не даје одговоре на низ *практичних питања*, везано за штету коју узрокује ствар са недостатком.

Прво, ЗОО не дефинише прецизно *појам ствари*, које могу узроковати штету. ЗОО отвара дилему, да ли су то све врсте ствари или само покретне ствари. Већина земаља Европске уније, одговорност у овом случају, ограничава на покретне ствари, као и покретне ствари уграђене у непокретне ствари, као њихови самостални или неса-

⁸ Видети: *Закон о облигационим односима*, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, чл. 179, ст. 1, ст. 2.

⁹ Видети: „Службени гласник РС“ бр. 101/05.

мостални делови. Одговорност се односи и на електричну и топлотну енергију, воду, гас, човекове органе одвојене од тела и људску крв. Притом, појам ствари са недостатком не обухвата пољопривредне производе у природном стању, као и домаће и дивље животиње.¹⁰ Нови Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком је *отклонио* ову дилему, јер је предвиђено да се под производом (ствари) подразумева покретна ствар одвојена или уграђена у другу покретну или непокретну ствар, као и свака произведена или сакупљена енергија за давање светлости, топлоте или кретања. Такође, предвиђено је да се под ствари не подразумевају основни пољопривредни производи.¹¹

Затим, ЗОО не дефинише прецизно *појам недостатка*, већ само указује да од њега прети *опасност штете*. Појам недостатка има посебно значење, јер подразумева одсуство сигурности, која се од ствари, с обзиром на све околности, може оправдано очекивати.¹² Овакав или сличан прецизно дефинисан појам недостатка недостаје у нашем ЗОО. Међутим, и овај недостатак ЗОО је отклоњен доношењем Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком, у коме је предвиђено да недостатак постоји ако производ не обезбеђује сигурност, која се с правом очекује с обзиром на све околности, укључујући и рекламу, сврху којој је намењен и време када је стављен у промет.¹³

Посебан проблем чине и тзв. *опасности развоја*, односно недостаци, који се, с обзиром на стање научних знања и степен развитка технике, нису могли *спознати* у тренутку стављања ствари у промет. На пример, одређена канцерогена дејства лека, нису могла бити спозната у тренутку стављања лека у промет, јер се неке врсте рака касније развијају и уочавају. Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком је предвидео да се произвођач може *ослободити* одговорности ако ниво научних и техничких знања, у време

¹⁰ Видети: Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2004, стр. 254.

¹¹ Видети: *Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком*, „Службени гласник РС“, бр. 101/05, чл. 3.

¹² Видети: немачки *Законик о одговорности за манјиве производе*, чл. 3.

¹³ Видети: *Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком*, „Службени гласник РС“, бр. 101/05, чл. 4, ст. 1.

када је производ стављен у промет, није омогућавао откривање недостатка.¹⁴

Када се ради о самој *штети*, у нашем праву се подразумева штета проузрокована смрћу или телесним повредама и штета настала уништењем или оштећењем неког дела имовине, који се уобичајено користи за личну употребу или потрошњу и под условом да га је оштећени у ту сврху користио.¹⁵ Међутим, судови у САД-у, допуштају да *део сложене ствари са недостатком*, проузрокује *рефлексну штету* на осталим њеним деловима. Рецимо, штета коју завртањ брода проузрокује телу брода. Осим тога, по нашем праву се одговара и за стварну штету и за измаклу добит, док правни прописи многих земаља Европе признају само накнаду стварне штете.¹⁶

Одговорност за штету, од ствари с недостатком, сноси *произвођач* те ствари. Под произвођачем се подразумева лице које је произвело финални производ, сировине и саставне делове.¹⁷ Заједно с произвођачем, по ЗОО, може одговарати и *продавац* производа с недостатком, по начелима солидарне одговорности.¹⁸ Такође, поред стварног произвођача, у нашем праву, може одговарати и *квази произвођач*, односно лице које се издаје за стварног произвођача.

Када је реч о основу одговорности за штету која је последица *недостатка у конструкцији или изради ствари*, произвођач одговара независно од кривице. У овом случају, ЗОО прописује одговорност независно од кривице, јер ствари са оваквим недостацима имају статус *опасних ствари*, за које је предвиђена објективна одговорност. Од објективне одговорности, произвођач се може ослободити, ако је штета изазвана вишом силом, радњом оштећеног или трећег лица. Ово произилази из правила да штета не потиче од опасне ствари, уколико је последица више силе, радње оштећеног или трећег лица.

¹⁴ Видети: *Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком*, „Службени гласник РС“ бр. 101/05, чл. 8, ст. 1, тач. 5.

¹⁵ Видети: *Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком*, „Службени гласник РС“ бр. 101/05, чл. 5.

¹⁶ Видети: Јаков Радишић, *ор. cit.*, стр. 256.

¹⁷ Видети: *Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком*, „Службени гласник РС“ бр. 101/05, чл. 2, ст. 1.

¹⁸ Видети: *Закон о облигационим односима*, „Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, чл. 488, ст. 3.

С друге стране, Законом о одговорности произвођача ствари са недостатком предвиђени су *посебни основи* када се произвођач може ослободити одговорности.¹⁹

Међутим, уколико је реч о предвидљивој штети, која је последица *инструкцијског недостатка или несигурне амбалаже*, произвођач одговара по основу кривице. Најзад, уколико је реч о *продавцу* ствари са недостатком, он може бити одговоран само по основу кривице.

2.3. Економски аспект проблема

С једне стране, *правни прописи земаља Европске уније* су послужили као ослонац за промену наших правила о одговорности за штету, коју узрокује ствар са недостатком. Генерално гледано, хармонизација наших прописа с прописима земаља Европске уније у складу је са тежњом наше земље да постане пуноправни члан Европске уније.

С друге стране, закључци изведени на основу *економског модела*, у америчкој правној теорији, могу да послуже приликом анализе одговорности произвођача за штету коју узрокује ствар са недостатком, која је предвиђена у нашем праву.

Као што је речено, економским моделом је доказано да је најефикасније применити *правило о објективној одговорности произвођача* за штету од ствари са недостатком и *правило о нехатној одговорности купца*, уколико је оштећени купац добровољно преузео ризик од nanoшења штете или је злоупотребио производ у друге сврхе.

Због објективне одговорности, произвођач добија подстицај да буде *пажљив*, када је реч о контроли дизајна, производње и давања упозорења, али је остављена могућност ослобађања од објективне одговорности, уколико је сам купац искључиви кривац за штету, јер је самоиницијативно преузео ризик или је злоупотребио производ у друге сврхе.

Уколико би само произвођач био објективно одговоран за штету коју узрокује ствар са недостатком, био би принуђен да *осигура* сваког од својих купаца. Међутим, закључење уговора о осигурању,

¹⁹ Видети: *Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком*, „Службени гласник РС“ бр. 101/05, чл. 8, ст. 1.

има за последицу *повећање трошкова* произвођача, услед чега долази до *раста цена* производа, тако да вишу цену плаћају *сви купци* производа, а не само они који су непажљиви.

Према томе, објективна одговорност произвођача и нехатна одговорност купаца представља *најефикасније решење*, у циљу минимизирања укупних трошкова, код штета коју проузрокује ствар са недостатком.

Овај закључак, изведен на основу економског модела, указује да се, приликом креирања одређених правних правила, мора водити рачуна о *економским последицама* тих правила. Другим речима, морају се предвидети *подстицаји*, које примена различитих правила ствара у пракси.

Није довољно хармонизовати законодавство, у овом случају наше прописе о одговорности за штету од ствари са недостатком са прописима који важе у земљама Европске уније. Дефинисати одређене појмове, попут *недостатка*, или прецизно прописати које су *врсте ствари* узроци штете, јесте важно с правног аспекта.

Међутим, веома важно, ако не и важније, јесте како ће та правила бити *примењена* и да ли ће она створити *позитивне подстицаје*, код лица на која се примењују. Није свеједно, што ће само применом правила о објективној одговорности произвођача они бити приморани да *осигурају* купце. Видљива економска последица таквог негативног подстицаја јесте *повећање цена*. То повећање цена пада на терет *свих купаца*, а не само оних који су преузели на себе ризик или злоупотребили производ.

У Закону о одговорности произвођача за штету од ствари са недостатком је предвиђено да се произвођач може потпуно или делимично ослободити одговорности, ако је оштећени или лице за које је одговоран *делимично* допринео настанку штете.²⁰ Овај члан закона потврђује поставке економског модела, којим се испитује ефикасност различитих правила одговорности за штету од ствари са недостатком. Другим речима, пружена је могућност да се произвођач ослободи објективне одговорности због одговорности на страни оштећених купаца. Међутим, у закону није прецизно предвиђено шта се подразумева под *делимичним доприносом настанку штете*. Зато је било

²⁰ Видети: Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком, „Службени гласник РС“ бр. 101/05, чл. 8, ст. 3.

важно, поред посебних основа на страни произвођача, прописати околности на страни *купаца*, које доводе до искључења одговорности произвођача.

Закључак

Економски модел о одговорности за штету може послужити као корисно средство у испитивању ефикасности различитих правних правила. Теоријска открића до којих се долази употребом економског модела могу послужити као основа за промену важећих прописа.

У овом раду, економски модел је послужио као ослонац за испитивање различитих правила о одговорности за штету коју проузрокује ствар са недостатком. Показало се да је објективна одговорност произвођача најефикаснија у одређеним случајевима, јер произвођач има подстицај да предузме потребне мере пажње. С друге стране, у неким случајевима је потребно комбиновати правило о објективној одговорности произвођача и правило нехатној одговорности произвођача и купаца. Та комбинација се показује као најефикасније решење, јер обезбеђује најефикасније подстицаје за предузимање мера пажње, а тиме и смањење укупних трошкова.

Поред проучавања економске ефикасности правила о одговорности за штету од ствари са недостатком, важно је што је донет Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком. У том закону су дефинисани појмови, као што је штета, недостатак и други, чиме су отклоњени недостаци који су постојали у Закону о облигационим односима. Тиме се потврђује да наше законодавство, у делу одговорности произвођача за штету од ствари са недостатком, иде у корак са савременим светом.

Осим сагледавања компаративних правних решења, требало би уважити другачија и модернија решења, попут *примене економског модела*, у испитивању економске ефикасности правних правила о одговорности за штету од ствари са недостатком. То подразумева испитивање како закључци, изведени из економског модела, функционишу у *пракси других земаља*. Сагледати како се примењују прописи о одговорности за штету од ствари са недостатком у америчкој пракси и како се, на основу економског модела проверава њихова ефикасност, може бити веома корисно за нашу праксу.

Aleksandar Mojašević
Junior-Assistant at the Faculty of Law in Niš

ECONOMIC ANALYSIS OF THE PRODUCT LIABILITY

Summary

The product liability represents important legal and economic issue in the modern society. Should producer's liability be subjective or strict and what circumstances should exclude it are questions constituting the subject of analysis in this paper. Besides, the analysis of formulated problems exceeds the scope of legal theory and legal methods. The starting point is a law as a system of incentives, in the sense that legal rules provide incentives for reduction of a total harm costs caused by a defect product.

However, the question is what liability rule gives the most efficient incentives. Is it the negligence rule or the rule of strict liability? If it is the strict producer's liability, what circumstances on the side of buyers may exclude that liability.

Keywords: *producer's liability, defect product, system of incentives, economic efficiency, comparison of liability rules.*

Дарко Димовски, сарадник у настави
Универзитет у Нишу, Правни факултет

UDK: 343.26(091)
UDK: 343.811(091)

ПОЈАВА И РАЗВОЈ КАЗНЕ ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ*

Апстракт: У раду аутор је анализирао развој казне лишења слободe почев од античког доба, са посебним освртом на тадашњи затвор *Mamertine* и са анализом одредби Закона XII таблица који се односе на кажњавање. Анализирана је сврха казне лишења слободe и појава завода за затварање у средњем веку. Указана је посебна пажња факторима који су допринели појави и развоју казне затвора. Казна лишења слободe у XIX веку је разматрана у раду, са посебним освртом на различите врсте казне лишења слободe у то време. За XX век је карактеристична унификација казне лишења слободe. Последњи део рада је посвећен различитим врстама тадашњих водећих пенитенцијарних система.

Кључне речи: казна лишења слободe, пенитенцијарни системи, казна затвора

* Чланак је написан у оквиру пројекта „Приступ правосуђу- инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем РС, које финансира Министарство за науку и технолошки развој, под евиденционим бројем 149043

Увод

Пенологија је као самостална правна дисциплина “открила” широк спектар тема који су интересантни не само стручној јавности, већ и широј јавности. Једна од најинтересантнијих тема је, свакако, и тема о историјском развоју казне лишења слободе из више разлога.

То је казна која своје порекло не вуче из савременог доба, већ се њени корени могу наћи још у античком добу. Имала је различите функције у зависности од сврхе затварања, односно од владајуће теорије о циљу кажњавања. За разлику од раније праксе, када је примену ове казне пратила изразита бруталност и нечовечни услови њеног издржавања, а ретрибуција мање-више била основни циљ, данас се, приликом примене казне лишења слободе морају поштовати основна људска права, уз посвећеност очувању физичког и психичког интегритета затвореника и примену савремених третмана ресоцијализације.¹ Неке земље су отишле корак даље у замени казне затвора неким модификацијама затворског третмана увођењем кућног притвора, викенд затварања, полудневног затварања и кућа на пола пута. Приликом извршења ове казне настају тешкоће које отежавају имплементацију третмана. Уз то, као отежавајућа околност се јавља латентни сукоб између чуварског особља и особља задуженог за имплементацију третмана. Све је ово утицало да се аутор чланка заинтересује за дубље проучавање историјског развоја казне лишења слободе. У методолошком смислу прикупљање чињеница је било олакшано постојањем бројних радова о казни лишења слободе. Неки подаци су сазнати претраживањем интернет адреса..

Како је казна лишења слободе данас предвиђена у свим државама у неком свом облику као једна од врсти кривичних санкција, потребно је одредити шта се подразумева под лишењем слободе. Социологија узима слободу као слободу грађанску - друштвену, и у том смислу како примећује Џон Стјуарт Мил, слобода је “природа и граница власти, коју би могло друштво извршити над појединцем”.² Са гле-

¹ У већини земаља у свету дошло је до унификације казне лишења слободе, тако да сада преовладава казна затвора.

² Боривоје Д. Петровић, *Извршење казне лишење слободе*, Св. Ђорђе, Београд, 1932. година, страна 22.

дишта права, лишење слободе се може одредити “било лишење слободе кретања било одлучивање на промену места”.³

Полазећи од гледишта казне лишења слободе као кривичне санкције, нас интересује схватање лишења слободе у смислу ограничења кретања. Међу правним теоретичарима је спорно када и где је настала установа затварања, али је несумњиво да је идеја затварања веома стара установа.

Постоје бројни списи који сведоче о постојању ове установе у најстаријим државама. У прошлости је затварања у основи била идеја спречавања од бекства осуђеног или окривљеног, као и спречавање потенцијалних делинквената да врше кривична дела. Касније сврха затварања је била у уништавању личности починиоца кривичног дела, као и упозорењу и испуљењу починиоца кривичног дела у односу на почињена кривична дела. Видимо да се и временом сама сврха затварања мењала, тако да је затварање у новом веку правдана кажњавањем, застрашивањем и поправљањем.

1. Стари век

Постоје неки теоретичари који тврде да је затвор у старом хебрејском праву представљао казну. Они су своје тврдње оправдавали постојањем неколико затвора у Јерусалиму. Међутим, схватање затвора као казне у том добу једноставно не може опстати, јер нису постојали основни услови за развој казне лишења слободе. То не значи да затвор у најстаријим државама није постојао. Први писани извори говоре да су Кинези, Индијци, Вавилонци, Асирци, Персијанци, Египћани, Грци и Римљани имали затворе, тачније градске куле, тврђаве, подрумр и бунаре који су коришћени као затвори. Сам термин *затвор* се користио да би означио начин да се нека особа задржи и стави на располагање правди.

У Атини је постојало затварање осуђеника, али као мера чувања од бекства, а не као посебна казна. Затвореници нису били изоловани и могли су да их посећују пријатељи и родбина.⁴ Неки су могли

³ Ibid.

⁴ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, СВЕН, Ниш, 2006. година, страна 120.

да се крећу, а некима је била одузета могућност кретања причвршћивањем дрвених клада за ноге. Постојала је могућност посеђивања од стране родбине и пријатеља. Затвореници су могли да точе пића и да проводе време играњем неких друштвених игара, попут куглања. Познати филозоф Сократ држан је у тамници све док није био позван да попије отров. То да су затвореници били препуштени сами себи и непостојање затворске администрације доказује да затвор није постојао као казна. Интересантан је став грчког филозофа Платона који је сматрао да затвори треба да постану места у којима ће се издржавати казне лишења слободе, а не место привременог затварања преступника.

Закон XII таблица, донет 451-450. год.п.н.е., садржао је одредбе како приватног тако и јавног права. Одредбе о грађанском судском поступку су знатно бројније од одредби о кривичном праву и извршењу казни. Законом XII таблица предвиђен је кућни затвор онемо који је осуђен у парници или који је признао дуг. Уколико осуђеника нико не узме у заштиту или не изврши пресуду, нека га тужитељ поведе са собом. Може да га веже конопцем или да га стави у окове од 15 фунти, не лакшим, а може и тежим.⁵ Ова одредба у погледу минималне тежине окова у Закону XII таблица ствара дилему историчарима. Због тога већина сматра да је реч о грешци која се јавила приликом израде закона.

Римски правник Улпијан је говорио да затвори не треба да се користе за кажњавање већ за притварање.⁶ Наведено Улпијаново упозорење, у ствари индиректно упућује на закључак (основану претпоставку) да не треба, нити се може сасвим апсолитизирати превентивни карактер античког затварања (лишења слободе). Наиме, саме ријечи да затвор не треба користити за кажњавање, већ само за притварање, показују односно упозоравају да је у то време, највероватније, било и случајева затварања преступника у циљу њиховог кажњавања, иако је сасвим сигурно ова функција затвора била много мање заступљена од превентивне.⁷ У Риму су се развили поједини

⁵ Николић, Д., Ђорђевић, А., *Законски текстови старог и средњег века*, Ниш, 2002. година, страна 76.

⁶ Константиновић Вилић, С., Ђурђић, В., Петрушић, Н., *Казнено поправни завод у Нишу-90 година*, Ниш 2001. година, страна 5.

⁷ Видовић, В., *Казна лишења слободе*, Глас, Бањалука, 1981. година, страна 18-19.

облици затварања. Поједине телесне казне бивају замењене неким видовима лишења слободе као што су релегације и депортације. Постојали су тзв. *nocturni* који нису били судски магистрати, али су могли да наложе да се потенцијални извршилац кривичног дела пошаље у превентивни притвор. У неким списима се помиње и доживотна робија, уз принудни рад на јавним пословима. До доживотне робије је долазило због тога што су осуђеници на смртну казну остављани у животу из политичких разлога, на тај начин што им је извршење казне одлагано у недоглед.⁸

У Риму је постојао затвор под називом *Mamertin*. Састојао се од две просторије које су се налазиле једна изнад друге. Доња просторија, иначе позната под називом *Tullianum*, је била намењена присталицама Картагине који су у њој држани до погубљена. Сматра се да је чак и Св. Петар био заточеник овог затвора. Назив доње просторије потиче од латинске речи *tullius* што значи водоводна цев. То нам сугерише да је *Tullianum* био у облику цистерне. Над њом се налазила друга просторија која је имала веома узане отворе за ваздух и дневну светлост. На врху је постојао отвор кроз који су осуђеници били убацивани унутар просторије. Постојале су две врсте затварања, и то у облику затвора у оковима и затвора.

Затварање је било временски ограничено или доживотно. Надзор над стањем у затворима је било у надлежности *triumviri capitales*. У провинцијама које су биле под војном управом надзор над стањем у затворима је било у надлежности административне управе.

Аргумент, који користе теоретичари у одбрани става да затвор у античком добу није представљао казну, је одсуство било каквог одвајања оптуженика. Такво стање је доминирало у свим античким затворима.

Јављање нове религије, у оквиру римске државе, уздрмало је саме темеље државе. Хришћани су постали људи којима су се "пунили" тадашњи затвори. Међутим, црквени великодостојници су почели са "откупом" затвореника. Након доношења Миланског едикта 313. год. од стране Константина Великог, хришћанство је постало равноправно са осталим религијама. Самим тим, престали су прогони хришћана. "Божје куће" су постале место азила оним дужницима чији

⁸ Видовић, В., *op.cit.*, страна 20.

су повериоци злоупотребили своје право. Иако се касније ово право проширило и на друге људе, врло често је оно било злоупотребљавано па је било укинато. Црква је покушавала да казни злочинце али и да их поправи на свој начин виђења света.

У историји Рима су доношени едикти којима су ослобађане одређене категорије. Ово се није односило на рецидивисте, на оне који су ухапшени због тровања, светогрђа, пљачке, издаје, кривотворења и убиства. Значај цркве у ондашњем друштву се види и у могућности црквених великодостојника да замоле судију да да опрост осуђеним затвореницима.

Можемо донети закључак да је затвор значио само средство за задржавање оптужених и стављање на располагање правосуђу. У литератури се истиче да некадашњи затвори представљају "предсобље за извршење телесних и смртних казни".⁹ Сматра се да су их некадашњи судови празнили својим пресудама, а данашњи их судови својим пресудама пуне. Затварање у овом периоду је подсећало на истражни затвор. Правни теоретичари сматрају да постоје више разлога за овакво схватање функције затвора. Један од разлога је и то што се затварање као казна није сматрала за адекватну казну за учиниоце кривичних дела. Чињеница да се слобода није много ценила као данас, као и чињеница да се сврхом казне сматрала одмазда, говори у прилог томе да затварање није представљало посебну казну.

2. Средњи и нови век

Сврха кажњавања у средњем веку се није значајније променила. Идеји испаштања придодата је и идеја застрашивања околине. Средњовековно затварање је карактеристично по арбитарности правосуђа, проширивању кривичних дела и казни, као и бруталним методама извршења казни. Антички начин затварања наставља свој "живот" у средњем веку. Затварање је служило као превентивна мера за задржавање оптуженика до доношења и извршења пресуде, као и за држање душевно болесних лица и нетачних дужника. Међутим, постоје докази да је затварање постојало као казна лишења слободе.

⁹ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., loc. cit.

Она је била предвиђена Статутом у Вестминстеру 1275. године, као казна затвора у периоду од две године за злочин силовања. Казна затвора у доживотном трајању била је предвиђена у Данској 1294. године за убиство.¹⁰

Улога цркве у средњем веку је била огромна. То се манифестовало и код затварања оптуженика. Одлуком Орлеанског синода из 549. године ђакони су добили задужење да недељом обилазе затворенике. Црквени великодостојници су имали могућност да обилазе затворенике, надзиру рад и понашање судија, разговарају са затвореницима о њиховим жељама и да евентуално обавесте власт о пропустима које су приметили. Средњи век је карактеристичан и по постојању црквених затвора. У тим затворима су били заточени верници у ограниченим или неограниченом трајању. Црква је настојала да се верници покају и измене своје ставове. О односу цркве према затвореницима сведочи податак да су затвореници често били оковани и држани само на хлебу и води. Црква је имала првенство кажњавања свештенства, без обзира на врсту кривичних дела, али је то промењено током XVI века. На тај начин држава је преузела првенство кажњавања свештенства за кривична дела која нису била религијског карактера. Црква је задржала првенство кажњавања световних лица за кривична дела религијског карактера. Она је, на основу декрета Папе Иноћентија III који су усвојени на Четвртом латеранском сабору 1215. године, увела инквизиторски поступак. Уведен је као средство борбе цркве против отпадника од вере свих врста (јеретика, вештица и слично).¹¹ Постепено је овај поступак уведен и у световно право, где је преовладавао све до Француске буржоаске револуције 1789. године када је уведен потпуно нови кривични поступак, познат под називом савремени (мешовити) кривични поступак. Најтежу меру коју су инквизитори могли да досуде је затварање осуђеника. Међутим, то затварање није се сматрало казном, већ мером којом ће се спречити јеретици да својим ставовима утичу на друге. Стари и нејаки су могли да бораве у ходнику док су остали били затварани у ћелијама. Према затвореницима су се примењивали блажи

¹⁰ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op.cit.*, страна 122.

¹¹ Стевановић, Ч., Ђурђић, В., *Кривично процесно право*, Пеликан принт, Ниш, 2006. година, страна 56.

или суровији облици поступања. Они који су били под суровијим облицима поступања били су оковани на ногама, а некад чак везивани и за зидове ћелије. Сви затвореници су били држани на хлебу и води. Није постојала никаква брига о њиховом здрављу.

Немачка, такође, није одступала од других средњовековних држава по питању превентивног затварања све до доношења 1532. године Општег кривичног законика, познатог под називом *Каролина*¹², када затварање добија у одређеним случајевима карактер кажњавања. То се односи пре свега односи на казну доживотног затвора. Окрутност *Каролине* се огледа у томе што је она у два својим члановима 11 и 218 истакла да затвори не служе, као што би требало, за опомену ухапшеницима и осуђеницима, већ за њихово мучење. Међутим, стање у затворима тога доба није се поправило. Сматрало се да је смртна казна далеко блажа од доживотног затвора, јер је прекраћивала муке и патње које су осуђени на доживотни затвор трпели.¹³

Француска, као ранофеудална држава, прихватила је антички концепт затварања. Ова земља је обилувала затворима који су били препуни оптуженицима, инсолвентним дужницима, малоумницима, скитницама и осуђеницима који су чекали извршење пресуде. У Италији је доста била распрострањена казна принудног рада, која се састојала у градњи тврђава. Присутност осуђеника се обезбеђивао лишавањем његове слободе. Међутим, то није била казна лишења слободе, већ казна рада. Током читавог периода раног феудализма и током прелаза у развијени феудализам затварање није представљало казну, већ превентивно-профилактичку меру.

Затварање у овом периоду можемо поделити у три групе.

1. Превентивно затварање је било процесно-правне природе и служило је чувању окривљеног/оптуженог до коначне пресуде. Како је делинквент чекао извршење смртне или телесне казне, с правом

¹² Томас Мор у свом делу „Утопија“ објављеном 1516. године предлаже да се, уместо многобројних телесних и смртне казне, уведе казна лишења слободе, за коју каже да су је познавали и стари Римљани... Такосе под утицајем ових идеја, а посебно канонског права, у развијеној фази феудализма појављује казна лишења слободе у „Каролини“ 1532. године за време Карла V. Цитат према: Видовић, В., *op.cit.*, страна 25.

¹³ Поповић, В., *Систем извршења казни лишења слободе у Југославији*, Издање Савеза правника Југославије, Београд, 1966. година, страна 23.

се истражни затвор сматрао предсобљем телесних казни и погубљења. Дешавало се да останак делинквента у затвору буде кратко, уколико је кривични поступак кратко трајао. Међутим, уколико је поступак дуже трајао било је потребно да се пронађе неко сигурније место за смештај делинквента.

2. Дужничко затварање имало је за циљ да лице које није могло да плати на време пресуђену глобу, новчану казну или доспео дуг натера да то учини. Овакво затварање је могло да траје у недоглед односно до тренутка када би доспелу новчану обавезу дужник или неки његов рођак био у стању да исплати. Уколико ни дужник ни његов рођак није био у стању да намири новчану обавезу, дужник је могао да тражи опрост од бискупа. Дужник је персонални затвор издржавао одвојен од других осуђеника. Оно по чему се ово затварање разликовало од осталих је то што се оно спроводило на захтев и на трошак повериоца.

3. Профилактичко затварање је такво затварање које је представљало превентивну меру против оних лица, тј. скитница, нерадника и просјака који су реметили јавни ред и мир. На иницијативу протестанских свештеника Ридлија и Левера 1555. године у Брајдвелу, покрај Лондона, оформљен је завод чији је циљ био да онемогући вршење кривичних дела, да присили затворенике на рад и да покуша да се затворена лица преваспитају у корисне чланове друштва. Године 1576. донет је закон по коме је постала обавеза да се овакви заводи оснују широм Енглеске. Од 1609. године биле су предвиђене и новчане казне за оне грофовије које нису испоштовале дате законске одредбе.¹⁴ Оно што је довело до оформљења Брајдвела је развој текстилне индустрије, што је условило одузимање земље од сељака и претварање у пашњаке. То је довело да велики број сељака лута улицама у потрази за сопственом егзистенцијом. Они су тако постали предодређени за бављење просјачењем и проституцијом, што је повећало и ремећење јавног реда и мира, као и број извршених кривичних дела. Решење за овај проблем је постао Брајдвел. Временом тамо су упућивани и криминалци, тако да се Брајдвел сматра најстаријим затвором савременог типа. У почетку у њима није било никаквог реда. Различите категорије затвореника су били смештени заједно.

¹⁴ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op.cit.*, страна 123.

Долазило је до бројних нереда у овим затворима због одсуства класификације, али и одсуства било каквог заједничког рада. То је довело да се одвајају лица способна за рад која су желела да раде, од оних који су били способни да раде а нису желели да раде. Прва група затвореника је била смештена у тзв. радне куће, а друга група у поправне домове. Врло брзо долази и до интерне класификације. Стање у Брајдвелу најбоље описује Макс Гринхит у свом делу "Пенална реформа" у којој каже:

"Ови поправни домови обезбеђивали су за беспосличаре и оне који нису поштовали закон, могућност да раде. Овај рад је имао троструки циљ: да онима који раде обезбеди да се сами издржавају, да их преваспитава кроз тај принудни рад и дисциплину и да утиче на друге да се не одају скитњи и беспосличењу... Неки осуђеници су израђивали одела, неки су радили у ткачницама и предионицама, неки у ковачницама. Сировине су добијали од спољних приватних власника радњи који су после обраде сакупљали готове производе и продавали их на тржишту. Најгори осуђеници су запошљавани у млиновима и пекарама са могућношћу да буду пребачени на боље и лакше послове... Касније, су осуђеници добијали плате за свој рад."¹⁵

Током XVII и XVIII века било је оформљено још доста сличних завода. Марта 1589. године у Амстердаму дошло је до суђења једном шеснаестогодишњем лопову. Судије, желећи да пронађу другачија решења од телесних и смртних казни, су разговарали са члановима градског савета. Савет је за неколико месеци изашао са предлогом да се за скитнице и малолетнике оснује посебна зграда-установа у којој би они радили. Тако је 1595. године оформљен у Амстердаму затвор за скитнице и криминалце. Већ следеће године Амстердам је постао "богатији" за предионицу намењену искључиво женама. Касније су затвореници били одвојени у посебне делове за скитнице, развратне жене, лопове и занемарену децу.

Средња Европа је убрзо била преплављена оваквим затворима. Довољно је споменути Бремен - 1609, Либек - 1613, Хамбург - 1622, Беч - 1670. Италија је је почетком XVII века прихватила овај начин затварања. У Италији је био прихваћен принцип да је циљ кажњавања поправљање кривца.

¹⁵ Константиновић Вилић, С., Ђурђић, В., Петрушић, Н., loc. cit.

После експериментисања у Венецији и Напуљу, свештеник Филипо Франчи је успешно водио склониште у Фиренци у којој је применом индивидуалног раздвајања тежио да поправи децу. Захваљујући успеху овог склоништа папа Климент XI је основао 1703. године децији завод Св. Михајло за смештај деце која нису извршили кривично дело, а према којима је потребно применити мере васпитања. На улазу зграде је стајао натпис: "За поправљање и образовање запустелене деце; они, који су без обучавања били штетни по државу, могу, уз обуку, бити у њеној служби."¹⁶ Овај завод је био подељен на два крила, имао је три спрата од по десет ћелија, а у њеном центру је била радионица на коју је био исписан мото: "Није довољно казнити зло, ако их дисциплином не учиниш бољим." Методи који су се примењивали у циљу поправљања су били- раздвајање, тишина, рад и молитва. Током дана био је организован заједнички рад, а ноћу су они боравили у посебним ћелијама. Свако од штићеника био је у обавези да изучава занат и био је охрабриван у свом раду. Било каква недисциплина кажњавања је животом на хлебу и води, шибањем, стављањем у тамне шупљине и радом у ћелијама.

По моделу завода Св. Михајла 1735. године саграђен је затвор за жене од стране папе Климента ХИИ. Овакви заводи нашли су своју примену и у другим земљама на северу Италије. Тако је у Турину 1757. године основана „Кућа добрих намера”. Марија Терезија је 1759. године основала поправни дом са 140 ћелија, од којих је 55 ћелија било намењено женама и деци.

У Белгији је био познат затвор у Генту. Године 1764. фландријски канцелар Кунц је нагласио потребу за укидањем тортуре и жигосањем криминалаца и њиховом заменом "једном новом формулом за правосуђе". Његов захтев је услишио кнез Филип Вилејн и 1772. године је основан затвор у Генту за смештај криминалаца и лица са девијантним понашањем. И овај затвор је грађен по ћелијском систему. У средини затвора је била смештена централна просторија са осомраним зидом, а око ње су биле радијално распоређене ћелије у осам троуглова. Овакав архитектура затвора имала је за циљ да онемогући бекство и било какав контакт међу затвореницима.

¹⁶ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op.cit.*, страна 124-125.

Што се тиче Француске ту постоје спорења када је изграђен први овакав затвор. Као године изградње се спомињу 1656. и 1769. Међутим, чини се исправнијим тврђења Марка Ансела да су први овакви затвори изграђени током 1769. године, када су донесена прва упутства за образовање прихватилишта за скитнице, умоболна лица и жене са лошим понашањем и неуредним животом.¹⁷ У Француској се посебно издваја прихватилиште у Ненсију, основано 1770. године, у коме су мушкарци ткали платно, а жене биле ангажоване за шивење и предење.

Затвори настали у овом периоду одликовали су се нехигијеном, суровошћу и окротношћу. Затворски службеници су врло често надмашивали чак и саме затворенике у погледу понашања. То се манифестовало у пљачкању затвореника и изнамљивању затвореника приватним лицима која су их до смрти експлоатисала. Затвори су били легло порока и разврата. Од заразних болести умирало је на стотине затвореника. Понекад се дешавало да се епидемија прошири и на слободно становништво. Ове епидемије су биле познате под називом црни судски дани. Овакво стање је било критиковано од стране најпознатијих правника и филозофа тога времена. Овакво стање је потрајало до Француске буржоаске револуције 1789. године, када су створени услови за појаву казне лишења слободе.

3. Основни фактори за јављање и развој казне затвора

До краја XVIII века казнени систем почива на телесним и смртним казнама. Овакве казне, као и целокупно кривично право представљало је најзаосталији део друштва, као и кочницу његовом даљем развоју. Овакво стање се морало превазићи уколико се желело кренути даље. Свака прогресивна идеја наилазила је на жесток отпор декадентних и конзервативних снага. Ипак, ни овај отпор није могао да спречи незадрживи напредак целог друштва. У крилу феудалног друштва развијали су се услови за револуционарне и радикалне промене у друштву, па и у области кривичноправне реакције друштва.

¹⁷ Константиновић Вилић, С., Ђурђић, В., Петрушић, Н., *op. cit.*, страна 6.

У пенолошкој литератури се сматра да се казна лишења слободе први пут јавила осамдесетих година XVIII века. Међутим постоје неслагање око тога где су се јавили први затвори. Према једном ставу, то су установе у Енглеској и Холандији, док док по другом ставу "родно место" затвора је Филадельфија у Америци. Без обзира на ово неслагање, међу теоретичарима је неспорно који су услови довели до стварања казне лишења слободе.

1. Француска буржоаска револуција 1789. године је уздрмала тадашње друштво из темеља. Француска револуција је довела до изумирања феудализма и до појављивања капиталистичког начина производње. Радна снага почиње да се схвата као и свака друга роба на тржишту. То је омогућило да се и она продаје на тржишту. Слобода човека и грађанина постаје посебна вредност. То до тада није било познато. Долази до значајних промена у систему друштвених вредности. Међу тим вредностима слобода заузима посебно место. Слобода постаје атрибут човекове личности. На тај начин су се стекле историјске претпоставке да лишење слободе постане казна, јер се казна увек састојала у ограничавању или одузимању неког човековог права. Капиталистички начин производње је истакао захтев за еквивалентном накнадом у области казни. Временска одређеност казне затвора зависила је од тежине извршеног дела.

2. Фактор који је итекако утицао на појаву казне лишења слободе је и промена у идеолошкој надградњи, посебно у области кривичног права. Дошло је до отвореног критичког напада на тадашњи систем кажњавања и до тражења нових, рационалнијих, савременијих и хуманијих решења. Значајан допринос реформи кривичног права дали су и филозофи XVII и XVIII века. Тако је енглески филозоф Џон Лок истакао начело законитости према коме само закон може да буде основ кажњавања, једнакости грађана пред законом, сразмерност казне тежини кривичног дела итд.¹⁸ Енглеска XVIII века запамћена је по критици стања у затворима и напредним идејама Џона Хауарда¹⁹ и Џеремија Бентама.²⁰ Посебну улогу у промовисању напредних

¹⁸ Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., *Криминологија*, Прогресс, Ниш, 2003. година, страна 204.

¹⁹ „Енглец Џон Хауард након посјете затворима у Европи констатирао је да је после обиласка тадашњих казнионица морао чак три седмице провјетравати своју одјећу, што поред осталог говори да су затвореници, поред досуђене казне, издр-

идеја одиграли су француски филозофи енциклопедисти- Монтескје, Волтер и Русо. Тако се Монтескје борио против судске арбитражности и свирепости у кажњавању. Чувена Волтерова реченица: "Човек је рођен слободан, а ипак је он свуда у оковима", најбоље отсликава нужност дубљих социјалних промена. Велики део ових идеја је био прихваћен у законодавству. У *Code penalu* из 1791. године била је предвиђена казна лишења слободе.

3. У бројним кривичноправним кодификацијама Европе тога времена казна лишења слободе заузима значајно место.

Оно што је допринело афирмацији казне лишења слободе је јачање државе и нестајање партикуларистичког и економски недовољно јаког феудалног друштва. Казна лишења слободе је свакако хуманија у односу на дотадашње казне. Она је сматрана казном цивилизованог друштва.

Држава је себи на овај начин дала за право да своју моћ употреби на потпуно нов начин. Временом су се поставила питања где су границе кажњавања, да ли се казна лишења слободе исцрпљује у лишењу слободе као ограничењу људских права или у потпуности лишава осуђена лица других људских права. То кршење људских права се огледа у контроли затвореника и функционисању живота у затвору.

Развој казне лишења слободе се може пратити кроз два периода: казна лишења слободе у законодавству XIX века и казна лишења слободе у законодавству XX века.

жавали још и казну 'подношења затворског смрада'.... Тако, конкретну борбу за боље уређење казних завода у Енглеској отпочео је Џон Хауард, који је раније прегледао многе тамнице у Европи и лично се увјерио у малверзиције и подмитљивост чувара, насиље јачих затвореника према слабијима, и уопће одвратно стање које је у њима владало. Критикујући очајно стање у тадашњим казним заводима, он се поред осталог залагао за организирање радионица у затворима, како би се уз издржавање казне осуђеници привикавали на рад." Цитат према: Видовић, В., *op.cit.*, страна 42.

²⁰ "Енглески правник Бентам разрадио је теорију о друштвеној корисности казне-утилитаристичку теорију, у делима "*Теорија казне*" и "*Теорија законодавства*". Посебно је велика заслуга Бентама у томе што је предлагао спровођење реформе у казним установама у циљу хуманијег третмана према осуђеницима и остварења превенције на тај начин." Цитат према: Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., *op. cit.*, страна 207.

3.1 Казна лишења слободe у XIX веку

У овом периоду изрицале су се велики број различитих облика казне лишења слободe. До постојања различитих облика казне лишења слободe долазило је због различитих ставова у кривичноправној науци у објашњавању циља казне (одмазда и застрашивање, лечење и поправљање) и степеновању интензитета друштвене реакције према извршеном кривичном делу. У том периоду кажњива дела су се делила на кривична дела, преступе и иступе. У француском *Code penal* из 1791. године и *Code Napoleon* из 1810. године прописане су робија, заточење, депортација, релегација, присилан рад, поправни затвор и полицијски затвор. Аустријски Кривични закон предвиђао је казну строгог и обичног затвора, док је Баварски закон, донесен десет година касније, предвиђао доживотно лишење слободe, затвор и присилан рад. Белгиски Кривични законик из 1865. године предвиђао је казну присилног рада, заточење, робију, затвор и полицијски затвор. Немачка је у свом Кривичном закону из 1871. године предвиђала казну присилног рада, заточење, строги и обични затвор. За разлику од континенталних држава, Енглеска није имала кодификовано законодавство, али и она је познавала робију, присилан рад, строги и обичан затвор.²¹

Све казне лишења слободe у овом периоду може се класификовати на следеће облике:

1. Робија је представљала најтежи облик казне лишења слободe. Најчешће се изрицала у доживотном трајању, мада су постојали и случајеви њеног изрицања у одређеном периоду. Први пут је уведена Наполеоновим кодексом. Она је повлачила и губитак одређених грађанских права, јавних знања, политичких и других права. Са њом је била предвиђена и облигаторно вршење присилног рада. Да би се спречило бекство осуђеника, они су били оковани тешким оковима. Да би се онемогућила било каква могућност за бекство ноћу осуђеницима, који су лежали један до другог, провлачила се челична жица кроз окове и закључавала на једном крају, док је други крај био зазидан. Овакво обезбеђење је напуштено у оним земљама у којима још постоји робија (Аргентина, Шпанија).

²¹ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op.cit.*, страна 129.

2. Заточење се разликовало од робије је у непостојању правних последица. Није постојао ни принудни рад. Ова казна се издржавала у посебним затворима у којима је постојала могућност добијања посебне ћелије као облик привилегије. И код ове казне затвореници су били оковани.

3. Затвор је казна лишења слободе са доживотним или ограниченим трајањем. С обзиром на начин поступања према затвореницима, дужине изречене казне или врсти затворске установе затвори се деле на обичан и строги затвор.

4. Депортација, иако се раније јављала као вид елиминаторне казне, под одређеним условима представља посебан облик казне лишења слободе. Она се изрицала уместо смртне казне. Њена карактеристика је веома дуго или доживотно трајање. Казну депортације уведена је Законом од 1717. године у Енглеској. До извршења ове казне долазило је пренаичењем смртне казне у казну депортације, ради коришћења депортованих лица као јефтине радне снаге. Прве депортације енглеских осуђеника вршене су у Вирџинију и Источну Индију, а касније се депортација вршила у Аустралију.²²

5. Релегација представљала је посебан облик казне лишења слободе када се изрицала у дугом или доживотном трајању.

Сви ови облици казне лишења слободе представљају велику прекретницу у напуштању нехуманих облика реакције друштва на криминалитет. Временом су се показали бројни проблеми које носи казна лишења слободе. Главни проблем казне лишења слободе XIX века је установа у којима се казна издржавала. Како нису постојала довољна материјална средства казна се издржавала у оним истим објектима као и раније. Ти затвори су били без основних хигијенских и других услова. Режим у затворима је био крајње окрутан због владавине ретрибутивне теорије о циљу казне.

3.2. Казна лишења слободе у XX веку

Велике промене су се дешавале током XX века. Томе су допринели позитивисти, школа друштвене одбране и нова друштвена одбрана. Под утицајем ових школа дошло је до промене у циљу казне. Дошло је до увођења принципа поправљања осуђеника као циља казне

²² Милутиновић, М., *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, 1988. година, страна 17.

лишења слободе. Промене у законодавству су се одигравале у два правца: хуманизација казног система и континуирано увођење мера преваспитног третмана. Усвајање ових нових идеја наилазило је на жесток отпор традиције. У неким земљама дошло је до унификације казне лишења слободе.

Према критеријумима степена остварења унификације разликују се земље са неколико облика казне лишења слободе- обична робија, заточење, строги затвор и затвор (Бразил, Краљевина Југославија од 1929. године, Шпанија од 1944. године), земље које су предвиђале обичан и строги затвор (Аргентина 1921. година, Данска 1930. година, ФНРЈ 1959. година) и земље само са једним обликом казне лишења слободе- затвор (Пољска 1944. година, Чехословачка 1950. година, Бугарска 1951. година, СФРЈ, СРЈ, СЦГ, Србија).

Поред овог тренда у погледу казне лишења слободе XX век је карактеристичан по проширењу круга кривичних санкција. Ово се доводило у везу са потребом индивидуализације санкције према личности осуђеника и према извршеном кривичном делу.

4. Класични пенитенцијарни системи

Увођењем казне лишења слободе појавила су се бројна питања међу којима је најзначајније циљ казне. Како се мењао циљ казне тако се мењао и начин извршења казне лишења слободе. Класична школа је захтевала да циљ казне лишења слободе треба да буде специјална и генерална превенција. Под утицајем ове школе пенитенцијарни системи су се до XX века када су се појавиле нове школе називају класичним системом.

Класични пенитенцијарни систем обухвата: систем заједничког затвора, систем ћелијског затвора (филаделфијски и обурнски систем), систем прогресивног затвора (енглески, ирски, Маконокијев и женевски систем). Филаделфиски систем је оставио дубок траг у Америци и Европи. Овај систем је био примењиван у Пенсилванији све до 1913. године, а у Белгији уведен је 1835. године. Француска је овај систем увела за време јулске монархије и задржала се све до 1939. године. Енглеска још увек представља земљу у којој се примењује ћелијски систем. Остале земље су увеле енглески или ирски систем.

4.1. Систем заједничког затвора

Стари и средњи век одликује систем заједничког затварања. Овај систем се примењивао увек када је требало издвојити делинквента како би се спречило његово бекство, док му се не суди или док над њим не буде примењена смртна или телесна казна. Овај систем је уведен за затварање оптужених лица, нетачних дужника, скитница, нерадника и пијаница. Оснивањем Брајдвела у Лондону 1557. године и амстердамског поправилишта 1589. године долази до градње затвора у којима су упућивани делинквенти на казну лишења слободе. Сврха оснивања ових установа је била радна рехабилитација. Оснивањем затвора Њугејт и затвора Велнат у Америци почиње развој овог система.

Овај систем је био владајући све до почетка XIX века када је под утицајем реформских снага дошло до његове промене. Делинквенти су били затварани заједно без предходне класификације. Они су тиме били строго изоловани од друштва. У овим затворима нису постојали основни хигијенски услови.

У овим затворима затваране су различите категорије осуђеника. Како није постојала никаква класификација у додир су долазиле различите категорије осуђеника као што су случајни криминалци, лакши криминалци и окорели повратници. У њима су боравиле и пијанице и проститутке. Сви затвореници су пролазили тзв. универзитет злочина на којем су учили како да врше нова кривична дела. Предности овог система затварања су економичност и сама сврха затварања у том времену. Казна је требала да духовно и физички казни делинквента и да одврати све потенцијалне криминалце од вршења кривичних дела.²³

Под утицајем реформистичког покрета, који су предводили Џон Хауард, Мирабо, Бентам и Франклин, долази до реформе тадашњих затвора. По новој теорији затвори треба да представљају места поправљања осуђеника. Постоје теоретичари који тврде да идеја о оснивању посебног затворског система, ипак, потиче из САД у којој је дошло до оснивања филаделфијског и обурнског система.

²³ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op.cit.*, страна 131

4.2. Ћелијски систем

У почетку примене казне лишења слободе изграђен је строги ћелијски систем са апсолутном физичком изолацијом осуђеника током дана и ноћи. Временом су уочени низ недостатака који су пратили ћелијски систем. Због тога се касније покушало са системом заједничког затвора. У самом ћелијском систему су увођени низ побољшања. Тако је дошло до увођења филаделфског или пенсилванијског и обурнског система.

4.2.1. Пенсилванијски систем

Овај систем је први систем правно регулисан. Настао је као реакција на систем заједничког затварања. Успостављањем овог система држава је почела да се интересује за извршење казне лишења слободе. Овај систем носи назив пенсилванијски или филаделфски систем.

У Пенсилванији убрзо након револуције уведен је први пут ћелијски систем затварања, пошто су телесне казне замењене казном лишења слободе. На основу модела бродова-затвора у пенсилванијском систему затварање се спроводило уз примену тешког физичког рада.

Први затвор ћелијског типа основан је у Филаделфији 1790. године у улици Велнат. По тој улици био је и познат овај затвор. На месту на којем је основан нови затвор раније је постојао затвор. У дворишту старог затвора саграђена је нова зграда са 16 ћелија, по осам у два крила. У ћелијама је било предвиђено место за једног осуђеника. Свака ћелија је имала два улаза. У ћелијама је био саграђен високо тако мали прозор да затвореници нису имали могућност да виде шта се дешава напоље.²⁴ У ћелијама је постојао само прибор за физиолошке потребе. Оне су се прале два пута годишње. Зидови су били тако дебели да се није могао чути ни најгласнији говор. “У тој тишини осуђеници су, са Библијом у руци, размишљали о себи, о свету и својим лошим понашањима и греховима”.²⁵ Затвореници су проводили већи део времена у ћелијама у којима су радили 8-10 сати дневно. Овај рад није могао да буде рентабилан, пошто се одвијао у

²⁴ Константиновић Вилић, С., Ђурђић, В., Петрушић, Н., *op. cit.*, страна 7.

²⁵ Цитат према: Милутиновић, М., *op. cit.*, страна 27.

овим условима.²⁶ Заједничке просторије су биле предвиђене за комуницирање. Прве тешкоће око организације овог затвора су се појавиле већ након десет година постојања. Рад је постао готово немогућ и непродуктиван због превеликог броја затвореника. Због овога као и мањка финансијских средстава и затворског особља дошло је до затварања овог затвора.

Након затварања затвора у улици Велнат поново су се јавили предлози о враћању на телесне казне. Међутим, реформски покрет је већ био довољно јак да се одупре оваквим захтевима. Дошло је до измене закона како би се омогућило затварање са усамљењем без рада, јер се радом затворенику скрећу мисли о делу које је починио.

Овај систем је толико био строг у спровођењу физичке и духовне изолације да су затвореници извршавали самоубиства како би се извукли из свих мука на које су наилазили током издржавање казне лишења слободе. Затвореници су морали да носе маске како би се онемогућио сваки међусобни контакт.

Пенсилванијско законодавство је нормирало формирање затвора ћелијског типа-1818. године Западног казног завода у Питсбургу и 1829. године Источног завода у предграђу Филадельфије. Затвор у Питсбургу је врло брзо затворен јер није обезбеђивао основне услове за рад затвореника. Источни завод је назван Чери Хил по локацији вишања на којој је саграђен. Први затвореник је био Чарлс Вилијамс који је затворен 23. октобра 1829. године због крађе сата, златног печата и златног кључа.

Истицано је неколико разлога за увођење овог система. Хтеле су се избећи све лоше стране заједничког затварања као што је криминална инфекција. Овакав начин затварања се сматрао хуманијим од заједничког затвора. Постојао је став да ће осуђеници најбоље окајати своје грехе уколико размишљају о себи и кривичном делу. Основа ове идеје је квекерска религија у којој се сматрало да и најокорелији злочинац може доживети морални препород и кајање уколико се држи усамљен.

Овај систем је био најпре прихваћен у Белгији у којој је током XIX века изграђено још 24 затвора овог типа. Овај систем је био прихваћен и у Француској, Мађарској, Шведској, Норвешкој, Данској итд.

²⁶ Поповић, В., *op. cit.*, страна 32.

Овај систем ипак није показао резултате. Осуђеници су упадали у моралне и душевне кризе. Многи су постали душевни болесници, а неки су извршавали самоубиство. Они су физичком и духовном изолацијом били одвикавани од друштва. На рад се није гледао као метод преваспитања.

Неки остаци ћелијског система су присутни и данас. То се огледа у фази истражног поступка, код одређивања притвора и код дисциплинског кажњавања затвореника.

4.2.2. Обурнски систем

Како пенсилванијски систем није дао очекиване резултате приступило се његовој радикалној измени. Нови систем извршења казни лишења слободе јавио се у казниони у Аубурну, у држави Њујорк, 1819. година, па је по том месту добио и назив. Осуђеници су у току ноћи били смештени у ћелије, а дању су заједно радили тако да нису смели међусобно да причају, по чему овај систем носи и назив систем ћутње.²⁷ У току јела осуђеницу су седели окренути леђима једни другима. Када су устајали поглед је морао да им буде оборен, а руке склопљене како би се могућност комуницирања свела на најмању могућу меру. У току шетњи морали су да одржавају растојање погледом усмереним у земљу. На главу су им стављане капе са спуштеним ободом како би видели веома узан простор око себе. Чак и током религиозних обреда затвореници су седели у одвојеним клупама.

Обурнским затвором је руководио капетан Елам Линдс који је сматрао да реформација не може дати било какве резултате све док дух затвореника не буде сломљен. Он је свој став спроводио тако што је опасне осуђенике затварао у самице. То је доводило до душевних болести и самоубиства. Током рада је постојао одређен систем класификације како би се смањио штетан утицај међу затвореницима. Затвореници су били нумерисани, носили су пругаста одела и главе су им биле обријане. Рад се у овом систему третирао као средство преваспитања и стручног оспособљавања затвореника. Међутим сам рад је био усмерен на извлачење што већег профита.

²⁷ Поповић, В., *op. cit.*, страна 33.

Руковођење овим системом је било веома компликовано због забране комуницирања међу затвореницима. За свако кршење овог правила следила је телесне казна, најчешће бичевање. На тај начин овај систем је представљао корак уназад. Оваквим системом затвореници су били одвицани од друштва.

У Америци је био примењен још у Синг-Сингу и Чарлстону све до 1914. године. Овај систем је био уведен у Швајцарској, Белгији, Немачкој, Француској и Енглеској.

4.3. Прогресивни систем

Како су и пенсилванијски и обурнски систем показали велике недостатке почело се са трагањем за новим системом који би омогућио оспособљавање затвореника за живот и рад у друштву. Новим системом су се задржале предности система изолације.

Средином XIX века је дошло до стварања прогресивног система. Идеја водила је била да затвореник својим понашањем и залагањем на раду стално треба да побољшава свој положај у затвору односно остварује прогрес у свом положају у затвору. Прогресивни систем се заснива на схватању да казна има двоструки циљ- застрашивање и поправљање. Застрашивање се постиже применом изолације у самици, у првој фази, а поправљање заједничким радом и пуштањем на одсуство и пробацију.²⁸ Ово показује због чега овај систем носи назив прогресивни систем. Овим системом се хтело постићи преваспитање затвореника уз његово лично учешће. Овај систем је уведен у Енглеској. Даље развијао и еволуирао у тзв. ирски систем. Тако се може говорити о постојању два прогресивна система- енглески и ирски. Међутим, та два система се нису много разликовала. Због тога ова два система треба сматрати варијантама прогресивног система. Како је ирски систем имао запажен утицај на законодавство многих земаља, треба га третирати као посебан систем.

4.3.1. Енглески систем

Енглески прогресиван систем уведен је 1853. године према осуђе-ницима на дужевремене казне. Извршење казне се састојало од три фазе:

²⁸ Милутиновић, М., *op. cit.*, страна 29.

а) Прва фаза је фаза ћелијског затвора и састојала се од изолације од других затвореника и од спољног света. Трајала од девет до дванаест месеци.²⁹ Видимо да се у овој фази примењује принцип пенсилванијског система. Затвореници нису могли да напусте своју ћелију. У њој су радили и били подвргнути строгим дисциплинским режимом. Једино напушање ћелије је предвиђено ради шетње и ради одласка у цркву. У овој фази је предвиђена могућност побољшања положаја затвореника. То побољшање се односило на исхрану, рад, образовање и читање литературе.

б) Друга фаза је фаза заједничког издржавања казне. У њој су затвореници дању радили заједно, а ноћу одвајани у посебне ћелије или је између њихових кревета стављана преграда. У овој фази прогресивни систем је имао своје тежиште. Сматрало се да у овој фази затвореник најбоље показује своју природу и карактер и могао је највише да промени своје ставове. И у овој фази је постојала могућност да затвореник напредује од лошијег ка бољем положају. Затвореници су били дељени у разреде и подразреде. Критеријуми за ову класификацију су поквареност затвореника, њихова старост, тежина кривичног дела, мотив његовог извршења и дужина казне на коју су затвореници осуђени.

Криминална зараза је спречавана немогућношћу да затвореници из једног разреда, односно подразреда дођу у међусобни контакт. Затвореници из једног разреда су проводили све време заједно, како за време рада тако и за време одмора или неких других активности. Прописима су били предвиђени строги услови које је морао да испуни затвореник да би био распоређен у одређени разред или подразред. Оно што је разликовало положај затвореника у разредима или подразредима је строгост режима односно погодности које су уживали затвореници. Те погодности су се манифестовале у врсти и тежини посла, висини награде за рад, висини зараде коју је осуђеник могао да троши на куповину ствари које су му биле поребне, броју писама коју је затвореник могао да прими итд. Врло често као главни критеријум за напредак у разредима била је величина зараде на раду.

²⁹ Јовашевић, Д., *Кривично право*, Номос, Београд, 2002. година, страна 366.

ц) Трећа фаза је условни отпуст и он се састојао у боравку осуђеног на условном отпусту. Надзор над таквим осуђеником спроводила је локална власт према месту пребивалишта условно отпуштеног осуђеника.³⁰ До ове фазе се долазило уколико се затвореник добро понашао и посебно залагао на раду.

Постојала је могућност његовог опозивања уколико осуђеник изврши ново кривично дело. Осуђеник пуштен на условни отпуст је и даље издржавао казну. Условни отпуст је трајао све док не протекне време трајања изречене казне.

У овом систему затвореник је учен да се бори на социјално користан начин за побољшање услова свога живота. Овај систем је обезбеђивао динамику у затворениковом животу. За разлику од пенсилванијског и обурнског система, овај систем је приближио живот затвореника условима живота на слободи.

Иако представља велики напредак у односу на раније системе и овај систем је имао своје недостатке. Теоретичари су сматрали да овај систем није доводио до суштинске измене затвореникове личности. Сматрало се да су се затвореници понашали савим рационално и да су из личних интереса испуњавали услове за напредак у бољи разред односно подразред. Сматрало се да је овај систем будио код затвореника неискреност, лицемерје и полтронство. Оно што је недостајало овом систему биће надомештено ирским системом.

4.3.2. Ирски систем

Ирски систем је, такође, заснован на идеји да се осуђеници мотивишу да својим залагањем на раду и својим понашањем побољшају режим под којим издржавају казну. Оно што је замерано енглеском систему као недостатак отклоњено је увођењем још једне фазе-фазе упућивања осуђеника у одељење за слободњаке, тако да је овај систем имао 4 фазе: усамљење, заједничко издржавање казне, упућивање у одељење за слободњаке и условни отпуст.

Оснивачем овог система сматра се енглески капетан Волтер Крофтон. Он је био члан Комисије за преглед казних завода у Ирској. На његов предлог ирски систем уведен је законом од 7. априла 1854. године. Сматрано је да енглески прогресивни систем каракте-

³⁰ Поповић, В., *op. cit.*, страна 35.

рише сувише нагли прелаз између фазе заједничког издржавања казне и условног отпуста. Затвореник који је унутар затвора живео диригованим животом не може да се најбоље снађе на слободи без контроле и надзора. Због тога је било потребно извесно припремање осуђеника за слободан живот. То припремање је вршено за време затворениковог боравка у одељење за слободњаке.

Усамљење је трајало девет месеци и издржавало се у казниони Маунтџој у близини Даблина. Осуђеници су на овом острву пролазили кроз петоспону класификацију. Већ у овој фази постојала је могућност да осуђеник својим понашањем и залагањем на раду скрати период боравка на одређеном нивоу. Рад који се требао извршити био је исти без обзира на ниво. Нивои се се међусобно разликовали по особинама осуђеника који су у њима боравили и способности да стекну награду.³¹

Одељење за слободњаке је просторно било одвојено од затвореног одељења. Одељење за слободњаке је било смештено у Ласку или Смитфилду. Осуђеници су живели и радили на пољопривредним економијама у којима није било страже и сталног надзора. Они су се на пољопривредним економијама бавили пољопривредним пословима, обрадом земље, узгајањем стоке итд.³² О томе који ће осуђеник бити упућен у одељење за слободњаке одлучивао је саветодавни одбор казног завода. Осуђеник који се лоше понашао и прекршио правила кућног реда враћан је у затворено одељење. Увођењем одељења за слободњаке ирски систем је омогућио да се реалније процени стварна способност осуђеника да се коректно понаша на слободи. Осуђеник је у одељењу за слободњаке показивао своје право лице и много се више налазио на искушењу да злоупотреби полуслободу која му је дата. Ако је успео да се добро понаша, с правом се могло очекивати да осуђеник неће кршити правила друштва. На тај начин приговор који се упућивао енглеском прогресивном систему да је својом организацијом терала да се осуђеници понашају рационално, без икакве промене на боље код њих, сада отклоњена увођењем још једне фазе.

³¹ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op.cit.*, страна 139-140.

³² *Ibid.*

У Европи га прва уводи Швајцарска у заводу Линцбург, затим Холандија, Португалија и Белгија. Код нас је овај систем примењиван у Зеници 1888. године, Сремској Митровици 1889. године и Лепоглави 1913. године.

4 3.3. Маконокијев бодовни систем

Капетан Александар Маконоки је у својој књизи "Рашишљања о управљању затвореницима", коју је издао 1838. године, изложио један веома интересантан експеримент који, међутим, није доживео ширу примену и због тога га неки и не сматрају за неки посебан систем. Међутим, због веома интересантног решења заслужено се говори о њему као посебном систему.³³

Овај систем је први пут примењен на аустралијском острву Норфолк на којем је 1840. године основан. Капетан енглеске краљевске морнарице Александар Маконоки је сматрао да и према најтежим и најокорелијим затвореницима не треба примењивати бруталне мере и да се они могу навести на поштен друштвени живот само уколико се правилно стимулишу. Пре него што је Маконоки дошао за управника затвора у њему је владала брутална дисциплина и окрутност. Маконоки је сматрао да осуђенике треба стимулисати да раде. Он је због тога целокупну казну претворио у бодове. Осуђеник је имао казну изражену у бодовима. Он је својим радом зарађивао бодове. Када би осуђеник зарадио све бодове колико је износила његова казна, он је пуштан на слободу. Уколико се осуђеник више труди и више ради пре ће изаћи на слободу.

И овај систем се ослањао на прогресивни систем. Он је био заснован на идеји да осуђеници својим радом и владањем прогресивно побољшавају свој положај. Сличност између ова два система се огледа и у фазама кроз које су осуђеници пролазили.

У првој фази су радили и живели у словима оштре дисциплине. У другој фази осуђеници су формирали групе за рад. Група је бројала углавном пет осуђеника. Чланови групе су се међусобно сами бирали. Група је за свој рад добијала заједнички број бодова, који су дељени на једнаке делове међу осуђеницима. На тај начин је група имала интерес да што више ради. Осуђеници се унутар групе сами

³³ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op.cit.*, страна 137.

делили ко ће шта да ради. На тај начин свако је био за свакога заинтересован да што боље ради, јер су осуђеници зарађивали и већи број бодова. Одговорност за успехе у раду је пребачена на чланове групе. Тиме се јачала одговорност члана групе за успех у раду, али и осећање солидарности између чланова групе. Рад сваког појединачног члана групе се манифестовао на укупан број бодова које ће група зарадити. Осуђеници су контролисали један другог у раду. Овде можемо видети клице осуђеничке самоуправе, развој осећаја за колективни живот и рад, развој осећаја међусобног пријатељства и потребе за међусобном помоћи и сарадњом. Бодови које су осуђеници зарадили делом су коришћени за плаћање трошкова њихове исхране. Постојала је могућност плаћања и појачане исхране. Уколико су осуђеници радили прековремено зарађивали су екстра бодове. Бодовима се плаћала и дисциплинска казна. На тај начин бодови су добили улогу новца. Њихова главна одлика је та што се њима могла зарадити слобода. Маконоки је на тај начин казну лишења слободе претворио у радну казну. Неки теоретичари овај систем сматрају претечном идеје о тзв. неодређеним осудама.

У задњој фази долазило је до расформирања групе. Сваки осуђеник је добијао своју колибу са земљиштем где је могао да се бави пољопривредом и гајењем живине. Ова фаза је личила на трећу фазу ирског система. Иако је осуђеник био слободан, он је ипак морао да ради како би зарађивао бодове. Он је могао да се бави и приватним радом. На тај начин је код осуђеника стваран осећај везаности за свој дом и своју личну имовину, и истовремено се развијао осећај поштовања туђе имовине и туђег права.

Маконоки је увођењем овог система желео да створи такву друштвену климу у којој би осуђеници дали свој максимум у изграђивању бољих међуљудских односа и изграђивању друштвено корисних активности. Од затвореника је створио своје помагаче у одржавању дисциплине тежећи при том да их радом преваспита и да их стручно образује.³⁴ Маконокијев покушај увођења једног потпуно новог система одбачен је од тадашњег сувише конзервативног друштва. Он је врло брзо био смењен са позиције управника затвора. Његов покушај окарактерисан је као "глупост визионарског занесењака".

³⁴ Поповић, В., *op. cit.*, страна 37.

Након његовог одласка са места управника затвора на острву је поново завладао ужас и терор.

4.3.4. Женевски систем

Овај систем је као експеримент примењен у неколико казних завода у којима је извршавана казна лишења слободе по принципима енглеског, ирског или Маконокијевог система. Свој назив вуче из затвора у Женеви где је први пут примењен половином XIX века.

По овом систему се класификују у различите групе на основу старости, пола, врсте и дужине казне, природе дела и побуде учиниоца, раније осуђиваности, степена образовања и способности за рад. Издржавање казне се започињало у ћелији. Након тога осуђеник је премештан у групу у коју је распоређен применом различитих основа. Циљ класификације по групама је избегавање криминалне заразе и олакшавање преваспитног рада затвореника.

Идеја класификације је имала велики утицај на класификационе методе у затворима. У почетку критеријуми класификације су били објективни, али временом дошло је до преорентације ка субјективним критеријумима. У почетку нису постојале научне методе за испитивање личности, па се могло догодити да осуђеник ниских моралних особина доспе у неку групу са повољнијим режимом поступања, којој иначе по субјективним особинама не припада.³⁵

Уместо закључка

Модерно друштво XX века поступно је прихватало хуманију примену казне затвора, усвајањем међународно значајних докумената о људским правима уопште и посебна документа, која су се бавила правима затвореника. Међу тим документима треба истаћи: Стандардна минимална правила о поступању са затвореницима из 1955. године, Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака из 1984. године, Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода

³⁵ Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *op.cit.*, страна 141.

из 1950. године, Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака из 1987. године и Европска затворска правила из 1987. године. Усвајањем ових докумената дошло је до прихватања базичних постулата о људским правима која се односе на затворенике, до побољшања услова издржавања казне затвора и до спречавања било какве тортуре према затвореницима.

Аутор је сигуран да казна лишавања слободе, као институција, нема свој коначан облик, већ ће се и у будућности мењати у складу са правцима развитка савременог друштва.

*Darko Dimovski, junior assistant
University of Niš, Law School*

**THE APPEARANCE AND DEVELOPMENT OF
THE PUNISHMENT OF IMPRISONMENT**

Summary

In his work the author has analysed the development of the punishment of imprisonment starting from the Ancient times, with the special retrospection of prison Mamertine at the time and with the analysis of provision of Act XII tablets which considered punishment. It is the purpose of punishment of imprisonment in the Middle Age and appearance of institution for imprisonment. Special attention is paid to the factor which contributed to the appearance and development of the prison punishment. The development of the punishment of imprisonment in the XIX century is contemplated, with the special retrospection of the different kind of punishment of imprisonment at the time. For the XX century is characteristic the unification of punishment of imprisonment. The last part of work is devoted the different kind of the leading penitentiary systems at the time.

Keywords: *imprisonment punishment, penitentiary systems, prison punishment*

**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 БОРЂА ТАСИЋА, Ниш, 1990, 120 стр.
7. Стојановић, Драган, ОСНОВНА ПРАВА ЧОВЕКА – ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВИМА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА, Ниш, 1990, 222 стр.

* Библиографске јединице су поређане хронолошки, а у оквиру сваке године дат је азбучни редослед аутора или наслова публикација где нема аутора.

8. Живковић, Мирко, ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НА ЧУВАЊЕ И ВАСПИТАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1991, 282 стр.
9. 35 ГОДИНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ, Ниш, 1995, 155 стр. уредник: Гордана Станковић
10. Ћирић, Александар, ЗАЈЕДНИЦА НЕЗАВИСНИХ ДРЖАВА (ЗНД): НАСТАНАК И ОРГАНИЗАЦИЈА, ПРИВРЕДНО-ПРАВНИ ОДНОСИ, РЕШАВАЊЕ СПОРОВА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1998, 318 стр.
11. Митровић, Љубиша, ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ И АКТЕРИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 340 стр.
12. Стојановић, Драган, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОСЛАНИКА – на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 346 стр.
13. Лазић, Мирослав, ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, 214 стр.
14. Ћирић, Александар, Цветковић, Предраг, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО – СТРУЧНИ ЕСЕЈИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, 484 стр.
15. Милановић, Тихомир, Ж., ПРАВО У СУДСКОЈ ПРАКСИ, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2001, 143 стр.
16. Јовановић, Мила, Старо римско Ius Civile. Књ. 1, Leges regiae, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2002, 220 стр.
17. Николић, Драган, ВУКОВА ДЕЛА КАО ИЗВОР ЗА ИСТОРИЈУ ОБНАВЉАЊА СРПСКЕ ДРЖАВЕ, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004., 75 стр.

18. Живковић, Мирко, ЕВОЛУЦИЈА ИДЕЈА О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004., 84. стр.
19. Ђорђевић, Мирослав, ОСЛОБОДИЛАЧКИ РАТ СРПСКИХ УСТАНИКА: 1804-1806, Београд, Војноиздавачки завод, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 447
20. Ђурђић, Војислав, Ранђеловић, Небојша, Илић, Горан, СРПСКО ДРЖАВНО ТУЖИЛАШТВО 1804-2004, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, 131. стр.
21. Анђелковић, Милева, Драган Јовашевић, ИЗБЕГАВАЊЕ ПЛАЋАЊА ПОРЕЗА – фискални и кривично-правни аспект, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 246
22. Пејић, Ирена, ПАРЛАМЕНТАРНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 340.
23. Голубовић, Срђан, ЕВРОПСКА МОНЕТАРНА УНИЈА: ИНСТИТУЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 191
24. Јовановић, Мила, КОМЕНТАР СТАРОГ РИМСКОГ IUS CIVILE: Књ. 2, Закон XII таблица, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 461
25. Кнежевић, Саша, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 97
26. Јовашевић, Драган, НУЖНА ОДБРАНА И КРАЈЊА НУЖДА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, 264. стр.
27. Константиновић-Вилић, Слободанка, Костић, Миомира, Миладиновић, Душица, ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ И

КВАЛИТЕТ ПРАВНЕ ПОМОЋИ ПРУЖЕНЕ ГРАЂАНИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И ПОСТУПКУ ИЗДРЖАВАЊА КАЗНЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 188

28. Кнежевић, Саша, ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 239

29. ПОВЕРЕЊЕ ГРАЂАНА/ГРАЂАНКИ НИША У ИНСТИТУЦИЈУ СУДСТВА, Ниш, Правни факултет у Нишу, Филозофски факултет у Нишу, 2008, стр. 98

УЦБЕНИЦИ

30. Живковић, Мирко, ФРАНЦУСКИ ЈЕЗИК ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВА, Ниш, 1993, 249 стр.

31. Ковачевић-Куштримовић, Радмила, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО - ОПШТИ ДЕО, 3. изд., Ниш, 1997, 306 стр.

32. Ђорђевић, Владислав, НАСЛЕДНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1997, 420 стр.

33. Николић, Драган, ФРАГМЕНТИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, 1997. – 321, LXV стр.

34. Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, 4. изд., Ниш, 1998, 690 стр.

35. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 2. изд., Ниш, 1998, 479 стр.

36. Анђелковић, Милева, ПОРЕСКО ПРАВО, Ниш, 1999, 333 стр.

37. Димитријевић, Момчило, Симић, Миролуб, УВОД У ПРАВО, Ниш, 1999, 394 стр.
38. Ђорђевић, Мирослав, Стојичић, Слободанка, НАЦИОНАЛНА ИСТОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА, 1999, 247 стр.
39. Митровић, Љубиша, ОПШТА СОЦИОЛОГИЈА – предмет, метод и теорије, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 296 стр.
40. Стојановић, Драган, УСТАВНО ПРАВО, Књига 1, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 270 стр.
41. Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, VI, 576 стр.
42. Јовановић, Љубиша, Ђурђић, Војислав, Јовашевић, Драган, КРИВИЧНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, 2000, 587 стр.
43. Миленовић, Дара, ПОСЛОВНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, 606 стр.
44. Константиновић-Вилић, Слободанка, Ристановић, Весна, КРИМИНОЛОГИЈА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, 420 стр.
45. Миладиновић, Зоран, ПРАКТИКУМ ЗА ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ И АУТОРСКО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. 650
46. Стојановић, Наташа, ПРАКТИКУМ ЗА НАСЛЕДНО ПРАВО (ПОМОЋНИ УЏБЕНИК), Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004., стр. 372

47. Ђуровић, Радован, Ђирић, Александар, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО, ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, 320 стр.
48. Ђирић, Александар, Ђуровић, Радован, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО, ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, 420 стр.
49. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 4. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 416
50. Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 208
51. Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 289
52. Јанковец, Ивица, Миладиновић, Зоран, ПРАВО ОСИГУРАЊА, Ниш, Центар за публикације, 2006, стр. 467
53. Миленовић, Дара, СУБЈЕКТИ ПРИВРЕДНОГ ПРАВА, 3. допуњено и измењено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 545
54. Петровић, Милан, НАУКА О УПРАВЉАЊУ КАО ПРЕТПОСТАВКА УПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 400
55. Стевановић, Чедомир, Ђурђић Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 390
56. Миладиновић, Зоран, ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 446

57. Димитријевић, Предраг, УПРАВНО ПРАВО, Општи део, књ. 1., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2008, стр. 311

58. Димитријевић, Предраг, УПРАВНО ПРАВО, Посебни део, књ. 2., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2008, стр. 315

ЗБОРНИЦИ

59. СИМПОЗИЈУМ "САМОУПРАВЉАЊЕ И УНУТРАШЊА КОНТРОЛА", материјал за саветовање које је одржано 19-21. априла 1973. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 1973, 69 стр.

60. ЗАШТИТА ЧОВЕКОВЕ СРЕДИНЕ, Зборник радова са симпозијума одржаног новембра 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 197 стр. уредник: Славољуб Поповић

61. УДРУЖЕНИ РАД И ДРУШТВЕНА СВОЈИНА, Зборник радова са саветовања одржаног маја 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 211 стр. уредник: Славољуб Поповић

62. ФЕДЕРАЦИЈА И ФЕДЕРАЛИЗАМ, Зборник радова са међународног научног симпозијума одржаног јуна 1986. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета и Савеза удружења за политичке науке Југославије, Ниш, 1986, 432. стр. уредник: Јован Ђорђевић

63. ДВЕСТОТА ГОДИШЊИЦА ФРАНЦУСКЕ РЕВОЛУЦИЈЕ (1789-1989), сепарат из Зборника, бр. 29-1989, Ниш, 1989, 84. стр. уредник: Душан Р. Паравина

64. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР АНДРЕ ЂОРЂЕВИЋА: 1854-1914, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 44 стр. уредник: Гордана Станковић
65. РАД И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИХАИЛА МИТИЋА, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 89 стр. уредник: Гордана Станковић
66. СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА: 1844-1994, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 1994. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1994, 182. стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
67. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1995, 305 стр. уредник Гордана Станковић
68. НИШКИ ЦИВИЛИСТИ: ПРОФ. ДР МИРСА МИЈАЧИЋ, ПРОФ. ДР ГОРДАНА СТАНКОВИЋ, ПРОФ. ДР ВЛАДИСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ, Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, 1995, 76. стр. уредник: Гордана Станковић
69. ПРАВНИ ОДНОСИ У СТАМБЕНОЈ ОБЛАСТИ, Зборник радова са научног скупа одржаног марта 1995. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања и Катедре за грађанскоправне науке, Ниш, 1995, 390. стр. уредник: Гордана Станковић

70. ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА, Зборник радова са међународног скупа одржаног новембра 1995. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, 434 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић

71. БОРИСЛАВ Т. БЛАГОЈЕВИЋ (1911-1986), Објављено у оквиру општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1997, 198. стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић

72. УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ, Зборник радова са стручног скупа одржаног новембра 1997. године у организацији југословенског Удружења за грађанско процесно право и арбитражно право и Правног факултета у Нишу, Ниш, 135 стр. уредник: Гордана Станковић

73. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, /репринт изд./, Ниш, 1998, 213 стр. уредник: Гордана Станковић

74. НАЦРТ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ И ЗАШТИТА ОД КРИМИНАЛИТЕТА НАСИЉА, Зборник саопштења и дискусије са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу новембра 1998. године, Ниш, 1999, 115 стр. уредник: Војислав Ђурђић

75. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу марта 1999. године, Ниш, 1999, 202 стр. редакција: Војислав Ђурђић, Гордана Станковић, Невена Петрушић

76. УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, Зборник радова са међународног научног

скупа одржаног на Правном факултету у Нишу децембра 1998. године, Ниш, 1999, 368. стр. уредник: Милан Петровић

77. ЈУГОСЛОВЕНСКА КРИЗА - ПОУКЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног маја 2000. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 295 стр. уредници и рецензенти: Милан Петровић, Зоран Радивојевић

78. НОВИ ЗАКОН О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу маја 2001. године, Ниш, 267 стр. приредиле: Гордана Станковић, Невена Петрушић

79. СТРАНА УЛАГАЊА, Зборник радова са Семинара за иновацију знања одржаног фебруара-марта 2001. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 221 стр. уредник: Милорад Божић

80. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 1, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2002, Ниш, 273 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

81. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 2, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2003, Ниш, 482 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

82. ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ, 2003, Ниш, 260 стр. уредник: Гордана Станковић
ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр.

83. ПРАКТИЧНО ОБРАЗОВАЊЕ ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр. уредник Мирослав Лазич

84. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 3, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2004, Ниш, 236 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

85. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 4, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2004, Ниш, 205 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

86. РЕНЕСАНСА ФИНАНСИЈА, Зборник радова, 2004, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 156 стр., уредници: Миодраг Јовановић, Милева Анђелковић

87. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2004, стр. 320, уредник Мирко Живковић

88. УСТАВНО ПИТАЊЕ У СРБИЈИ: научно саветовање, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2004, стр. 464, уредник Милан Петровић

89. ЕВРОПСКИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА: ИСКУСТВА И НОВИ ИЗАЗОВИ,, зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 2003. г. на Правном факултету у Нишу, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 264, уредник: Зоран Радивојевић

90. СРБИЈА 1804-2004, зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 2004. године на Правном факултету у Нишу, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 481, уредник уредник: Слободанка Стојичић

91. ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – УСАГЛАШАВАЊЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, зборник

радова са међународне научне конференције, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, уредник: Гордана Станковић

92. ДВЕСТОТИНЕ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА – УТИЦАЈ ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА НА СРПСКО ПРАВО, зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 337, уредник Гордана Станковић

93. НОВИНЕ У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ, зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу априла 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 280

94. ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу маја 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 643

95. ХАРМОНИЗАЦИЈА СТЕЧАЈНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА И НОВИ ЗАКОН О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ, зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006, стр. 272, уредник Гордана Станковић

96. ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, тематски зборник радова у оквиру пројекта ПРАВО НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007, уредник Невена Петрушић

97. ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, књ. 2, тематски зборник радова

у оквиру пројекта ПРАВО НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007, уредник Невена Петрушић

98. АКТУЕЛНА ПИТАЊА ГРАЂАНСКЕ КОДИФИКАЦИЈЕ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2008, уредник Радмила Ковачевић-Куштримовић

99. УСТАВНЕ И МЕЂУНАРОДНОПРАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2008, уредник Зоран Радивојевић

СЕРИЈСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

100. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 1/1962.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

101. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 2/1963.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

102. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 3/1964.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

103. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 4/1965.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

104. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ
ФАКУЛТЕТА 5/1966.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

105. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ
ФАКУЛТЕТА 6/1967.

уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

106. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ
ФАКУЛТЕТА 7/1968.

уредник: Миодраг Матејић

107. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ
ФАКУЛТЕТА 8/1969.

уредник: Миодраг Матејић

108. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 9/1970.

уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ

109. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 10/1971.

уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ

110. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 11/1972.

уредник: Врлета Круљ

111. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 12/1973.

уредник: Славко Марковић

112. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 13/1974.

уредник: Душан Р. Паравина

113. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА ванредан број посвећен новим уставима 14/1974.

уредник: Славко Марковић

114. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ТРИДЕСЕТ ГОДИНА ПРАВОСУЂА У СОЦИЈАЛСИТИЧКОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ 15/1975.

уредник: Душан Р. Паравина

115. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 16/1976.

уредници: Славољуб Поповић и Момчило Димитријевић

116. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 17/1977.

уредник: Љубиша Јовановић

117. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 18/1978.

уредник: Слободан Миленковић

118. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 19/1979.

уредник: Михаило Митић

119. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 20/1980.

уредник: Михаило Митић

120. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 21/1981.
садржи библиографију радова поводом двадесетогодишњице рада
уредник: Чедомир Стевановић
121. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 22/1982.
уредник: Чедомир Стевановић
122. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 23/1983.
уредник: Димитрије Кулић
123. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 24/1984.
уредник: Мирослав Миљковић
124. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 25/1985.
уредник: Мирослав Миљковић
125. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 26/1986.
уредник: Мирослав Миљковић
126. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 27/1987.
уредник: Славко Марковић
127. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, редовни и
тематски број: УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СР СРБИЈИ 28/1988.
уредник: Славко Марковић

128. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 29/1989.

уредник: Слободанка Стојичић

129. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 30/1990.

уредник: Слободанка Стојичић

130. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 31/1991.

уредник: Гордана Станковић

131. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 32-
33/1992/93.

уредници: Гордана Станковић и Радмила Ковачевић
Куштримовић

132. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 34-
35/1994/95.

уредник: Драган Станимировић

133. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 36-
37/1996/97.

уредник: Војислав Ђурђић

134. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 38-
39/1998/99.

уредник: Милорад Рочкомановић

135. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 40-41/2000/01.

уредник: Дара Миленовић

136. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 42/2002.

уредник: Мирољуб Симић

137. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 43/2003.

уредник: Мирса Мијачић

138. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 44/2004.

уредник: Мирса Мијачић

139. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 45/2004.

уредник: Мирса Мијачић

140. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 46/2004.

уредник: Мирса Мијачић

141. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 47/2006.

уредник: Милан Петровић

142. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ЈОВАН СТЕРИЈА ПОПОВИЋ 48/2006.

уредник: Милан Петровић

143. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: Изградња правног система републике Србије 49/2007.

уредник: Милан Петровић

144. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 50/2007.

уредник: Милан Петровић

145. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 51/2008.

уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић

ЗАКОНИ

146. УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ и Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије, поговор Стојановић Драган, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 129

МУЛТИМЕДИЈА И ЕЛЕКТРОНСКА ИЗДАЊА ЗБОРНИКА

147. ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ - Faculty of Law in Niš, мултимедијална презентација Факултета на српском и енглеском језику, ISBN 86-7148-033-X COBISS-ID 98072076

148. СТВАРАЊЕ УСЛОВА ЗА РАЗВОЈ МОДЕРНОГ ПРАВНОГ И ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ КАО ДЕМОКРАТСКЕ ДРЖАВЕ, зборник радова, Ниш, Правни факултет, 2005, уредник: Гордана Станковић