

**Универзитет у Нишу
Правни факултет**

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

LVIII



Ниш, 2011

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Предраг Димитријевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. Др Милан Петровић

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Радмила Ковачевић- Куштримовић

Проф. др Невена Петрушић

Проф. др Миомира Костић

Проф. др Драган Николић

Проф. др Љубица Николић

Мр Мира Симовић

Чланови Редакционог одбора из иностранства

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

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

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

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

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

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

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

Секретар Редакционог одбора: Доц. др Дејан Јанићијевић

Преводи: Гордана Игњатовић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: „СВЕН“ Ниш

Тираж: 150

Садржај / Contents

Проф. др Војислав Ђурђић, доц. др Марко Трајковић

Да ли је доуштена аналогија у кривичном праву? 1
Admissibility Of Analogy In Criminal Law

Проф. др Миомира Костић, Дарко Димовски

Постпенална помоћ као облик третмана и/или
криминалнополитичка мера (простор и начини њене примене)..... 23
Post-penal Treatment and/or Criminal Policy Measure (scope and forms of application)

Проф. др Радмила Ковачевић-Куштримовић

Од идеје природног права до Европске конвенције о људским правима..... 41
From the Idea of Natural Law to the European Convention of Human Rights

Проф. др Љубица Николић, мр Александар Мојашевић

Како препознати монетарну политику централне банке 57
How to Indetify Central Bank Policy

Проф. др Милан Петровић

Такозвани „акти владе“ и правни појам политике 71
The “Acts of Government” and the Legal Notion of Politics

Проф. др Зоран Радивојевић

Порекло међународног хуманитарног права 85
The Origin Of International Humanitarian Law

Проф. др Небојша Ранђеловић, мр Александар Ђорђевић

Посебни облици судства код Словена као привилегија
појединих категорија становништва у средњем веку..... 103
*Special Forms of Judiciary in the Old Slavic Tribes
as a Privilege of certain Population Categories in the Middle Ages*

Доц. др Срђан Владетић

Основи Траста англосаксонског права 113
The Basic Characteristics Of Trust In Common Law

Доц. др Дејан Јанићијевић

Психолошке препреке споразумном решавању породичноправних спорова..... 127
Psychological Obstacles to Settlement in Family Law Disputes

Доц. др Зоран Радуловић, Мирослав Радиловић, Дејан Костић	
Престанак радног ангажовања (односа) запослених у осигурању.....	141
<i>Termination Of Employment In Insurance</i>	
Доц. др Небојша Раичевић	
Прва конференција за ревизију статута међународног кривичног суда	155
<i>The first review conference of The international criminal court statute</i>	
Мр Сања Голијанин	
Предмет управног спора у правном систему Босне и Херцеговине.....	177
<i>The Subject Matter Of Administrative Procedure In The Legal System Of Bosnia And Herzegovina</i>	
Мр Јована Пушац	
Законске претпоставке за конвалидацију уговора о промету непокретности.....	187
<i>Legal Pressumptions For Convalidation Of Real Estate Contracts</i>	
Мр Ивана Симоновић	
Право на самопомоћ у заштити државине	201
<i>The Right to Self-help in the Protection of Possession</i>	
Сања Борђевић	
Правни статус Повеље о основним правима Европске Уније.....	219
<i>The Legal Status of the Charter of Fundamental Rights of the European Union</i>	
Миљана Тодоровић	
Телесне казне у Србији у XIX веку и њихово укидање	235
<i>Corporal punishment in serbia in the 19th century and its abolition</i>	
Михајло Цветковић	
Одговорност пружаоца услуга информационог друштва за штету коју проузрокују њихови корисници противправним садржајем	249
<i>Liability of internet service providers (intermediaries) for user-generated content</i>	
Новак Крстић	
Приказ књиге "Наследно право" проф. др Наташе Стојановић, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2011.....	267

Проф. др Војислав Ђурђић, редовни професор

Правни факултет Универзитета у Нишу

Доц. др Марко Трајковић, доцент

Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 343.2/.7:340.12

ДА ЛИ ЈЕ ДОПУШТЕНА АНАЛОГИЈА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ?

Апстракт: У првом делу рада аутор износи опште учење о аналогији и најпре аналогију посматра као врсту закључивања, тумачећи да је аналогијски закључак на претходној индукцији заснована дедуција, а потом као врсту тумачења права, излажући ставове опште теорије права о законској и правној аналогији. У вези с расправом о месту аналогије у теорији права, аутор подсећа на схватање пандектиста да је аналогија поступак који се налази у средини између тумачења права у строгом смислу речи и самог стварања права. Први део рада се завршава излагањем противречних гледишта о постојању правних празнина, којим доминира ауторов став да се од свог настанка, аналогија у праву везује за правне празнине и служи као средство за њихово попуњавање. Допуштеност аналогије у материјалном кривичном праву предмет је свеобухватне расправе у другом, централном делу рада. Из детаљне анализе њиховог међусобног односа, изводи се закључак да начело легалитета одређује лимите допуштености и примене аналогије у кривичном праву. На тим темељима је изграђен закључак да је у савременом кривичном праву правна аналогија увек забрањена пошто је директно супротна начелу легалитета, а примена законске аналогије се не искључује изван забрањене зоне, детерминисане овим начелом. Посебну пажњу аутор посвећује аналогији *intra legem*, коју поима као трећи вид аналогије и сматра је допуштеним методом тумачења кривичноправних норми. Интерпретира је као начин тумачења закона којим се на основу сличности решава конкретан случај у оквиру закона, кад сам закон упућује на аргумент сличности.

Кључне речи: кривично право, тумачење права, правне празнине, аналогија, аналогија *intra legem*.

1. УОПШТЕНО О АНАЛОГИЈИ

У правној литератури се о аналогiji уобичајено расправља у излагањима везаним за тумачење права. У тој области је аналогija настала и за њу је значајна. Из историјског раздобља правног развитка, негде с почетка двадесетог века, кад је аналогija била актуелни изазов за правну науку да се теоријски уобличи, остало је забележено да „поставити питање тумачења значи поставити питање аналогije“¹ Сасвим је разумљив мотив којим је инспирисан настанак ове сентенце о значају аналогije, ако се узме у обзир да је поређење „сама суштина поимања и, по том основу, да би се завео ред међу стварима, да би се оне разумеле и прилагодили нашем схватању, аналогija је неопходна.“²

Појам „аналогija“ потиче од грчке речи *analogía* којим се означава „делимична сличност између две појаве или појма, истоверност, подударност“.³ Полазећи од оваквог значења, аналогija се може објаснити као закључивање од сличног на слично. У суштини је резонувања путем аналогije да се по запаженој сличности између двеју ствари у једној или више тачака, изводи закључак да су оне сличне још по неком непримећеном обележју. Зато се и сматра да аналогija закључује из сличности двеју ствари у извесним тачкама, на њихову сличност у осталом (Кант), те да представља само предвиђање о ономе што би посматрање и резонување могли непосредно открити да су околности то допуштале (Лиар)⁴.

У правној теорији се аналогija посматра као *врста закључивања* или као *врста тумачења* права.⁵ Уистину, с обзиром на различита гледишта о томе да ли се аналогijом само тумачи право или ствара правна норма, има и оних који је разврставају у „техничке методе стварања права“⁶.

а) Аналогija као врста закључивања

Осим уобичајеног значења делимичне сличности међу објектима, аналогija означава и једну *особену врсту закључивања*: аналогija је закључивање из *делимичне* сличности два различита објекта на даљу њихову сличност или и на њихову *потпуну, апсолутну* сличност (на њихов *идентитет*).⁷ Ствари које се подударају у више односа (обележја) подударају се и у другим. Међутим, ако би било ма и једног обележја које противречи аналогijском закључку („инстанца

1 Живан Спасојевић, Аналогija и тумачење – прилог проучавању метода у приватном праву, (репринт), Београд, 1996, стр. 15.

2 Ж. Спасојевић, *op. cit.*, стр. 18.

3 „Аналогija“ у: *Велики речник страних речи и израза*, „Прометеј“, Нови Сад, 2008.

4 Hamelin, L'analogie, L'année philosophique de 1902. (цитирано према Ж. Спасојевићу, *op. cit.* str. 18).

5 Др Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд, 1959, стр. 833.

6 Радомир Д. Лукић, *Методологија права*, Београд, 1983, стр. 127.

7 Т. Живановић, *Систем ...*, стр. 833.

против њега“), овај би био неважећи. Данас превладава гледиште да је аналогички закључак *на претходној индукцији заснована дедукција*.

Ни о вредности аналогичког закључка нема јединственог гледишта. По једном мишљењу закључак изведен на основу аналогичке исто толико је поуздан као и сваки други дедуктиван закључак, разуме се уколико му је тачна премиса. Ипак се овај суд донекле релативизује пошто се прихвата да је аналогички закључак индуктивно-дедуктиван. Непоузданост аналогичког закључка изједначава се на непоузданост индуктивног закључка, одакле и потиче. Из чињенице што су у једном случају два обележја тако везана да једно проистиче из другог није сасвим поуздано закључити да су и у свим осталим случајевима та два обележја исто тако повезана. Ту не помаже ни логика јер се постојање тезе везује између два обележја као и да је она општа за све такве случајеве, утврђује социолошким анализом. Тек кад се то утврди логика служи да се из тако добијеног индуктивног закључка на основу сличности изведе закључак. Међутим, социолошка анализа је емпиријска па стога никад не може бити поуздана као чисто логички дедуктиван закључак.

Други теоретичари су категорични у ставу да се не може изједначити вредност закључка аналогичког са индуктивним закључком, сматрајући да је закључак по аналогичкој најчешће мање сигуран од индуктивног закључка. Док је дедуктиван закључак потпуно сигуран, а индуктиван вероватан – закључак по аналогичкој је мање-више несигуран. И поред тога што аналогички закључак није потпуно изванредан, њему се придаје велики значај за развој наука, где даје бар правац истраживања и проналажења.⁸

Из самог логичког појма аналогичке јасно је да се закључивање мора вршити по битним особинама два објекта да би било тачно. Што је број сличних особина два објекта на основу којих се изводи конклузија већи, вероватност конклузивног закључка по аналогичкој је све већа. Тиме аналогички закључак постаје поузданији и зато му је вредност већа.

б) Аналогичка као врста тумачења или стварања права

(1) Појам и врсте аналогичке у праву

У расправи о аналогичкој најпре треба утврдити има ли јој места у праву и шта она представља. Ова питања су тесно везана за тумачење, једну од најдискутабилнијих области у праву.

Тумачење уопште (тј. херменевтика) се поима као „делатност којом се утврђује значење (смисао) неке материјалне појаве, која је употребљена као знак да би се дотично значење саопштило“.⁹ Циљ је тумачења да нешто нејасно објасни, учини јасним, разумљивим и схватљивим, па се „увек састоји у утврђивању

⁸ Види: Т. Живановић, *Систем ...*, стр. 834.

⁹ Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић, *Увод у право*, Београд, 2000, стр.503.

смисла неке појаве¹⁰. Тумачење права је само једна врста тумачења уопште и представља *утврђивање правог значења правне норме*. То је „закључивање из даних законских текстова, којима се има да утврди смисао (значење, дух) или разлог“.¹¹

У теорији права разликује се тумачење у ужем и ширем смислу. *Тумачење у ужем смислу* постоји кад је непосредни предмет тумачења једна норма или неколико тесно повезаних норми. Означавала се као право тумачење зато што се тумачи норма која постоји. Међутим, како је значење сваке норме везано за низ других норми и за цео систем права, тумачење неке правне норме јавља се као тумачење неког позитивног права као целине. За разлику од правог тумачења, изналажење једне појединачне норме за случај правне празнине представља *тумачење у ширем смислу*. По једнима, то и није право тумачење јер тумач у овом случају тумачи правну норму која такорећи и не постоји. Уистину он се ослања на постојеће норме па изгледа као да их тумачи мада се стварно само угледа на њих.¹² Према супротном гледишту, и код тумачења у ширем смислу непосредни предмет тумачења су правне норме, али не једна норма већ један или више скупова правних норми или читав правни систем. Зато се и за ово тумачење каже да представља тумачење норми које постоје а не оних које не постоје, али да је тумачење система права на основу његовог „духа“ веома ретко.¹³

Аналогија је управо везана за ову другу врсту тумачења – за тумачење права у ширем смислу. Интерпретација права помоћу аналогије одговор је и критика идеја о свеобухватности закона које су водиле ка *непокретности права*. Учења о аналогији везују се за појаву еволуционистичких и социолошких школа које су тражиле нове путеве за примену и проучавање права, наместо старе егзегетичке школе, која се искључиво користила формалном и дедуктивном логиком заснованом на законским текстовима. Једно од најпознатијих дела из тог времена, не само у нашој правној књижевности, јесте докторска теза „Аналогија и тумачење – прилог проучавању метода у приватном праву“ Живојина Спасојевића, браћена на париском правном факултету 1911. године. Зато као најбоља илустрација разлога и начина настанка аналогије нека послуже његови ставови из докторске тезе: (1) У временима непосредно после кодификације „она се примењивала а да се није схватала и на скоро истоветан начин“, а уколико се удаљавамо од тренутка израде и проглашења закона, њена употреба постаје све чешћа, њена нужност и њена примена се наговештавају, пошто „нужност суђења, пуноћа закона и аналогија чине само једно“. (2) У раздобљу после тог времена више се не прихвата догма о законодавчевој вољи као апсолутној исти-

10 Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд, 2009, стр. 297.

11 Т. Живановић, *Систем ...*, стр. 834.

12 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 265.

13 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 300.

ни, почиње се ићи за судском праксом и признаје се умерена дедукција, што показује да правно резонување не подноси ону крутост из претхоног времена; поимање аналогije се проширује са појавом идеје да је циљ који треба постићи оно што утиче на њену примену.¹⁴

Од свог настанка све до данас аналогija се уобичајено схвата као главно средство за попуњавање правних празнина. У бити је аналогije тумачење по сличности: *на један случај који није уређен правном нормом, па због тога представља правну празнину, примењује се правна норма којом је уређен неки други случај битно сличан овом који представља правну празнину*. Два случаја су битно слична ако су им сличне битне а различите оне споредне особине. Да би се применила аналогija потребно је да у оба случаја, правно регулисаном и нерегулисаном, постоји исти друштвени интерес који се штити правном нормом која ће се помоћу аналогije применити. Аналогija је могућа само кад се утврди да у случају који представља правну празнину постоји исти друштвени интерес као у правно регулисаном случају. У противном, аналогiji нема места. Утврдити друштвени интерес значи утврдити *ratio legis*, тј законски разлог због којег је конкретна норма донета, што се постиже помоћу циљног тумачења. То значи да се телеолошким тумачењем открива постоји ли друштвени интерес да се и на случај који представља правну празнину примени правна норма која је управо из истог тог законског разлога донета за сличан случај. Битна сличност између правном нормом регулисаног и правно нерегулисаног случаја, као услова за приемну аналогije, своди се на идентичност интереса и циљева (*ratio legis*) који се правном нормом штите, а утврђује се циљним тумачењем.¹⁵ Може се закључити да се аналогijом правна норма којом је регулисан један случај проширује и на други правно нерегулисани зато што у оба случаја постоји исти законски разлог.

Уобичајено се аналогija дели на законску (*analogia legis*) и правну (*analogia iuris*). Код законске аналогije се конкретна правна норма предвиђена за један случај примењује на други сличан, нерегулисани случај, а као логичко средство представља закључивање *од посебног сличног на слично посебно*. Код законске аналогije се из једног конкретнијег правила изводи једно апстрактније: из једног законског прописа који се односи на изврстан случај, издвајају се оне карактеристике тог случаја због којих је тај пропис и донет, потом се утврђује да те исте карактеристике постоје и код другог случаја, о којем нема никаквог прописа, онда се закључује да се постојећи пропис не односи само на случај који се у њему помиње него и на све случајеве у којима постоје исте битне карактеристике.¹⁶

14 Ж. Спасојевић, *op. cit.*, стр. 25. и 26.

15 Р. Степанов, Г. Вукадиновић, *Теорија права II*, Нови Сад, 2002, стр. 117. и 118.

16 Радомир Лукић, *Теорија државе и права – II Теорија права*, Београд, 1991, стр.271.

Кад се на правну празнину примењује опште правно начело изведено из више норми или целог правног система, то је *правна аналогија*. У бити је правне аналогије примена извесног *принципа* изведеног из низа законских прописа по његовој сличности с духом тих прописа.¹⁷ Код правне аналогије се општа начела изводе из масе конкретних норми којима се регулишу разни конкретни случајеви и примењују на случајеве необухваћене тим конкретним нормама. Од обичне примене општих начела која су као таква непосредно формулисана (прописана), аналогија се разликује по томе што код ње тумач сам изводи та општа начела.¹⁸

Будући да се законска аналогија везује за конкретну норму из истог закона који се тумачи а правна аналогија за масу правних норми или за систем права у целини, сматра се да законској аналогији има места *кад је закон нејасан* а правној кад у закону постоји *правна празнина*.

Кад се посматра као логичко средство, аналогија у свом генусу значи закључивање од сличног на слично. **Законска:** *од посебног сличног на слично посебно*, **правна:** *од сличног општег на слично појединачно*.

Постоји још подела аналогије на: (а) *делимичну* и (б) *потпуну*. Код делимичне аналогије (*analogia partialis*) општа правна норма се изводи из неколико посебних норми. Код потпуне аналогије (*analogia totalis*) она се изводи из „духа“ целокупног права и представља опште правно начело. По питању ове класификације, једни сматрају да је у питању подела правне аналогије,¹⁹ док су други мишљења да се она у доброј мери подудара са поделом аналогије на законску и правну.

На крају још треба рећи да се аналогија много више употребљава у *common law* систему пошто га одликује прецедентно право које садржи много мање апстрактних правних норми него кодификовано континентално право,²⁰ тј. мање општих принципа него закони.²¹

(2) Да ли је аналогија облик тумачења или начин стварања права?

У теоријским схватањима најчешће се аналогија везује за тумачење права и попуњавање правних празнина. Насупрот реченом, у правној теорији има и оних који аналогију измештају изван поља тумачења права. Ти теоретичари постављају као претходно питање да ли се правне празнине уопште попуњавају тумачењем права. Тумаче се у правом смислу норме, разуме се норме које постоје, кажу они, али како је могуће тумачити непостојеће норме. Код попуњавања

17 Т. Живановић, *Систем ...*, стр. 835.

18 Р. Лукић, *Теорија...*, стр. 272.

19 Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 566.

20 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 272.

21 Др Ђорђе Тасић, *Аналогија*, Бранич, бр. 5/1934, стр. 254.

правних празнина заиста и нема тумачења у правом смислу него тобожњи тумач ствара право. Приликом примене аналогије (и правила *agrumentum a contrario*) он се ослања на постојеће норме представљајући себи да их се придржава, да их тумачи, а у ствари се само угледа на њих при стварању сопствене норме. Зато, по њиховом мишљењу, попуњавање правних празнина, па и методом аналогије, спада у стварање или примену права (претежно у стварање), а не у тумачење права.²² И законска аналогија, према овом схватњу, представља „слободно стварање права“, пре него примену норме.²³ По њиховом мишљењу, два су разлога због којих се меша попуњавање правних празнина са тумачењем права: Прво, зато што тумачење теоријски није довољно разграничено од стварања, на једној, и примене права, на другој страни. Друго, зато што се заступа гледиште да онај који примењује право треба уистину да га примењује тумачећи га, али не и да га ствара јер би се тиме кршио принцип поделе власти, па се стога стварање права представља као тумачење, односно примена.²⁴

У вези с расправом о месту аналогије у теорији права, треба подсетити да се још у Виндшјајдовим пандектама, аналогија схватала као поступак који се налази у средини између тумачења у строгом смислу речи и самог стварања права. С једне стране, она се ослања на писани закон и захваљујући претпоставци органског јединства закона, покушава да отклони недостатке мисли и да попуни празнине законског прописа. С друге стране, аналогија која закључује из целине општех духа правног система, нужно се уздиже изнад законског текста и тражи начела у природи позитивних ствари. Како се аналогија, с једне стране ослања на писани текст, а с друге, неминовно даје судији улогу „да сам кроји правну норму“, у вези с тим изгледа да је тачна она Хегелова мисао да у последицама наше делатности има навек нечега више од онога што се хтело.²⁵

(3) Однос аналогије и екстензивног тумачења

Аналогија је аргумент логичког изналажења правог значења норме, а екстензивно тумачење је засновано на ширини значења законске норме. Пошто су у питању појмовно различите категорије, о њиховом разграничењу има смисла расправљати у делу у ком се преклапају, у коме су сличне. Априори посматрано, те заједничке или додирне тачке могле би се пронаћи у случајевима и обиму примене ова два облика тумачења права. Екстензивним тумачењем се вишезначним речима у правној норми даје шире значење и то значење утврђује као оно право пошто највише одговара циљу норме која се тумачи. За разлику од тога, аналогијом се правна норма којом је регулисан један случај проширује и на други правно нерегулисани случај.

22 Р. Лукић, *Методологија ...*, стр. 127.

23 Радомир Лукић, *Теорија државе и права – II Теорија права*, Београд, 1991, стр.272.

24 Р. Лукић, *Методологија ...*, стр. 127.

25 Види М. Туцаковић, II, стр. 82.

Управо у оваквом њиховом поимању се може наћи полазиште да се разлуче: за екстензивно тумачење потребно је да постоји *вишезначна норма*, а за примену аналогије, *правна празнина*. И ово могуће упориште доводи се у питање схватањем да правној аналогији има места кад постоје правне празнине а законској, кад је закон нејасан, чиме се ова друга може стопити са случајевима који исцискују екстензивно тумачење. Али и независно од тог схватања, тешко је утврдити кад се тумач креће унутар закона, јер се не може прецизно одредити кад се ширим значењем норме излази изван закона, а с друге стране, не зна се увек у којој је мери аналогија потчињена законским изразима, на страну што се и ти изрази могу уже и шире тумачити. За егзактно разликовање аналогије и екстензивног тумачења засад није предложено неки објективни универзални критеријум па се може рећи да је та граница флуидна.

Објашњење ове разлике у правној теорији се везује за питање да ли се случај може подвести под граматички смисао норме. О екстензивном тумачењу је реч кад се тачан смисао норме налази помоћу проширивања граматичког смисла норме која се примењује баш на случај који је у њој *предвиђен*, док се код аналогије правни пропис примењује „баш на случај за који је тачно утврђено да га *норма не обухвата*“.²⁶ Другим речима, аналогија се разликује од екстензивног тумачења по томе што се екстензивним тумачењем не може прећи преко садржине самог прописа, тачније преко могућег значења које садрже речи. Код екстензивног тумачења су, дакле, ствари и ситуације садржане у законском тексту. Код тумачења помоћу аналогије, међутим, иде се преко тога, на ствари и ситуације законом *непредвиђене*. Ипак, између њих не могу се поставити чврсте границе јер се једној речи може дати и посве „неуобичајено“ значење, у ком случају се та граница лако брише.²⁷

Разликовање између екстензивног тумачења и аналогије значајно је првенствено с теоријског аспекта и нема неке велике практичне важности, изузев за кривично право где то може бити од користи, пошто је, начелно узев, примена аналогије у кривичном праву забрањена.²⁸

ц) Правне празнине и аргумент аналогије

Од свог настанка, аналогија у праву везује се за правне празнине. Појавила се у правној пракси и правној теорији као средство за њихово попуњавање.

Правним празнинама се сматрају друштвени односи који нису регулисани правом, иако би због друштвеног интереса требало да јесу.²⁹ Реч је о важним и конфликтним друштвеним односима који или нису уопште уређени, или су

26 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 272.

27 Ђ. Тасић, *Аналогија ...*, стр. 255.

28 Исто тако Ђ. Тасић, *Аналогија ...*, стр. 255.

29 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 301.

непотпуно уређени правним нормама, а требало би да буду.³⁰ Кад законописци и други нормотворци не уоче одређене друштвене односе које треба регулисати, или их уоче али им не придају већу важност па остану правно нерегулисани, такви односи представљају правне празнине. Најкраће речено, правна празнина је „све оно на шта нема одговора у закону“, а што се „јави пред судом [или другим органом] на решење“.³¹

Правне празнине треба разликовати од других односа који нису регулисани правом а не представљају правне празнине. За то не постоји критеријум за егзактно разликовање у сваком појединачном случају. Ти односи се не могу апсолутно разграничити па су могуће и грешке. За њихово разграничење као општа препорука је да се пажљиво анализирају ти друштвени односи с циљем да се утврди шта је корисније за право – да се однос препусти слободном регулисању или да се попуни појединачном нормом како би се у понашању мање грешило. Сматра се да је за такву процену важније правилно утврђивање циља од строгог придржавања начела законитости, а такво поступање оцењује се као допуштено пошто се ради о односу који није регулисан правом.³² Управо је ова аргументација још један разлог против примене аналогије у кривичном праву.

У погледу правних празнина, као основно питање поставља се да ли оне уопште постоје. Расправа о томе се води дуго и оштро, а резултат су два супротстављена гледишта. Према једном гледишту, правних празнина уопште нема, а свој став образлажу двама главним, међусобно посве супротним разлозима. Прво, правних празнина нема зато што је право потпун систем – оно што није непосредно прописано, регулисано је посредно, вишом, апстрактнијом нормом, што се утврђује логичким путем пошто је право логички затворен и заокружен систем. Друго, правних празнина нема зато што нерегулисано и не потпада под право.³³

Схватања да правне празнине не постоје, без бзира о којој теорији је реч, неприхватљива су будући да су оне неминовност – „право никад не може потпуно да обухвати живот који је увек сложенији и бржи од права“.³⁴ Разлози су, дакле, двојаки: (1) пошто су живот и стварност врло *сложени*, законописци не могу да обухвате све што треба да обухвате, нити да „*виде* све што постоји и што мора да се правно регулише“; (2) живот и стварност су поред тога и *динамични*, па није могуће све *предвидети* што ће се временом као ново појавити и развити, те законодавац зато не може ни да то правно регулише.³⁵ Зато што

30 Н. Висковић, *op. cit.*, стр. 260.

31 М. Туцаковић, I, стр. 25.

32 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 301.

33 Види: Радомир Лукић, *Методологија права*, Београд, 1983, стр.126.

34 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 301.

35 Р. Лукић, *Теорија ...*, 265.

се тај несклад не може предупредити, правних празнина несумњиво има и мора их бити у сваком правном поретку. „Да би један правни поредак био без правних празнина, морао би да сваки однос који долази у право садржи један правни пропис, а то је немогуће, а с друге стране, да правни поредак буде тако променљив да се мења паралелно с променама живота, што би опет било и технички немогуће и некорисно“.³⁶ Празнине су неизбежне посебно приликом великих кодификација, „које садрже бесконачно много решења поводом сваке мисли писаца закона који се на њима нису могли увек довољно задржавати да би разјаснили све појединости“.³⁷

Према времену настанка празнине се деле на *почетне* (примарне), које настају *ab initio* – у време доношења правног прописа, и *накнадне* (секундарне) које настају тек после доношења прописа. Првим је узрок људски немар а другим људска несавршеност.³⁸ Ма како законодавац и законописци савршено радили, закон остаје продукт једне нарочите вештине – законодавне технике, и „као такав он је само једна апроксимација онога што у ствари постоји, али никад права слика реалности“ (Ж. Спасојевић, *О јуриспруденцији*, Архив, 1912).

Према обиму правне нерегулисаности друштвених односа, правне празнине могу бити *праве* и *неправе*. *Праве* празнине настају у случају кад је неки друштвени однос регулисан општом правном нормом али неки његов саставни део није регулисан. *Неправе* пак постоје кад читава област није регулисана општим нормама па се несметано могу примењивати норме којима се регулишу неке друге области.³⁹

У правној теорији се раличито интерпретира како се попуњавају правне празнине. Ипак, већина је сагласна у једном: правне празнине се попуњавају накнадно, и то појединачним правним нормама. Једни сматрају да се попуњавање правних празнина врши тако што се суд или други орган ослања на судску или другу правну праксу, правну науку, обичаје, морална схватања, итд.⁴⁰ Други пак прецизирају начине попуњавања правних празнина уочавајући да суду, државном органу или коме другом овлашћеном на примену права, за попуњавање правних празнина стоје на располагању: (1) аналогија (или *argumentum a contrario*), (2) обичајно право и (3) самостално стварање правне норме – управо по наведеном редоследу.⁴¹ Као критеријум за овакву класификацију начина попуњавања правних празнина називу се правни извори – закон, обичај и прецедент.

36 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 265.

37 Ж. Спасојевић, *op. cit.*, стр. 15.

38 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 301.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

41 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 266.

2. ДОПУШТЕНОСТ АНАЛОГИЈЕ У ТУМАЧЕЊУ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

а) Начело легалитета – лимит за примену аналогije у кривичном праву

Аналогија се више примењује у оним правним областима које су мање изграђене (нпр. у области употребе копутера, заштите потрошача и сл.), а има и грана законодавства у којима је посве из других разлога забрањена њена примена, попут кривичног законодавства. За разлику од других грана права, примена аналогије као облика логичког тумачења кривичноправних норми „сведена је на најмању меру“;⁴² због важења начела легалитета: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. У кривичном материјалном праву начело легалитета је неприкосновено – оно одређује границе тумачења кривичног закона уопште, па и логичког тумачења помоћу аргумента аналогије.

За разумевање на који начин и у ком обиму је начело легалитета препрека за примену аналогије у материјалном кривичном праву, потребно је указати на његово дејство уопште и његов утицај на одређивање граница тумачења кривичноправних норми.

Начело легалитета има вишеструко дејство а огледа се у следећем: (1) само закон може бити извор кривичног права (*nullum crimen sine lege scripta*), чиме се искључује примена обичајног права; (2) искључено је стварање нових инкриминација путем аналогије (*nullum crimen sine lege stricta*); (3) меродаван је само закон који важи у време извршења кривичног дела: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (овај захтев се још у теорији означава као принцип забране ретроактивног дејства кривичног закона - *nullum crimen sine lege praevia*); (4) описи бића кривичних дела у законским нормама морају бити јасни и прецизни.⁴³ Овако схваћено начело законитости осигурава гарантивну функцију кривичног права – заштиту слобода и права човека.

Својим дејством начело легалитета одређује и границе тумачења кривичних норми. Најпре, због важења овог начела посебно је изражен захтев да је законски текст почетак и основ сваког тумачења. *Верност законском тексту* доводи тумачење до правог смисла и граница закона – што више га поштовати а што мање се удаљавати од њега. Међутим, пошто би потпуно робовање тексту закона отежало осавремењавање закона у судској пракси и занемарило би значење константних друштвених промена, у кривичноправној науци превладава залагање за слободнијим утврђивањем смисла закона. Разуме се да је сам текст граница тумачењу у смислу да спречава став који би у бити био

42 Н. Срнзетић - А. Стајић – Љ. Лазаревић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 1978, стр. 106.

43 Cf. Франjo Ваџић, *Кривично право – Општи део*, Zagreb, 1978, стр. 100; Зоран Стојановић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 2004, стр. 40.

супротан ономе што значе саме речи законског текста.⁴⁴ Следећа специфичност тумачења инкриминација везана је за основну функцију кривичног права – заштиту одређених вредности, која се не сме губити из вида при сваком тумачењу. *Утврђивање заштитног објекта* темељна је претпоставка за исправно тумачење кривичног закона. Откривањем објекта заштите сазнајемо шта хоће законодавац да заштити неком кривичном нормом, шта је њен циљ. Том спознајом објекта заштите, постаје јасан прави смисао и значење норме која се тумачи. Отуда је ово тумачење према објекту заштите особена одлика телеолошког тумачења у кривичном праву. Поред објекта, за тумачење кривичног закона значајан је и *обим кривичноправне заштите*. Фрагментарни, парцијални карактер кривичноправне заштите одређује границе до којих се може ићи у тумачењу: за утврђивање правога смисла норме мора се знати у ком обиму норма која се тумачи пружа заштиту неком добру (заштићено добро не ужива кривичноправну заштиту од свих напада већ само неких, по правилу најтежих). За утврђивање односа између законских бића појединих кривичних дела, нарочито међусобно блиских, значајна је и *висина запрећене казне*. На крају, забрањено је свако тумачење противно суштини и сврси начела легалитета у кривичном праву, као гаранту правне сигурности при тумачењу кривичног закона.

Изнето тумачење граница примене аналогије доминира савременим кривичним законодавствима, а ако се узму у обзир општи историјски развој кривичног права и појединачна решења у упоредном праву, може се закључити да законодавци по том питању имају или су имали различите ставове: (1) да је аналогија *изричито забрањена*, али је овакав законодавни поступак веома редак; (2) да нема изричите забране него се *прописује начело легалитета*, па из прописане садржине и дикције норме о овом неприкосновеном начелу произлази да је аналогија забрањена; (3) да се уношењем тзв. генералних клаузула у диспозицију кривичноправне норме у појединим одредбама предвиђа аналогија *intra legem*; (4) да законску или правну аналогију или обе заједно, дотично законодавство познаје као *општи правни институт*.⁴⁵

б) *Оправдање и поље важења забране аналогије у кривичном материјалном праву*

Кривичноправним прописима се штите најважнија добра људи и за њихово кршење прописују најтеже санкције, па се неприкосновено важење принципа законитости јавља као нужно за осигурање правне сигурности грађана.⁴⁶ То је и основни разлог да се забрани аналогија у кривичном праву, као средство стварања нових кривичних дела, пошто је директно супротна смислу и фун-

44 Franjo Vačić, *op. cit.*, str. 105.

45 Cf. Станко Пихлер, *Аналогија у кривичном праву*, *Анали*, бр. 1-2/1971, стр. 152. и 152.

46 Упореди: Р. Лукић, *Теорија...*, стр. 272.

кцији овог основног принципа кривичног права.⁴⁷ И у нашем кривичном праву таква аналогија је забрањена. Није допуштено да суд квалификује као кривично дело неку радњу ако у кривичном закону није предвиђена као кривично дело иако је слична неком законом предвиђеном кривичном делу. Таква забрана није изричито прописана али произлази из одредбе чл. 1. КЗ о начелу легалитета: „Никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено“. Принцип легалитета подигнут је на ранг уставног начела и важи за сва кажњива дела, а регулисан је у одредбама о *праву на правну сигурност у казненом праву* (чл. 34. ст. 1. Устава). Из гаранције да нема кривичног дела ни казне без закона, која се означава као принцип одређености дела и казне у закону, применом правила *argumentum a contrario*, као облика логичког тумачења, закључује се да кривично дело и казна не могу бити одређени нормом изван закона, што значи ни нормом насталом у поступку стварања права применом аналогије. *Забрањена је, дакле, она аналогија којом се стварају нова кривична дела*: не може се квалификовати као кривично дело неко понашање човека, ма колико било друштвено опасно и штетно, ако законом није предвиђено као кривично дело. Таква аналогија се искључује из кривичног права као директно супротна начелу легалитета јер ствара правну несигурност и омогућава самовољу, арбитрерност и злоупотребе од стране судских органа. Управо заштита слобода и права човека од сваке произвољности и могућих злоупотреба од стране суда, преставља одлучујући мотив за забрану аналогије којом се стварају ново кривично дело, макар оно било и слично с неким од законом предвиђених. Укратко речено, значење и функција начела легалитета одређују обим важења, границе и забрањену зону аналогије у кривичном праву.

Забарана аналогије у кривичном праву није сама себи циљ, па стога не представља апсолутну забрану. Та забрана служи да се предупредује и онемогуће арбитрерност и злоупотребе којима се угрожавају слободе и права човека. Аналогија у кривичном праву само не сме да буде средство којим ће се довести у питање законитост рада судова, правна сигурност и уставом и међународним документима гарантоване слободе и права човека, и то у границама које осигурава начело легалитета. Тиме су постављене границе забрањене аналогије у кривичном праву.

Полазећи од овако одређене сврхе и граница забране аналогије, у кривичноправној књижевности се сматра да забрана обухвата нарочито:

- забрану оне аналогије којом се ствара ново кривично дело применом кривичних прописа којима се регулише најсличнији случај (нпр. кад би неко

⁴⁷ О принципима кривичног права види: Др Драган Јовашевић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 2006, стр. 30-32.

понашање које у закону није предвиђено као кривично, суд квалификовало као кривично дело применом оне законске одредбе којом је неко сасвим слично понашање инкриминисано као кривично дело);

- забрану да се аналогијом стварају нови квалификовани облици неког основног кривичног дела (нпр. проглашавањем неке околности квалификаторном а која као таква није превиђена код тог кривичног дела али је иста или слична са неком квалификаторном околношћу предвиђеном код неког другог сличног или сродног кривичног дела;

- забрану да се тумачењем по аналогији казна поштри; и

- забрану правне аналогије, тј забрану да се кривично дело или казна створи појединачном правном нормом на основу општих принципа кривичног законодавства или духа читавог правног поретка.⁴⁸ У свим овим случајевима применом аналогије закон се мења и допуњава на штету окривљеног, што је у директној супротности са начелом законитости у кривичном праву, па се зато ти случајеви налазе у зони забрањене аналогије.

У прве три поменуте ситуације очигледно је реч о законској аналогији која је забрањена, па би се могло закључити да је у савременом кривичном праву *правна аналогија увек забрањена* пошто је директно супротна начелу легалитета, а *примена законске аналогије се не искључује* изван забрањене зоне, детерминисане истим овим начелом.

Данас се правна аналогија сматра недопуштеном, али ни та забрана није апсолутна ни универзална. У историји кривичног законодавства познато је да је Немачка у једном периоду свог правног развитка изричито прописивала у свом кривичном законодавству и могућност примене правне аналогије. У време фашистичке немачке државе у њеном кривичном законодавству била је дозвољена и законска и правна аналогија. Правна аналогија уведена је 1935. године доношењем Закона о изменама Кривичног законика. Одредбама § 2 овог кривичног кодекса предвиђено је да ће се казнити свако ко учини дело које је закон прогласио кажњивим или које према *основном духу* неког кривичног закона и *здравом схватању народа* заслужује казну. „Основни дух закона“ и „здрово народно схватање“ су веома широки појмови под које је могла да се подведе свака радња која је на било који начин угрожавала националсоцијалистички поредак, што је судовима и административним органима дало одрешене руке у одређивању кажњивих дела. Реакција на овакво решење била је веома оштра тако да је ово питање дошло пред највиши међународни форум, па је Стални суд међународне правде ову немачку новелу кривичног законика одбацио као законско решење.⁴⁹

⁴⁸ Ф. Вајић, *op. cit.*, стр. 111. и 112; упореди: Н. Срниетић, А. Стајић, Ј. Лазаревић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 1978, стр. 106.

⁴⁹ Опширније: С. Пихлер, *Аналогија у кривичном праву*, *Анали*, бр. 1-2/1971, стр. 152.

ц) Аналогија *intra legem*

Изван граница поља забрањене аналогије које су, као што смо објаснили, одређене начелом легалитета, и у кривичном законодавству допуштено је тумаче помоћу аналогије као средства логичког тумачења.

У кривичноправној теорији допуштеном се сматра „аналогија као начин тумачења закона“ којим се на основу сличности решава конкретан случај у оквиру закона (*intra legem*). Ова аналогија постоји онда када законодавац у конкретној норми кривичног закона прецизно не предвиди све ситуације у којима се та норма има директно примењивати већ оставља норму отвореном и изричито упућује да се на исти начин као у законом одређеној ситуацији има примењивати норма и на сличне ситуације али које законом нису прецизно одређене. Има мишљења да је оваква аналогија блиска екстензивном тумачењу, али с њим није истоветна, а „налази се на прелазу од екстензивног тумачења једног постојећег законског текста ка аналогији којом се ствара право“.⁵⁰ Тако се у кривичноправној теорији, поред законске и правне аналогије, додаје и трећи облик тумачења права путем аналогије – аналогија *intra legem*.⁵¹

Општеприхваћено је становиште да аналогији има места у кривичном праву у свим случајевима кад сам закон упућује на аргумент сличности, на околности, понашања и ситуације које су сличне онима описаним у бићу кривичног дела. У тим случајевима бића кривичних дела одређена су у закону помоћу тзв. *генералне клаузуле*. За означавање сличности, у диспозицији норме користи се израз „други“ за опис радње кривичног дела, средства или објекта радње и сл., са значењем истоветан или сличан. Примера ради, код кривичног дела отмице радња овог дела одређена је егземпларним навођењем и упућивањем на аналогију: „ко силом, претњом, обманом *или на други начин* одведе или задржи неко лице“ (чл. 134. КЗ). У Посебном делу нашег Кривичног законика, као тзв. генерална клаузула веома често је коришћена синтагма „на други начин“ (чак код 52 кривична дела) или „на други сличан начин“, а у употреби су још синтагме којима се прецизира на који се сегмент сличности начина извршења дела мисли: „на други противправан начин“, на „други недозвољен“, „други одговарајући“ или „други преваран“ начин итд.

Иако су употребљене генералне клаузуле прилично широке, конструкције диспозиције кривичне норме не допуштају да се било која делатност, нарочито не неодговарајућа, подведе под законско биће кривичног дела. Најпре, навођењем више појмова којима се одређује опис дела у самој норми која се тумачи, с којима нове ситуације морају бити сличне, одређују се поље сличности и границе у којима тумач може тражити смисао и значење те кривичноправне норме. Поред

50 Н. Срниетић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *op. cit.*, стр. 106.

51 Види: Станко Пихлер, *Процес примене аналогије у кривичном праву*, Наша законитост, бр. 9/1970, стр. 673- 678.

тога, свака од тих делатности мора одговарати и свим осталим елементима бића кривичног дела које се тумачи. Из реченог следи да је тумач двоструко ограничен: с једне стране у самој норми наведени су појмови који одређују границе сличности, а с друге стране, та нова слична делатност мора одговарати и свим осталим елементима посебног бића кривичног дела које се тумачи. И поред своје општости, дакле, овакве формуле искључују могућност да се под биће кривичног дела које је помоћу њих одређено, подведу ситуације које би имале садржај који не одговара смислу и значењу инкриминације која се тумачи. Тиме су довољно чврсто одређене границе тумачења које осигуравају да се приликом изналагања правог смисла кривичноправне норме не изиђе изван законског текста неоправдано широко.

Овакве законске конструкције диспозиције кривичноправне норме помоћу тзв. генералне клаузуле коришћене су и у Општем делу КЗ. Тако, код скривљене неурачунљивости (*akciones libere in causa*), приликом одређивања како се неко може довести у стање у којем не може да схвати значај свог дела или да управља својим поступцима, у закону је наведено: „употребом алкохола, дрога или **на други начин**“ (чл. 20. КЗ). Упућивања на аргумент сличности има и у одредбама о другим општим институтима кривичног права, на пример: код одговорности уредника – „друго јавно гласило“ (чл. 38. КЗ); код одговорности за дела учињена аудитивним и видео средствима – кад одговара произвођач тих „или *сличних средстава* намењених ширем кругу лица“ (чл. 39. КЗ); код условног отпуста – „друге околности“ које показују да је постигнута сврха кажњавања, односно које указују на оправданост опозивања условног отпуста. (чл. 46. и 47. КЗ); код општих правила о одмеравању казне – „и друге околности које се односе на личност учиниоца“ (чл. 54. КЗ); итд. Таквих законских формула које упућују на примену аналогије у Општем делу Кривичног законика има у одредбама двадесет пет чланова. У којој мери се тзв. генерална клаузула користи у Општем делу КЗ можда најбоље одсликавају одредбе чл. 112. КЗ у којима су дата значења употребљених законских израза – од тридесетак ставова овог члана, којима се по правилу дефинишу коришћени појмови, у једној трећини је употребљен појам „други“ са значењем „сличан“ или „истоветан“. Ови квантитативни подаци показују да се не може занемарити квантум упућивања на аналогију *intra legem* у законским дефиницијама општих кривичноправних института и да је има у општем а не само у посебном делу КЗ, како се то уобичајено наводи у кривичноправној литератури.

И код општих института се у диспозицији са тзв. генералном клаузулом по правилу наводи више појмова с којима нова ситуација мора бити слична. Наведени појмови помажу тумачу да одреди право значење норме али истовремено одређују границе сличности. Изван сличности с тим појмовима норма се не може тумачити, чиме се значење клаузуле сужава и уједно одеђује дозвољени обим примене аналогије *intra legem*.

Без обзира да ли је реч о законском дефинисању општих института кривичног права или о законском опису посебних бића кривичних дела, законске конструкције помоћу тзв. генералних клаузула по правилу довољно прецизно одређују значење кривичноправне норме и уједно обим примене ове врсте аналогije. На тај начин је омогућено да се кривичним нормама обухвате разнолике и многобројне ситуацији из живота и све оно оново што настане а треба да подлеже кривичним прописима, а с друге стране да довољно одређено изражавају садржај и значење норме која се тумачи. Међутим, проблем настаје онда кад није прецизно форилисана ни сама диспозиција норме на коју генерална клаузула треба да се наслања. Осим што сама по себи не би била довољно прецизна, диспозиција постаје још непрецизнија законским упућивањем на сличне ситуације. Због те опасности, може се поставити питање да ли таква одређеност дела и казне не противрече начелу легалитета.

Што је кривичноправна норма непрецизнија све смо ближи примени аналогije као методу стварања а не тумачења права, а све даље од гаранција које пружа начело легалитета. Зато се у кривичноправној литератури с правом инсистира да кривична дела морају бити јасна, прецизна и што више конкретна, како би се међусобно разликовала и како би одговарала начелу легалитета. Међутим, одређени ниво општости норми је нужан због сложености живота и динамичног развоја друштва. То су два супротстављена захтева која се постављају пред законодавца, који за собом повлаче и две међусобно супротне опасности. Инсистирање на прецизности и конкретности норме може одвести законодавца у непрегледну казуистику а да се опет не обухвате све ситуације које треба подвести под кривичне прописе. Насупрот томе, претерано инсистирање на општости норме, како би се обухватило богатство животних ситуација које постоје или ће тек настати, ствара опасност да кривичноправне норме постану у толикој мери апстрактне да се не види њихов прави смисао. Ова друга опасност управо је изражена код тумачења по аналогiji на коју сам закон упућује: једновременом употребом „каучук појмова“ за опис дела и тзв. генералне клаузуле, која приликом изналажења значења треба да се на њих ослони, настала би опасност од стварања „каучук параграфа“ због чијег би се високог нивоа општости могло закључити да таква законска конструкција не задовољава захтев одређености дела у закону. Отуда су те непрецизне, нејасне и прешироко одређене диспозиције у директној супротности с начелом легалитета у кривичном праву.

У вези с неодређеношћу дела у закону, насталој због непрецизних, нејасних и сувише апстрактних норми у кривичном законодавству, може се поставити питање постоји ли каква правна заштита од таквих законодавчевих поступака. То питање су још одавно поставили наши кривичноправни теоретичари и уједно изразили очекивање да ће процес даље демократизације кривичног права довести да се и овој компоненти начела легалитета осигура заштита пред

уставним судом.⁵² Уколико је о овом другом случају реч, може се тумачити да је због неодређености дела и казне у закону директно повређено начело легалитета, предвиђено у чл. 1. Кривичног законика а такође и у уставним одредбама. У Уставу је ово неприкосновено начело кривичног права регулисано у одељку о људским правима и слободама, одредбама члана 34. којима се прокламују гаранције *права на правну сигурност*: „Нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена“ (ст. 1); „Кривична дела и кривичне санкције одређују се законом“ (ст.2). Отуда се може тумачити да је неодређеност дела и казне због непрецизне, нејасне или посве апстрактне формулације неког посебног бића кривичног дела, без обзира на узроке па и кад је томе узрок законско упућивање на аналогију, директно супротно начелу легалитета. Таква повреда начела легалитета представљала би грубо кршење основног људског права означеног као „правна сигурност у казненом праву“. И поред очигледне повреде уставних норми у таквим случајевима, ипак се намеће питање има ли правног пута за уставноправну заштиту, мисли се изван редовног поступка за оцену уставности неког закона, па и кривичног.

У трагању за одговором на ово питање, као једино средство дошла би у обзир уставна жаба. Међутим, уставна жалба је допуштена једино против појединачног правног акта државног органа којим је повређено или ускраћено неко основно људско право ако су испуњена или ил или уопште нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту (чл.170. Устава). Отуда се уставном жалбом не би могао побијати кривични закон који при одређивању неког посебног бића кривичног дела не задовољава захтев одређености дела у закону, али би она била могућа ако се кривичном пресудом повреди уставом гарантовано људско право везано за тај захтев. Таква могућност би могла настати у случају ако је у кривичној пресуди примењена законска одредба којом је посебно биће кривичног дела нејасно, непрецизно или апстрактно одређено, или је такав опис дела настао применом аналогије *intra legem*, па се због тога може оценити да је неодређеност дела у тој мери изражена да је у директној супротности с начелом легалитета, тј. да је повређена одредаба члана 34. став 1. Устава, под даљим условом да су против такве судске одлуке исцрпљени сви редовни и ванредни правни лекови. Поједностављено речено, против кривичне пресуде највише судске инстанце којом је повређено начело легалитета због нејасног и непрецизног одређивања бића кривичног дела могућа је уставна жалба због повреде права на правну сигурност у казненом праву. Она је могућа против кривичне пресуде због неодређености описа кривичног дела, било да та неодређеност постоји у самом закону или је настала применом аналогije *intra*

52 Ф. Бачић, *op. cit.*, стр. 101.

legem. Тим пре је уставна жаба допуштена кад кривични суд примени законску или правну аналогију (мада се примена ове последње не да замислити).

Због неодређености дела (и казне) у закону може се покренути и поступак пред Европским судом за људска права у Стразбуру због повреде члана 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода којим, којим је гарантовано „кажњавање само на основу закона“. И Европски суд стоји на становишту да орган судске власти који примењује кривични закон не сме га тумачити прешироко, тј. аналогијом, изузев ако таква примена закона иде у корист окривљеном, па због тога законодавства држава морају јасно формулисати норму кривичног закона и имати одредбе довољно предвидиве и приступачне.⁵³

д) Законска аналогија у кривичном праву

У општој историји кривичног законодавства било је и законодавстава која су познавала и експлиците предвиђала примену законске аналогије. У тим законодавствима законска аналогија је била дефинисана као општи институт кривичног права. Могућност примене аналогије најпре је била предвиђена у Совјетском Савезу, непуну деценију после Октобарске револуције. У руском Кривичном законнику из 1926. године (који је ступио на снагу 01. 01. 1927) аналогија је била формулисана на следећи начин: „Ако неко друштвено опасно дело није директно предвиђено овим Закоником, онда се основи и границе одговорности за њ’ одређују према оним члановима Законика који предвиђају најсличнија по врсти кривична дела“ (чл. 16. КЗРСФСР). Из овакве законске формулације јасно произлази да је била уведена законска аналогија, али се из цитиране законске дефиниције уочава да је у приличној мери њен појам проширен. Уношењем у дефиницију такве клаузуле којом се допушта да се на законом непредвиђено кривично дело примене кривични прописи који се односе на кривично дело „најсличније по врсти“, начелно узев, обим примене законске аналогије проширен је тако да се приближава правној аналогији. Треба рећи да се у кривичном законодавству Совјетског Савеза аналогија задржала прилично дуго, читаве три деценије. Тек је укинута доношењем Основа кривичног законодавства СССР-а из 1958. године.

И наше кривично законодавство, истина у веома кратком историјском раздобљу, познавало је законску аналогију. Кривичним законом ФНРЈ из 1948. године⁵⁴ уведена је аналогија као општи институт. Тешко је рећи „колико су практичне, правнополитичке потребе, а колико утицаји совјетског кривичног законодавства“⁵⁵ условили њено увођење у наше кривично законодавство

53 Случај *G v. France*, presuda od 27. septembra 1995.

54 „Службени лист ФНРЈ“ бр. 106/1947, од 13. децембра 1947.

55 С. Пихлер, *Аналогија у кривичном праву*, Анали, бр. 1-2/1971, стр. 153.

после Другог светског рата. Уведена је у поглављу о кривичној одговорности, одредбама члана 5. ст. 3. поменутог закона, а формулација је гласила: „За оно друштвено опасно дело које, иако није изричито одређено у закону, *по сличности својих обележја одговара* кривичном делу које је у закону изричито дређено, постоји кривична одговорност. У таквом случају основи одговорности и границе кажњивости утврђују се по прописима за оно кривично дело према чијим је обележјима установљена кривична одговорност“. Пошто је предвиђена аналогна примена прописа за најсличније кривично дело, а не примена оних „законских чланова“ који се односе на кривично дело „најсличније по врсти“, очигледно је реч о законској аналогiji. Била је кратког века – постојала је и примењивала се у судској пракси свега три године. Законска аналогija је укинута Кривичним закоником ФНРЈ из 1951. године.

Савремена кривична законодавства изричито не предвиђају примену законске аналогije али се сматра да законска аналогija није тотално забрањена и да је њена примена ипак могућа у пољу тумачења и примене кривичних прописа, у границама одређеним начелом легалитета. Ради проналажења недостајућих решења у закону, допуштена је примена законске аналогije ако то иде у корист окривљеног а не противречи другим кривичним прописима и кривичноправним принципима. Примера ради, суд се може послужити оваквом аналогijом нарочито у материји о искључењу противправности, пошто та област у већем делу није довољно регулисана.⁵⁶

За примену законске аналогije залажу се и у другим кривичноправним областима. Има мишљења да је изузетно могуће применити ову врсту аналогije кад се тумаче законске одредбе: (1) о основима који искључују постојање кривичног дела, (2) о основима који искључују кажњивост или служе за одмеравање казне, и (3) које се односе на све оне околности које стварају повољну ситуацију за окривљеног.⁵⁷

3. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

На темељу теоријске расправе о аналогiji као врсти закључивања и врсти тумачења права, која је у раду приказана, заузет је став да се од свог настанка, аналогija у праву везује за правне празнине и да служи као средство за њихово попуњавање. У расправи о месту аналогije у теорији права, изнети аргументи инспирисани су идејом да аналогija представља поступак који се налази у средини између тумачења права у строгом, ужем смислу речи и самог стварања права.

⁵⁶ Ф. Ваџић, *op. cit.*, стр. 112.

⁵⁷ Ј. Таховић, *Коментар кривичног законика*, Београд, 1962, стр. 10.

Поље важења аналогије у кривичном материјалном праву ограничено је начелом легалитета - *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Савремена кривичноправна доктрина стоји на становишту да је правна аналогија увек забрањена, пошто је директно супротна начелу легалитета, а да се примена законске аналогије не искључује изван забрањене зоне, детерминисане овим начелом. Допуштеном се, пак, сматра аналогија *intra legem* у чијој бити је начин тумачења закона којим се на основу сличности решава конкретан случај у оквиру закона. Има јој места ка су законске конструкције диспозиције кривичноправне норме изграђене помоћу тзв. генералне клаузуле, тј. кад сам закон упућује на аргумент сличности.

Сврха је расправе о аналогији, изложене у овом раду, и да укаже на потребу да се кривичноправна доктрина посвети и општим питањима теорије права везаним за тумачење кривичноправних норми.

Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Doc. Marko Trajković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Admissibility of Analogy In Criminal Law

Summary

In the first part of this paper, the authors present the general theory on analogy, which is first observed as a kind of conclusion and then as a kind of interpretation of law. In the former case, reasoning by analogy is defined as a process of deductive reasoning based on the prior inductive reasoning. In the latter case, the authors present different standpoints of the general legal theory on the statutory and legal analogy. With regards to the debate on the position of analogy in the theory of law, the authors point out to the theoretical standpoint of the Pandectists that analogy is a process which is half way between the interpretation of law in the strict sense and the act of creating the law. The first part of the paper also contains an elaboration on the contradictory standpoints on the existence of legal gaps, which are closely related to the authors' opinion that the concept of analogy in law has always been associated with and served as an instrument for filling in the legal gaps.

In the central part of the paper, the authors provide a comprehensive discussion on the admissibility of analogy in the substantive criminal law. Relying upon the detailed analysis of their mutual relations, the authors conclude that the principle of

legality determines the limits of admissibility and application of analogy in criminal law. On these grounds, the authors draw a conclusion that the legal analogy is always prohibited in the contemporary criminal law because it is in direct contradiction with the principle of legality; on the other hand, the application of statutory analogy shall not be excluded outside the prohibited zone, which is determined by this principle. In particular, the authors focus on the analogy intra legem, which is perceived as a third type of analogy and considered to be an admissible method for interpreting the norms of criminal law. This type of analogy is designated as a method for interpreting legal rules on the basis of similarity, where the specific case is resolved within the given legal framework when the law makes allowances for the argument of similarity.

Key words: *criminal law, interpretation of law, legal gaps, analogy, analogy inter legem.*

Проф. др Миомира Костић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Дарко Димовски, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 343.848

ПОСТПЕНАЛНА ПОМОЋ КАО ОБЛИК ТРЕТМАНА И/ИЛИ КРИМИНАЛНОПОЛИТИЧКА МЕРА (ПРОСТОР И НАЧИНИ ЊЕНЕ ПРИМЕНЕ)

***Апстракт:** У раду аутори су разматрали значај примене постпеналне помоћи у реинтеграцији осуђеног лица и спречавању будућег делинквентног понашања по отпусту из установе. Објаснили су постпеналну помоћ у контексту ширег тумачења предмета пенологије и смисленост таквог приступа. Осврнули су се на почетке развоја овог облика третмана, односно криминалнополитичке мере и њен садашњи статус. Навели су и анализирали законска решења о постпеналној помоћи у земљама у окружењу, бившим чланицама СФРЈ, које су некада припадале јединственом правном простору. Указали су на неопходност регулисања положаја и надлежности судије за извршење санкција у Европи.*

***Кључне речи:** санкције, постпенална помоћ, условни отпуст, отпуст.*

Увод

У савременим расправама и пројектима, као и на научним скуповима посвећеним социјалној и економској инклузији депривираних група, које/и се воде и организују са циљем побољшања упослености највулнерабилнијих категорија неактивних или дужевременски незапослених људи, као посебно важно питање издваја се примена постпеналне помоћи. Постпенална помоћ, као облик третмана и/или криминалнополитичка мера, се примењује према особама које су биле осуђене на казну затвора, по протеклу времена на које је изречена или по условном отпусту осуђеника, као и према онима који су и даље у пенитенцијарним установама, али ће ускоро бити отпуштени.

Интересовање савремених, развијених држава света усмерено је, у последњих тридесетак година, не само на пораст броја лица осуђених на казну затвора, већ се јасно истиче да је управо та појава „одлучујући фактор у поновном цртању слике предела урбаног сиромаштва у Америци“¹ на пример.² Та се тврдња поткрепљује податком да у америчким затворима борави око 2.25 милиона осуђеника, од којих већину чине припадници мањинских група и млади, слабо образовани мушкарци. Претпоставља се да око две трећине бивших осуђеника бива ухапшено поново у периоду од три године после њиховог отпуштања. Затварање је повезано и са умањењем зарада и вишом стопом незапослености у каснијим периодима живота, као и са повећањем постотка породичних растава и развода.

Такође, у САД се износи претпоставка да уколико би половини свих отпуштених из установа одмах био неопходан посао, транснационални амерички програм запошљавања морао би да обезбеди око 245.000 послова годишње. Учесници у том програму били би ангажовани на радовима у корист друштвене заједнице, под надзором и са минималном платом. Радили би у парковима, на путевима, јавним површинама и државним зградама. Тиме би се програмом спољне постпеналне помоћи омогућило да бивши осуђеници стичу драгоцено радно искуство, упоредо са обезбеђивањем симултаног одобравања да допринесе заједници. Ова комбинација транснационалног запошљавања, транснационалног становања, третмана за одвикавање од дрога,³ сигурно би значајно допринела побољшању економске и социјалне реинтеграције бивших осуђеника у њихове локалне заједнице и побољшала би квалитет живота тих заједница.⁴

Појам, прво јављање и примена, значај, као и правна регулатива постпеналне помоћи изучава се у самосталној правној научној дисциплини – пенологији. Са настанком идеје ресоцијализације и социјалне адаптације осуђених лица, предмет пенологије је проширен и на изучавање других

1 “From Prison to Work: A Proposal for A National Prisoner Reentry Program”,

www.brookings.edu/~media/...to.../12_prison_to_work_summary.pdf приступ: 27.6.2010.

2 Погледати објашњење повезаности између сиромаштва и криминалитета: М. Костић, *Потребе, социјалне разлике и криминалитет*, Зборник радова: „Узроци и последице социјалне диференцијације у нашем друштву данас“, Правни факултет Универзитета у Приштини, Завод за правна и друштвена истраживања, Приштина, 1997., стр. 223-229.

М. Костић, „Задовољавање потреба у условима сиромаштва“, *Социјална мисао, часопис за теорију и критику социјалних идеја и праксе*, тема броја: Сиромаштво: јуче, данас, сутра, Београд, октобар-децембар, 4/2008. стр. 119-132.

3 Погледати слична искуства и начине поступања у Европи, у тексту: *European Network of Drug Services in Prison, Conference Report*, “Prison Drugs and Society in the Enlarged Europe: Looking for the right direction”, Prague, 25-27 March 2004

<http://www.cpt.coe.int/documents/svn/2002-37-inf-eng.htm>, pristup: 21.7.2010.

4 “From Prison to Work: A Proposal for A National Prisoner Reentry Program”, loc. cit.

кривичних санкција, не само казне затвора. Грасбергер (Grassberger) је истакао да пенологија не може да се ограничи само на казне, посебно казну лишења слободе/затвора, јер је ова казна само једна карика у ланцу казних средстава, а житељи затвора не чине целину делинквентне, осуђене популације. Стога пенологија, као научна дисциплина, обухвата не само извршење казни, већ свих кривичних санкција (васпитних мера, мера безбедности) и њених супститута, као што је условна осуда.

Међу нашим теоретичарима преовлађује шире одређивање предмета пенологије, па се самим тим наглашава и значај постпеналне помоћи, као облика третмана. М. Милутиновић је истицао предност социолошког дефинисања, односно ширег концепта схватања пенологије, према коме је пенологија наука која проучава: еволуцију кривичних санкција, еволуцију третмана осуђених лица, организацију, средства и методе третмана, као и постпеналну помоћ.⁵ Из наведеног одређења, као посебно важно питање истиче се изучавање „еволуције третмана осуђених лица“, па самим тим и питање ширег смисла његовог постојања. Наиме, појам третмана у ширем смислу обухвата разнородна поступања према осуђеним лицима, у различитим фазама спровођења ретрибутивне правде према учиниоцима кривичних дела и других облика делинквентних понашања. Тако се према осуђеном лицу „поступа“ у фази вођења кривичног поступка, у процесу извршења кривичне санкције, али и касније, у постпеналном периоду, а све у циљу ресоцијализације осуђених лица. Према томе, М. Милутиновић је разликовао судски третман, третман осуђеника за време извршења кривичне санкције, обухватајући под тим и третман у постпеналном периоду.⁶ У пракси би било јако тешко, скоро немогуће и криминалнополитички неприхватљиво, строго изоловати ове три, односно две фазе третмана.

Слично становиште о обухватности појма и предмета пенологије заступају С. Константиновић-Вилић и М. Костић, према којима је пенологија “самостална правна дисциплина о различитим облицима друштвене реакције на криминалитет, кривичним санкцијама, начину њиховог извршења, различитим моделима ресторативне правде примењеним у затвору, као и поступању са извршиоцима кривичних дела, у циљу њихове успешне ресоцијализације, социјалне рехабилитације и спречавања будућег делинквентног/криминалног понашања”.⁷ Иако ауторке не наводе експлицитно постпеналну помоћ, само истицање поступања са извршиоцима кривичних дела, “у циљу њихове успешне ресоцијализације,⁸ социјалне рехабилитације и спречавања будућег

5 Милутиновић, М., *Пенологија*, Савремена администрација, 1981., Београд, стр. 83-86.

6 Милутиновић, М., *op. cit.*, стр. 92.

7 С. Константиновић-Вилић, М. Костић, *Пенологија*, СВЕН, Ниш, 2006., стр. 16.

8 Ресоцијализација, схваћена као правна мера криминалне политике, има три фазе: судску (изречена казна или мера), институционалну (за време издржавања казне или

делинквентног/криминалног понашања”, у оквиру појма пенологије, довољно указује на значај који се придаје примени свих облика третмана, односно поступања према делинквентима,⁹ а посебно третмана постпеналне помоћи.¹⁰

Третман према осуђенику треба да буде настављен после протекла временске казне на коју је осуђен, без обзира да ли је осуђеник условно отпуштен или је провео све време трајања казне на коју је био осуђен. Друштвена заједница има обавезу према отпуштеним осуђеницима да им пружи помоћ, када они нису у ситуацији да себи обезбеде издржавање или одговарајући смештај по изласку из установе. У многим државама организоване су службе за помоћ и охрабривање бившим осуђеницима. Ова помоћ посебно треба да буде пружена малолетним делинквентима.¹¹

Почети и развој у примени постпеналне помоћи

Први пенолошки осмишљени почети бриге за осуђеника, током и после издржавања казне затвора, јављају се у Енглеској у 18. веку и заснивали су се на добровољном социјалном раду. У затвору Њу Гејт (New Gate), Елизабет Фреј (Elisabeth Frey) је организовала наставу за осуђенике, набављала материјале за израду различитих предмета и тако упошљавала осуђенике. Сара Мартин (Sara Martin) осмислила је 1871. године течајеве за преваспитање мушкараца и жена, подучавала затворенике књиговезачком занату, изради предмета од кости које је продавала у корист осуђеника.¹²

Такви и слични појединачни случајеви добровољног рада ипак су утицали на другачији став јавног мњења према осуђеницима, па је на европском континенту, још давне 1924. године, у Енглеској основано Централно удружење

спровођења мера безбедности) и као постпеналну (после издржане казне и спроведене мере). С. Константиновић-Вилић, М. Костић, оп. цит., стр. 147.

9 У томе се огледа и истоветност овог схватања ауторки са схватањем Д. Атанацковића, према коме је пенологија “наука о поступању са делинквентима која својим проучавањима настоји да у складу са нормама и принципима које налажу право и правна наука као и у складу са достигнућима других друштвених и природних наука изнађе најбоља средства и начине тог поступања ради успешније ресоцијализације и социјалне рехабилитације делинквената и спречавања делинквентног понашања уопште”. Видети: Д. Атанацковић, *Пенологија*, Научна књига, Београд, 1988., стр. 12.

10 Пенологија се дуго година развијала у оквиру других наука и научних дисциплина, пре свега кривичног права и криминологије. Постала је аутономна и самостална научна дисциплина тек првих деценија двадесетог века. У време појаве пенологије коришћен је термин „криминална хигијена“ за означавање начина поступања са осуђеницима ради постизања њихове рехабилитације. Најближи појам овоме је „корекциона администрација и третман“ (посебно психолошки третман), али ни овај појам није био опште прихваћен. Видети: С. Константиновић-Вилић, М. Костић, оп. цит., стр. 15.

11 Видети: С. Константиновић-Вилић, М. Костић, оп. цит., стр. 183.

12 Цит. према: *ibid.*

за помоћ отпуштеним осуђеницима (Central Association for the Aid of Discharged Prisoners). Много касније, октобра 1960. године, удружење је променило назив у Националну асоцијацију удружења за помоћ отпуштеним осуђеницима (National Association of Dishcarged Prisoners' Aid Societies) и у марту 1966. године као Национална асоцијација за бригу о делинквентима (NACRO ili National Association for the Care and Resettlement of Offenders). Временом NACRO је прерастао у највећу добротворну организацију чије су активности усмерене на питања кривичног правосуђа у Енглеској и Велсу. Седамдесетих и осамдесетих година 20. века асоцијација је активно учествовала у креирању политике британске Владе и то у оним сегментима рада Министарства унутрашњих послова који се односе на затворе и службу пробације.¹³

Визија асоцијације Наcro (званични назив и транскрипција од 1999. године) усмерена је на „безбедно друштво коме припадају сви, у коме се поштују људска права, а превенирање злочина значи борбу против социјалне искључености, а за реинтеграцију оних који крше закон“.¹⁴ Ова асоцијација прихвата сарадњу свих приватних филантропских организација које независно настоје да помажу осуђеницима после отпуштања. Осуђеници, отпуштени из установе, долазе у надлежност и контролу једног централног тела. Представници различитих удружења обично посећују казнене заводе, када у анализи појединачних случајева помажу при одлучивању о условном отпусту појединих осуђеника. После отпуштања, осуђеник наставља да контактира са организацијом којој припада. Полицијски надзор често бива обустављен, све док се осуђеник понаша добро и поштује услове који су му постављени од стране једног централног државног тела. Уколико настави да се криминално понаша или не поштује услове под којима је отпуштен, биће враћен под полицијску контролу.¹⁵

У Француској се 1946. године јављају одбори за пружање опште помоћи и проналажење запослења отпуштеним осуђеницима, формиран и одлуком министарства правде. У Холандији се постпенална помоћ пружа у приватним установама и има верски карактер. Скандинавске земље улажу посебне напоре у пружању постпеналног прихвата, развијањем мрежа институција, посебном

13 Видети: *Nacro*, <http://en.wikipedia.org/wiki/Nacro>, приступ: 21.7.2010.

14 Према годишњем извештају из 2008/09. године Наcro је спровела следеће активности: обезбедила смештај и помоћ за 4.500 особа; обезбедила образовање и обуку за преко 11.000 полазника у својим центрима за образовање и обуку у вештинама; обезбедила помоћ и савете за поновно збрињавање 16.000 осуђеника, који су у то време и даље били на издржавању казне затвора, преко својих службеника који се налазе у заводима; радила са 16.000 младих људи на превентивном укључивању младих; саветовала 38.000 особа на успостављању новог положаја у животу и друштву. Ibid.

15 Видети: *Prisons*, <http://www.newadvent.org/cathen/12430a.htm>

едукацијом органа социјалног старања и сталним финансијским донацијама у те сврхе.¹⁶

Осим на европском континенту, на прихватање осуђеника у окриље друштвене заједнице и његово укључивање у друштвени живот након отпуста, волонтерске организације имају значајну улогу и у САД. Тако је у држави Тексас, одредбама о социјалној заштити, прописано поступање са осуђеницима и спровођење њихових права и обавеза током трајања казне затвора. Између осталог, држава има законску обавезу да подржи сваку иницијативу волонтерских организација, која је усмерена на спровођење различитих програма (облика третмана, попут: едукативних програма, професионалног оспособљавања, програма за лечење алкохолизма и наркоманије, уметничких радионица и сл.), међу којима посебно место заузимају они који се баве пружањем помоћи осуђеницима у њиховом прелазу из затворског живота у живот на слободи, у циљу “смањења могућности појаве рецидивизма међу осуђеницима”.¹⁷ У суштини, овај облик третмана одговара циљевима примене постпеналане помоћи.

У САД постоје и бројни пројекти, некада засновани на религијској припадности, чији је циљ не само побољшање положаја осуђеника у казним заводима, већ унапређивање припреме осуђеника да опстане као радник, брачни партнер или родитељ и као члан друштвене заједнице, по отпуста из установе. На тај начин спречио би се рецидивизам бивших осуђеника. Х.Е.Л.П.¹⁸ пројекат у САД је осмишљен на основу двадесетогодишњег искуства у примени рехабилитационих програма заснованих на религијској основи. Бацкгроунд истраживања истиче како се стопа осуђеника смештених у институцијама повећава сваке године у САД, тако што је, на пример, један осуђеник долазио на сваког 218. грађанина САД у 1990. години, да би се 1999. године тај број увећао, па један осуђеник долази на сваког 147. становника САД. То значи да расте број нерехабилитованих бивших осуђеника, који као такви поново постају део друштвене заједнице. Према подацима у овом пројекту, већина бивших осуђеника желела би да „ради нешто добро“, при чему многи не знају шта би то било. Зато заговорници оваквих студија сматрају да би један програм, заснован на религијској основи, омогућио да осуђеници сазнају шта је то „добро“. У ствари, основни услов да једном отпуштени осуђеник не постане пенолошки повратник, састоји се у томе да осуђеник научи прихватање, толеранцију, опрост и разумевање од оних који живе у његовом окружењу, као и потребу да прихвати одговорност за своје поступке и интегрише се на прави начин са другима у друштвеној заједници.

¹⁶ Цит. према: С. Константиновић-Вилић, М. Костић, *op. cit.*, стр. 184.

¹⁷ Видети: *Texas, Government Code*, Chapter 501. Inmate welfare, Subchapter A. General Welfare Provisions

¹⁸ Project H.E.L.P., http://www.aleph_institute.org/help.htm

Стандардна минимална правила УН о поступању са осуђеницима¹⁹ прописују да се од почетка осуде води рачуна о будућности осуђеника после његовог пуштања на слободу. Неопходно је да буду створени услови који ће појачати самопоуздање осуђеника и избећи његово етикетирање као „бившег осуђеника“.

***Законодавства земаља у окружењу, одредбе домаћег
законодавства и нека искуства у њиховој примени***

У савременој пенологији, као и према основама учења политике сузбијања криминалитета у делу који се односи на основне превентивне носиоце, факторе и процесе, од посебног је значаја пружање помоћи осуђеним лицима по отпусту из установа у којима се извршава казна затвора, односно установа за извршење осталих кривичних санкција институционалног карактера. Бившим осуђеницима је неопходно пружити одговарајућу помоћ, управо из разлога што неки од њих нису у стању да сами разреше животне тешкоће у новом животу на слободи, уз неопходно поштовање друштвених норми и прихватљивих образаца понашања.

Делинквенти, који су иначе имали низ тешкоћа око прихватања третмана и у процесу преваспитања у установама, често, по отпусту, остају или постају још оптерећенији животним недаћама, које су некада и одлучујући фактор њиховог неприхватљивог понашања, што утиче, све заједно, на појачавање конфликтних црта многих осуђеника. Стога се сам процес прилагођавања на услове живота на слободи одвија отежано и ствара погодну окружење за понављање дела.

Држава зато мора да утиче, пре свега својом легислатуром, на стварање таквог амбијента који ће умањити услове за поново вршење кривичних дела. У том смислу, најпре се у литератури постпенална помоћ посматра као унутрашња и спољашња, с тим што област законодавних решења сеже од норми кривичног до норми социјалног законодавства. Унутрашња помоћ се састоји у оснаживању бившег осуђеника, као подстицање, охрабривање и давање савета како да разреши тешкоће психолошке природе које се најчешће јављају после отпуста. Спољашња помоћ изражава се кроз низ непосредних, законом регулисаних поступања извесних државних органа у давању материјалних средстава, обезбеђењу запослења, решавању привременог смештаја, пружања бесплатне правне помоћи у разрешавању извесних правних питања и сл. У неким системима извршења кривичних санкција институционалног карактера постоји

¹⁹ *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977, <http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoners.htm>, приступ: 22.7.2010.

фаза полуслободе, што се сматра једним обликом постпеналне помоћи. Зато је интересантно анализирати законска решења у новоформираним државама бивше СФРЈ, које су некада чиниле јединствени правни простор, везана за ово важно криминалнополитичко питање.

Примена постпеналне помоћи у Републици Словенији у надлежности је центара за социјални рад и регулисана је нормама кривичног законодавства, као и из домена социјалног старања и рада.²⁰

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Словеније²¹ у чл. 109-111 регулише отпуст осуђеника из установе и помоћ после отпуста. Прописано је да осуђенику, који по отпусту са издржавања казне нема средства за живот без своје кривице, завод даје одећу и обућу, а некада и једнократну новчану помоћ, за коју се обраћа надлежном центру за социјални рад (чл. 109 ст. 4). Уколико је осуђеник по отпусту из установе тако болестан да не може да је напусти, завод га упућује у најближи здравствени центар, о трошку државе (чл. 110). Надлежне установе, као и друге институције, морају учествовати заједно са заводом за извршење казне затвора, најмање 3 месеца пре отпуста из установе, у изради програма мера помоћи осуђенику. Свака од установа дужна је да, на свом подручју, понуди помоћ при његовом укључивању у друштвену заједницу, по престанку казне (чл. 111).

Центри за социјални рад у Словенији законом су овлашћени да имплементирају постпенални третман. Ове установе морају помоћи осуђеницима, као и њиховим породицама, у периоду током и после издржане казне затвора.²²

Октобра 2003. године изнет је податак²³ да су професионалци у центрима за социјални рад годишње спроводили третман над око 1.100 особа, у постпеналном

²⁰ *Social Security Act* (official consolidated text ZSV-UPB2), http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/zsv_upb2_en.pdf приступ: 1.8.2010.

Employment relations Act, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/61189/72459/F567621981/SVN61189.pdf>, приступ: 1.8.2010.

²¹ *Zakon o izvrševanju kazenskih sankcij* (uradno prečišćeno besedilo ZIKS-1-UPB1), <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=2006110&stevilka=4665>, приступ: 27.6.2010.

²² *Zakon o socialnem varstvu* (Ur. l. RS, št. 54/92, 56/92, 13/93, 42/94–odl. US RS, 1/99, 41/99, 54/00, 26/01, 02/04) http://www.vlada.si/si/o_vladi/kdo_je_kdo/ministrstva/ministrstvo_za_delo_druzino_in_socialne_zadeve/#c73, pristup: 27.6.2010.

²³ Међу бившим осуђеницима, који су учествовали у постпеналном третману, има много особа које су зависници од дроге/алкохола, бескућника, особа са поремећајима у менталном здрављу и оних који су имали искуства са насиљем. Примећено је да се ти обрасци понашања преносе с генерације на генерацију и да се делинквентне радње понављају током њиховог живота. *Извештај* са пројекта: *Social and Economic Inclusion of Deprived Groups – Possible Measures to Increase the Employability of the most Vulnerable Categories of Long-term Unemployed and Inactive People*, Ljubljana, October 2003

периоду и да је тај број био константан сваке посматране године. Истакнуто је, такође, да се од тог броја особа скоро 70% враћа у постпеналну ситуацију.

Центри за социјални рад у Словенији тесно сарађују са службама за запошљавање, према чијој евиденцији већина особа, која је укључена у постпенални третман, није била запослена пре почетка издржавања казне затвора.²⁴

Ипак, по отпусту из установе, код већине бивших осуђеника постоји низак образовни ниво, који онемогућава лако и брзо укључивање у тржиште рада. Такође, то је обично повезано са немогућношћу остварења адекватног становања. Чак и када немају додатне тешкоће, попут болести зависности, на пример или поремећаја у менталном здрављу, послодавци их нерадо запошљавају. Отпуштени осуђеници сусрећу се, тако, са свакодневном стигматизацијом, јер већина послодаваца претпоставља да ће њихово присуство утицати лоше на процес рада и односе на послу.

С друге стране, у Извештају је јасно назначено да бивши осуђеници често не желе посао, зато што могу да остваре приходе путем алтернативних стратегија – социјалне помоћи, плаћања на руке по обављеном послу ад хоц, као и различитих илегалних активности.

Пошто је постпенална помоћ у Словенији и у надлежности центара за социјални рад, ове су установе у обавези да пруже помоћ и подршку особама у току трајања судског поступка, за време боравка у затвору и после отпуста из установе. Ти облици помоћи су: подршка у процесу ресоцијализације, подршка у потпуној реинтеграцији у нормални, свакодневни живот и рад, саветовање и обезбеђивање информација о начинима решавања различитих питања по отпусту из установе, помоћ за чланове породице, укључујући право на социјалну помоћ, на пример. Истиче се и захтев према држави за организовање јавних радова, као и финансирање различитих програма обуке за осуђенике у различитим вештинама, што би им омогућило лакше запошљавање.²⁵

http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/raziskava_vkljucivanje2_an.pdf, приступ: 27.6.2010.

24 Уколико је особа незапослена и пријављена локалној служби за запошљавање, пре него отпочне да издржава казну затвора дужу од 6 месеци, дужна је да се одјави са евиденције, односно мора да пријави да иде на издржавање казне. Уколико то не учини, биће брисана са евиденције незапослених, па ће утолико сносити последице уколико жели да се поново пријави служби запошљавања, по отпусту из установе. Уколико је осуђено лице било запослено пре почетка издржавања казне затвора, његов радноправни статус зависиће од дужине изречене казне. Видети: *ibid*.

25 У програме постпеналне помоћи треба да буде укључен и невладин сектор, али се истиче да у тренутку када је сачињен Извештај ниједна невладина организација није учествовала у том важном облику третмана за спречавање рецидивизма. Видети детаљно у: *ibid*.

У Републици Хрватској постпенална помоћ, односно постпенални облик третмана, регулисан је одредбама Закона о извршавању казне затвора из 2003. године.²⁶ Припрема за отпуст и помоћ после отпуста из установе прописују се у члановима 163-165. Помоћ после отпуста је скуп мера и поступака који се примењују ради укључивања отпуштених затвореника у живот на слободи, а састоје се од: осигурања смештаја и исхране, осигурања лечења, савета о избору пребивалишта, односно боравишта, усклађивања породичних односа, проналажења запослења, довршења стручног оспособљавања, давања новчане потпоре за подмирење најнужнијих потреба и других облика помоћи и подршке. Припремање затвореника за отпуст започиње након доласка у завод или затвор. Затвореник се подстиче на одговорно учешће у припреми за отпуст у самој установи и изван ње, а посебно на одржавање односа са породицом, контактирање са органима државне власти, установама и удружењима, као и особама које се организовано баве укључивањем затвореника у живот на слободи. Програм припрема за отпуст и помоћи затворенику уписује се у лични лист осуђеника. Установа ће најкасније три месеца пре отпуста укључити затвореника у појединачни или групни саветодавни рад у вези с припремањем затвореника за отпуст и обавестиће писаним путем установе здравствене и социјалне заштите и службе запошљавања о социјалним и другим потребама затвореника за време издржавања казне затвора, о потреби организовања помоћи и подршке за време издржавања казне затвора и након отпуста. Овлашћена службена лица могу контактирати са затворениковом породицом, уз његову сагласност.

Пре отпуста с издржавања казне, судија извршења, надлежан по месту издржавања казне ће, у сарадњи са судијом извршења на чијем ће подручју отпуштени затвореник имати пребивалиште или боравиште и надлежним центром за социјални рад, предузети потребне мере за прихват затвореника. Након отпуштања из установе, отпуштени се може обратити надлежном судији за извршење ради пружања помоћи и подршке. Судија извршења сарађује са центром за социјални рад, коме може писаним решењем наредити предузимање потребних мера помоћи.

Центар за социјални рад ће, на захтев установе или судије извршења, затворенику током издржавања казне затвора, односно по отпусту с издржавања казне затвора, из редова својих запослених одредити саветника за припрему и спровођење помоћи после отпуста.

²⁶ Закон о извршавању казне затвора, („Narodne novine“, бр. 128/99) те његове измјене и допуне објављене у „Narodnim novinama“, бр. 55/00., 59/00., 129/00., 59/01., 67/01. и 11/02. <http://www.poslovniforum.hr/zakoni/2986.asp>, pristup: 9.8.2010.

Закон о социјалној skrби²⁷ детаљно регулише надлежност центара за социјални рад, приликом одобрења и пружања других облика помоћи, у виду: једнократне помоћи, као и саветовања и помагања у превладавању посебних тешкоћа (чл. 77ф), при чему се не помињу експлицитно примаоци као отпуштени осуђеници, али се по садржају мера могу препознати облици спољне и унутрашње постпеналне помоћи. Тако се једнократна помоћ може одобрити самцу или породици који због тренутних материјалних тешкоћа нису у могућности да подмире неке специфичне потребе везане за рођење и школовање детета, болест или смрт члана породице, елементарне непогоде, набавке основних предмета у домаћинству, набавке неопходне одеће и обуће и сл. (чл. 77 г т. 1).

Саветовање и помагање у превладавању посебних тешкоћа је унутрашња стручна помоћ, чија је сврха успешније превладавање недаћа и тешкоћа, стварање услова за очување и развој персоналних могућности, као и одговорног односа појединца према самом себи, породици и друштву, коју пружају стручни радници центра за социјални рад.

Саветовање и помагање пружа се самцу или породици ради савладавања недаћа и тешкоћа у свези с болешћу, старошћу, смрћу члана породице, проблемима у васпитању деце, инвалидношћу, укључивањем у свакодневни живот након дужег боравка у дому социјалне заштите и/или дужег лечења, као и у другим неповољним околностима или кризним стањима и односи се на: вођење домаћинства, располагање новцем, организовано учење детета, набавку одеће, укључивање у јавне кухиње, клубове, проналажење посла, решавање проблема становања и друго. Помагање укључује правну и другу помоћ при закључењу односно раскиду уговора о доживотном издржавању и друге правне послове којима се појединцу и породици осигурава задовољавање животних потреба, ако правна помоћ није осигурана другим прописима.

Саветовање и помагање у превладавању посебних тешкоћа пружају стручни радници центра за социјални рад, по правилу у кући корисника и то бесплатно (чл. 77 и).

У Босни и Херцеговини помоћ осуђенику након отпуста из установе регулисана је Законом Босне и Херцеговине о извршењу кривичних санкција, притвора и других мјера, из 2005. године.²⁸ Правилима о кућном реду установе детаљније се регулише начин отпуштања и помоћ приликом отпуштања са издржавања казне затвора, као и друга питања важна за услове и начин извршења притвора и издржавања казне затвора (чл. 96). Помоћ затвореницима отпуштеним

27 *Zakon o socijalnoj skrbi*, Narodne novine br. 73/97, 27/01, 59/01, 82/01, 103/03, 44/06, 79/07 <http://www.zakon.hr/z/222/Zakon-o-socijalnoj-skrbi>, pristup: 9.8.2010.

28 *Zakon Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera*, „Sg BiH“, br. 09.03.2005. www.mup.vladars.net/zakoni.../Zakon%20Bosne%20i%20Hercegovine%20o%20izvršenju%20krivi... –pristup: 9.8.2010.

са издржавања казне затвора пружају надлежни органи, установе и друга правна лица, ради њиховог лакшег и бржег укључивања у редован живот на слободи. Помоћ подразумева, али се и не ограничава само на: изналагање привременог смештаја и обезбеђење исхране, неопходно лечење, изналагање нове средине у којој ће осуђено лице живети, помоћ у сређивању породичних прилика, у проналажењу запослења и завршетак започетог стручног оспособљавања и давање новчане помоћи за подмирење најнужнијих потреба (чл. 111).

У Републици Српској, питања постпеналне помоћи регулисана су Законом о извршењу кривичних и прекршајних санкција Републике Српске из 2001. године.²⁹ У Закону су, најпре, у одредбама о средствима за рад у установи, одређују средства за посебне намене, из којих се, између осталог, намирују и трошкови помоћи везани за отпуштање са издржавања казне затвора (чл. 67. ст. 2). После отпуштања осуђеном лицу се пружа потребна помоћ заједнице и установа и о томе ће се благовремено обавестити орган управе надлежан за послове социјалне заштите у месту пребивалишта, односно боравишта осуђеног. Осуђеном, који се отпушта из установе, надлежни орган социјалне заштите пружаће помоћ која је потребна ради његовог што успешнијег укључивања у живот на слободи (чл. 111).

Слично као и у Републици Хрватској и Републици Словенији, и у Босни и Херцеговини извесне норме из области социјалне заштите могу се применити и на пружање помоћи отпуштеном осуђеном лицу, приликом одређивања корисника социјалне заштите, као и облика, услуга и мера социјалне заштите.³⁰

У Републици Црној Гори регулисање постпеналне помоћи налази се у оквиру норми кривичног законодавства, и то у Закону о извршењу кривичних санкција из 1994. године.³¹ Ове одредбе налазе се у оквиру нормирања отпуштања осуђеног лица, при чему законодавац прописује да ако је осуђено лице, у време када се отпушта са издржавања казне, тешко телесно или душевно болесно и услед тога неспособно за путовање, организација ће га сместити у најближу здравствену установу ради лечења, а ако осуђено лице нема средстава да плати трошкове лечења, ове трошкове за први месец сноси организација (чл. 62 ст. 2). Такође, организација је дужна да утврди, пре отпуста осуђеног, да ли му је

²⁹ *Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske*, „SgRS“, број 64, од 17. децембра 2001. године www.mup.vladars.net/zakoni.../Zakon%20o%20izvršenju%20krivicnih%20i%20prekršajnih%20san...pristup: 9.8.2010.

³⁰ Видети опширније: *Zakon o socijalnoj zaštiti, civilnih žrtava rata i zaštiti porodica sa djecom* (Službene novine br. 16/2002) i *Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom Federacije BiH* (Službene novine бр. 36/99) http://www.disabilitymonitor-see.org/index.php?option=com_joomdoc&task=doc_details&gid=77&Itemid=pristup: 9.8.2010.

³¹ *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija*, „Службени лист РЦГ“, број 25/94 *Zakon o измјенама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција*, <http://balkanshumanrights.org/?p=250>, приступ: 12.8.2010.

потребна каква помоћ и о томе је обавезна да обавести орган управе надлежан за послове социјалног старања (чл. 64).³²

Право на једнократну новчану помоћ прописано је нормама из области социјалне заштите. Наиме, ово право може остварити породица или појединац који се, због посебних околности које утичу на стамбено, материјално и здравствено стање, нађе у стању социјалне потребе.³³

Кривично законодавство Републике Македоније такође експлицитно регулише право на постпеналну помоћ осуђеном лицу, и то нормама Закона о извршењу санкција из 2006. године.³⁴ Помоћ после отпуста представља збир мера и поступака који се примењују у циљу укључивања отпуштеног осуђеног лица у живот на слободи, а састоји се од: обезбеђивања смештаја и исхране, обезбеђивања лекова, савета за избор места пребивалишта односно боравишта, усаглашавања породичних доноса, проналажења посла, довршавања стручног оспособљавања, давања новчане помоћи за подмирење најнеопходнијих потреба, као и од других облика помоћи и подршке. Установа је обавезна да бар 3 месеца пре отпуштања осуђеног лица коме је потребна помоћ по изласку на слободу извести центар за социјални рад у месту пребивалишта односно боравишта осуђеног лица о дану када треба да буде отпуштено и које видове помоћи, који су му лично потребни, треба да добије, у циљу његовог успешног укључивања у живот на слободи (чл. 207). Уколико осуђено лице нема своју одећу или обућу, нити пак средства да их набави, установа му додељује одећу без накнаде (чл. 208). По отпусту из установе, осуђено лице може да се обрати судији за извршење санкција, у циљу добијања помоћи и подршке. Судија сарађује са центром за социјални рад, коме може, писаним решењем, наложити предузимање потребних мера помоћи из чл. 207.

Законом о социјалној заштити у Републици Македонији³⁵ регулисана су питања корисника социјалне потпоре, као и видова потпоре за појединце и породице у случајевима социјалног ризика и осталих ситуација социјалне искључености.

32 Видети оширније: Д. Јовашевић, *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција Републике Србије са судском праксом, пратећим прописима и регистром појмова и Закон о извршењу кривичних санкција Републике Црне Горе с пратећим прописима*, Службени лист СРЈ, Београд, 2000., стр. 406.

33 *Закон о социјалној и дјечјој заштити*, Службени лист Републике Црне Горе”, број 78/05 <http://www.minradiss.gov.me/biblioteka/zakoni>, приступ: 12.8.2010.

34 *Закон на извршување на санкциите*, Сл. Весник на Р. Македонија, бр. 01 од 09.06.2006. http://www.justice.gov.mk/UIS/ZAKONI/izvrsuvanje_na_sankcii.pdf, приступ: 12.8.2010.

35 *Закон за социјалната заштита*, “Службен весник на РМ”, бр. 79 од 29. јуна 2009.

<http://www.mtsp.gov.mk/?ItemID=58596FFAE257704BBF545EDD4B790749>, приступ: 12.8.2010.

Према Закону о извршењу кривичних санкција Републике Србије из 2009. године³⁶ лицу отпуштеном са издржавања казне пружа се неопходна помоћ ради његовог лакшег укључивања у живот ван завода (чл. 36). Завод је дужан да пре отпуштања осуђеног са извршења казне затвора, у оквиру програма поступања, утврди програм пружања помоћи након отпуштања. У остваривању пружања ове помоћи, завод сарађује са организационом јединицом у саставу Управе надлежном за третман и алтернативне санкције, органом старатељства надлежним према месту последњег пребивалишта, односно уколико осуђени није имао пребивалиште, према месту последњег боравишта осуђеног пре упућивања на извршење казне затвора, полицијом или одговарајућом организацијом или удружењем. Завод је дужан да пре отпуштања осуђеног о томе обавести полицију у месту пребивалишта, односно боравишта, као и суд који је изрекао казну затвора, док ближи пропис о припреми за отпуштање и помоћ након отпуштања доноси министар надлежан за правосуђе (чл. 174).

Влада Републике Србије донела је Стратегију за смањење преоптерећености смештајних капацитета у заводима за извршење кривичних санкција у Републици Србији у периоду од 2010. до 2015. године.³⁷ У Стратегији се, између осталог наводи и то да пробациона служба, на захтев јавног тужиоца или суда, доставља извештај о ризику,³⁸ способностима³⁹ и потребама окривљеног. Процентом потреба окривљеног/осуђеног утврђују се његове социјалне вештине, способност комуникације, могућност друштвено прихватљивог понашања у свакодневним ситуацијама, потреба за стручним усавршавањем, образовањем, психолошком, психијатријском, медицинском и социјалном помоћи.⁴⁰

36 Закон о извршењу кривичних санкција, "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 72/2009 И 31/2011

37 Стратегија за смањење преоптерећености смештајних капацитета у заводима за извршење кривичних санкција у Републици Србији у периоду од 2010. до 2015. године

http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, pristup 13.8.2010.

38 Процентом ризика утврђује се степен ризичног понашања окривљеног/осуђеног на основу његових психолошких, социјалних и здравствених особности, врсте и тежине извршеног кривичног дела, висине изречене казне, односа према извршеном кривичном делу и казни, раније осуђиваности, чињенице да ли се према њему води нови кривични поступак, понашања током ранијег издржавања казне и др.

39 Процентом способности окривљеног/осуђеног на интелектуалном, емоционалном и социјалном плану, утврђује се његова способност да усвоји нова знања и вештине и могућност да прихвати позитивне вредности и нове обрасце понашања.

40 Видети: Константиновић Вилић, С., Костић, М., *Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2011., стр. 37-39.

Законом о социјалној заштити⁴¹ у Републици Србији прописано је да је социјална заштита организована друштвена делатност од јавног интереса чији је циљ пружање помоћи и оснаживање за самосталан и продуктиван живот у друштву појединаца и породица, као и спречавање настајања и отклањање последица социјалне искључености (чл. 2). Сваки појединац и породица којима је неопходна друштвена помоћ и подршка ради савладавања социјалних и животних тешкоћа и стварања услова за задовољење основних животних потреба имају право на социјалну заштиту, у складу са законом. Права на социјалну заштиту обезбеђују се пружањем услуга социјалне заштите и материјалном подршком (чл. 4).

У наведеним одредбама позитивног законодавства земаља у окружењу и код нас уочљиво је да се у легислатури јасно разликују видови унутрашње и спољашње помоћи која се пружа осуђеном лицу, у циљу његове потпуне социјалне рехабилитације и реинтеграције у друштвену заједницу. Оба вида помоћи регулисана су кривичноправним нормама, као и нормама из области социјалне заштите и радноправног законодавства. Ипак, обликовање јавног мњења није само питање формално-правног регулисања, већ промена у ставу друштва према бившим осуђеницима. Још је у својим радовима из области криминалне политике М. Милутиновић изнео да „јавно мњење реагује негативно на савремене тенденције у пенитенцијарној пракси уопште, да нерадо гледа на многе корекционе третмане, на отворене установе и уопште на нове пенитенцијарне реформе“.⁴² Делинквент је своју прилику да живи друштвено корисним животом већ имао и није је искористио на прави начин. Отуда несхватање код већине становништва значаја даљег улагања државе у постпеналну помоћ, која стога у ретким случајевима функционише у задовољавајућем смислу и у потпуности на начин како је то прописано нормама позитивног законодавства савремених држава.

Закључна разматрања

Повратак осуђеног лица на слободу подразумева постојање четири димензије преласка „стазом“ из установе у друштвену заједницу. То су: личне особине осуђеника, породични односи, контекст друштвене заједнице и државна политика. Ове димензије нису статичне. Оне су утиснуте у животно искуство осуђеника/осуђенице у тренутку доласка у установу, допуњене боравком у затвору и промењене током времена.

⁴¹ Закон о социјалној заштити, „Сл. гласник РС“, бр. 24/2011

⁴² М. Милутиновић, *Криминална политика*, Савремена администрација, Београд, 1984., стр. 347-348.

Осуђеници, на путу ка својим домовима после отпуста, представљају обликоване/преобликоване особе, деловањем: сопственог делинквентног понашања, претрпљене виктимизације, радног искуства, менталног и физичког здравља, искуства стеченог боравком у затвору, као и својих тежњи, веровања и особина личности. У том смислу, породице и партнери могу пружити снажну подршку осуђенику у реинтеграцији, али, с друге стране, могу и омогућити и подржати настављање делинквентних активности или виктимизирајућег понашања или они сами могу постати жртве бившег осуђеника, не желећи да учине ништа у вези са њима након отпуста.

Ипак, научна и стручна јавност, посебно учешће политичара у формирању јавног мњења према питањима постпеналне помоћи, почели су релативно скоро да поклањају пуну, а не више спорадичну пажњу значају повратка осуђеника у заједницу. У САД, на пример, 2002. године влада је издвојила 100 милиона долара савезним државама за програме развоја постпеналне помоћи.⁴³

Преоптерећеност смештајних капацитета у затворима је једно од најважнијих и уједно најспорнијих питања примене ретрибутивне правде у савременом свету. Оно са собом повлачи неопходност разматрања, прописивања и примене других облика кажњавања, као и регулисање и примену свих пратећих манифестација условног отпуштања осуђеника. Управо томе је био посвећен и 12. Конгрес УН о превенцији злочина и кривичном правосуђу, одржан у Бразилу од 12-19. априла 2010. године.⁴⁴ С једне стране, истакнут је значај развијања инструмената за контролу преоптерећености завода, а с друге стране значај условног отпуста који подразумева ангажовање посебних тела за израду и спровођење плана помоћи отпуштеном осуђенику за налажење одговарајућег смештаја, на пример. На Конгресу је истакнуто да сваки индивидуални план мора да се сачини у сарадњи са центром за социјални рад. План треба да садржи начине обезбеђивања: исхране, смештаја осуђеника, карата за превоз, бесплатне правне помоћи, обуке за посао и сл. У читавом процесу, значајну улогу треба да имају грађани-волонтери, јер би њихово учешће у примени постпеналне помоћи значајно оснажило реинтеграцију осуђеника у друштво.

На европском континенту, државе чланице Савета Европе разматрају још једну важну улогу, овога пута државних органа, у целисходном приступу примене постпеналне помоћи. Наиме, уочено је да би улога судије за извршење санкција била од изузетног значаја, поготову у одређивању сарадње са центрима

43 Видети текст: Christy Visher, Jeremy Travis: "Transitions from Prison to Community: Understanding Individual Pathways",

http://www.caction.org/rrt_new/professionals/articles/VISHER-PRISON%20TO%20COMMUNITY.pdf, приступ: 19.8.2010.

44 Видети: Twelfth United Nations Congress on Crime prevention and Criminal Justice, Salvador, Brazil, 12-19 April 2010

<http://www.un.org/en/conf/crimecongress2010/pdf/pr100416-1.pdf>, приступ: 22.7.2010.

за социјални рад, приликом неопходног надзора над отпуштеним осуђеницима, код пружања постпеналне помоћи и код извршења алтернативних санкција.⁴⁵

Положај и надлежност судије за извршење санкција морају бити регулисани законом и организационо установљени као посебно одељење при судовима, уз неопходно помоћно особље. Судија би тиме своја надзорна овлашћења био обавезан чешће да примењује приликом посета заводима за извршење кривичних санкција институционалног карактера, а тиме и своју обавезу бриге и старања око положаја и статуса осуђеника; морао би залазити у детаље тешкоћа повезаних са ресоцијализацијом осуђеника, као и у односу на надзор условно отпуштених из завода и на контролу примене постпеналне помоћи.⁴⁶

Prof. Miomira Kostić, LL.D

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Darko Dimovski, LL.B

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Post-penal aid as a form of treatment and/or criminal-politic measurement
(extent and ways of its implementation)

Summary

In this paper, the authors explore the significance of applying post-penal treatment in the reintegration of the convicted person and preventing future delinquent behavior after the discharge from a penal institution. The concept of post-penal treatment has been observed in the context of a wider interpretation of the subject matter of penology and the overall validity of such an approach. The authors provide a historical overview on the development of this form of treatment, the related criminal policy measures and its current status. Further on, the authors have analyzed the legal solutions on post-penal treatment as envisaged in the national legislations of the neighboring countries, which used to be part of a single legal area as former members of the SFR Yugoslavia. Last but not least, the authors have pointed out to the necessity of regulating the position and competences of judges who are in charge of the execution of criminal sanctions in Europe.

Key words: *sanctions, post-penal treatment, parole, release.*

45 Оваква законска решења већ постоје у Хрватској и Македонији.

46 Видети: *Consultative Council of European Judges*, Strasbourg, 8 February 2010
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/OP_13_Question_FYROM.pdf, приступ: 22.7.2010.

ОД ИДЕЈЕ ПРИРОДНОГ ПРАВА ДО ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА¹

***Апстракт:** У раду се разматрају настанак, појава и даљи развој идеје о природним правима. На почетку, она је повезана са митовима и легендама античке Грчке, да би касније постала предмет интересовања филозофа. Разлог лежи у настојању да се покаже да закони полиса, касније државе у римском праву, нису правични, стога ни добри, јер не одговарају основним својствима човека - нису по његовој мери. Зато их треба мењати и прилагођавати потребама човека, али и његове заједнице. Идеја природног права се јавља као коректив важећем праву, због чега носи како морално-етички, тако и политички набој. Идеје нововековног природног права припремиле су преврат феудализма у капиталистички друштвени поредак. Међутим, учвршћивањем капитализма идеје природног права постају део важећег (позитивног) права. Тако се важеће право устаљује као правни поредак који се заснива на природним правима човека, као што су живот, слобода, својина. Незадовољство капиталистичким системом носиће неминовно, као и до тада, нове захтеве за новим, правичнијим правом и његовом заштитом на међународном плану. Настаје нова ера у развоју „природног” права путем међународних универзалних или регионалних декларација, конвенција и споразума. Међу њима за европске правне системе од посебног значаја је Европска конвенција о људским правима. Аутор разматра питање неопходности и новина у овој конвенцији.*

***Кључне речи:** природно право, важеће право, закони, филозофија права, Европска конвенција о људским правима.*

¹ Чланак је резултат рада на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правно простору, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046.

Увод

Писати афирмативно о основним људским правима, данас је готово улазница за прикључење највећем броју правних и других теоретичара који глорификују овај појам. Најјачи разлог за тако “јаку страну” људских права, свакако је њихово утемељење у међународним правним актима као што су конвенције са предзнаком универзалних, дакле важећих за цео свет. Ако се има у виду глобализација, као назив за све активности које се синхронизују на што већој територији човечанства, јасно је да су она обезбедила неповредивост од било кога. Што се тиче правне науке, она се приклонила вредностима основних људских права, као у време природних, светих и неповредивих права, озакоњених касније у кодификацијама 19. и 20. века. Поред тога, несумњиво залагање и теорије и праксе за остваривање људских права траје дуже од пола века, тако да она, на својој страни, имају и извесну традицију.

Промоцију основних људских права није омогућила само теорија која се њима бавила и пре њиховог “озакоњења” у Европској конвенцији о људским правима, већ и пракса која је у њима налазила непорециви аргумент за поступање, како у питањима која се тичу својине појединаца, али и у веома крупним питањима, као што су поступања државе у одређеним ситуацијама. Преокупација њиховим вредностима, које се изводе непосредно из људске природе, онемогућавала је било какву сумњу у читаву концепцију основних људских права. То је имало за последицу умањење критичког осврта теоретичара правне, филозофске или политичке мисли. Јер, основна људска права су постала универзална, важећа за све људе, која свој извор имају у човековој природи, па су и логички оправдана. Томе је највише допринело обележје да је реч о људским правима, чији је извор хуманост, као модеран и апстрактан израз тежње за једнакошћу и правичном поступању према сваком човеку, независно од националности, вере, пола, боје коже, језика, образовања итд.

Концепт гаранција и заштите основних људских права не представља корак уназад, он није ретроградан, али се не може сматрати готовом и савршеном формулом којом се решава све, како у свету, тако и у националним оквирима. Поготову, ако су основна људска права постала део важећих (законских) права, и као таква, могу бити и злоупотребљена, као, усталом, свако право. Када се вредност правила почне утврђивати из њих самих, онда престају идеали који су довели до њиховог озакоњења. Зато је потребно размотрити суштину концепта основних људских права са временске дистанце, разлоге за његово увођење, као и резултате који се њиме остварују.

Питања која су постављена су бројна и тешка. Она сигурно превазилазе оквире овога рада, али је довољно вратити се на почетке идеје природног права, која ће, пролазећи кроз разне варијанте, ношене различитим интересима, данас добити своју “савршену” форму у идеји људских права. Ми ћемо настојати да

укажемо на чињеницу да је концепт основних људских права настао из истих или сличних потреба као и концепт природних права и да носи сличну вредносну основу, али и све мане тог концепта, нарочито због његове апстрактности, какви су обично велики правни принципи. При томе, имаћемо у виду, пре свега, правну страну ових идеја (уколико је то могуће, будући да се право остварује у политичком оквиру и под његовим условима). Зато би било најзахвалније, ако је могуће, понашати се у складу са крилатицом Огиста Конта: *Je ne suppose rien, je ne prorose rien, j'écuse* (ја се не залажем низашта, ништа не предлажем, ја само излажем).

Идеје природног права

Појам природних права и права уопште среће се, као што је познато, још у античкој Грчкој. Тачније, неке представе о праву срећу се већ у грчким митовима. О томе сведочи прастарао грчко божанство *Тхемис*, као представа божанског права, која ће бити основа речи темељ, основ, нешто што се поставља, утемељује - пропис који утемељује свачије право и дужност пред ауторитетом.² Нешто касније, у први план избија богиња *Дике*, као заштитница, не само божанског, већ и земаљског права. Она представља људско право, којим регулише односе међу појединцима и племенима.³ У овим митовима се назире “двојност”, “двострукост” у схватању права, која ће остати изазов за сва времена и која је и данас основа за велика скретања у развоју права, зависно од одређених друштвено-историјских околности. О томе веома добро сведочи даљи развој права. Тако се, јачањем Грчке и ширењем њене моћи, јавља појам *номос* који савремено право преводи као “закон”. Суштина поретка “номос” је у моћи, сили да се успостави одређени поредак, против кога софисти (најпре Протагора) почињу борбу учењем о праву које настаје по мери човека.⁴ Софисти излазе са тврдњом да закон (номос) не може бити исти за све људе, да не може бити наметнут споља и да мора бити у складу са природом. Најважнији су природни закони, са којима важећи морају бити усклађени. Сматрам да су софисти (Протагора, Хипија и Тразимах), својим учењем о правима појединаца, а не полиса и колективне својине, ударили темељ каснијим теоријама о природном праву, индивидуалним правима и аутономији појединца.

Од тада развој појма права креће другом линијом; суштина права се тражи у људској природи, у којој је несумњиво правичност на првом месту. Природи човека одговара живот као појединца, али и у заједници, па се критеријум

2 Више о овоме у књизи Љ. Тадића, *Филозофија права*, Загреб, 1983.

3 Исто, стр. 27.

4 Протагора ће изговорити чувену мисао: “Човек је мера свих ствари, које јесу да јесу и које нису да нису“ - *homo mensura*.

праведности мора тражити у заједници. То је нарочито изражено у учењу Аристотела, који указује на двоструку природу човека, што захтева разликовање између правде и праведности.⁵ Природно право касније добија другачије објашњење, и у његовом средишту се налази идеја о јединству људске заједнице као целине, а природно право, као „закон света“ мерилом свих важећих закона (у стоичкој филозофији).⁶ Од стоика до Цицерона и позакоњења природних права у римско право, пут је био већ трасиран. Природни закони (*ius naturaе*) постају једини закони који су настали пре важећих, пре држава, јер су највиши ум, инхерентан људској природи. Природно право постаје ствар напора ума да посматрањем открије истинити закон, који је у складу са непроменљивом људском природом; оно је исходиште рационалне суштине човека. У тежњи ка универсализму, природном праву (касније важећем) од велике помоћи било је хришћанство својим основним схватањем о свету као јединственој творевини Бога. Све то је водило ка универзалној држави и универзалној религији, а све заједно - до деградације идеје о природним правима.

Поред неписаног, природног права, настаје и писано право, доносе се бројни закони (*lex*). Римско право са својим законима и судским одлукама, правним принципима, изрекама (сентенцама) постаје трајна грађевина европског писаног права, која је постала основа данашњих европских правних система. Писано право је скоро потиснуло обичајно право, које му је претходило или као што каже Радбрух, било припремна школа права и морала.⁷

Природно право, будући мудрошћу сазната људска природа, полако се претакало у законе, с намером да остану вечни и универзални. Од природе као критичког стандарда против свих оних који законима намећу терор и присилу, постојао је само корак до уверења да су природни, општеважећи принципи уграђени у законе и да их као такве никада не треба мењати. То најбоље илуструје тежња римског императора Јустинијана да целокупно римско право остане у корицама *Corpus iuris civilis*-а (грађанског законика).⁸ Имајући у виду снагу римске империје, филозофска уверења на којима је почивало римско право, етику и праксу римског права, „уливање” природног права у римско важеће право, може се с правом сматрати цивилизацијским напретком. О томе сведочи,

5 Отуда и разликовање на дистрибутивну (расподељујућу) и комутативну (изједначавајућу) правду.

6 То је онај закон на који се позива Антигона у намери да сахрани свога брата, упркос наредби Креонта да га остави изван градских зидина да га растргну грабљивице. Антигона не признаје Креонтове законе, већ оне вечите, божје законе, и своју побуну скупо плаћа; Креонт наређује да се жива сахрани .

7 Види, Г. Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, 1980. стр. 66.

8 Иза регула овог законика стајала је основна заповест: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere - iuris praecepta sunt* (Ulpinianus-Д.1, 1, 10,1). Поштено живети, другога не вређати, свакоме признати оно што му припада.

не само његово важење за време римске империје, већ и његова постојаност до дана данашњег. Јасно је да је римско право у своја правила уградило много вредности којима је омогућен опстанак и развитак појединаца у заједници; речју, у много чему писано римско право било је по мери човека, “природно право”. Важеће право било је адут појединаца; сва њихова права била су записана, и нико се више није могао позивати на неку идеју природног или божанског права. То је била улазница за једнакост и слободу, вредности које ће касније стати у прве прогласе Универзалне декларације о људским правима, Декларације о правима човека и грађанина, а посебно у Европску конвенцију о људским правима. То су вредности са моралним и етичким потенцијалом.

Међутим, пропаст римске државе и права, као и неуспешни покушај његовог одржавања кроз византијско царство, однели су са собом и све тековине теорија о природном праву које су се завршиле у римском праву, као највећем споменику важећег права у старом веку. Феудални средњи век, у коме доминира црква и хришћанско учење о свету, могао је само да понуди право које је против државе, и свега световног и овоземаљског, а у сагласности са учењем цркве и религије. Ту су корени свих даљих сукоба око превласти између цркве и државе. Иако се хришћанско учење, нарочито зрелога доба, окреће Аристотеловом (античком) учењу, у њему преовлађује догматизам; схоластичка филозофија није могла да помири идеје о природном рационалном и вечитом божјем праву. Божји закон (*lex divina*) је вечити закон који управља свим бићима и стварима, дакле, односи се на целу природу. Тома Аквински ће тврдити да је суштина човекове природе у његовом унутрашњем моралном бићу и да не може бити регулисана људским законима, већ само божјим. Човекова природа се мора ускладити са божјим законом; ако неки закон није у складу са божјим, јер не поштује човекову моралну унутрашњу природу, треба га мењати. Настаје канонско право.

Али, у крилу самог схоластичког учења, рађа се клица новог природног права. Универзализам, који католичка црква позајмљује од бога, полако се растаче пред идејом о појединцу као вредности независно од његове духовне утемељености у Богу, с идејом да је човек бог на земљи. Општост укорењена у хришћанству постепено ће, под утицајем идеја хуманизма и ренесансе, слабити, а на значају добија човек, као и његове творевине - закони. Једна идеја, која потиче из протестантизма, нарочито је значајна за каснији индивидуалистички приступ праву, нарочито једном правном принципу - принципу аутономије воље. То је схватање човека као појединца који сам гради своју судбину, остварујући на тај начин наклоност бога. Средњовековна теолошка учења, као и либерална филозофија 17. и 18. века, постепено су водиле у век индивидуализма и природних субјективних права. Поновно оживљава идеја о потреби да се закони покоравају природним законима; природни закони нису ништа друго до систем индивидуалних права, јер припадају појединцима и проистичу из њихове природе.

Нови „пројекат“ природних права настаје под друкчијим околностима. Најпре ту је филозофија рационализма (мислећег субјекта), затим развој природних наука, стварање националних држава, откриће Америке; стварају се услови за почетак капиталистичких друштвених система. Велики замах таквим настојањима дала је либерална филозофија, у различитим варијантама (Томас Хобс, Џон Лок, Жан Жак Русо), својом тврдњом да су људи пре ступања у друштво живели у природном стању и неограничено слободни. На преношење одређених права на државу (уговором) натерала их је потреба за обуздавањем и ограничавањем ради живота у заједници (будући да је људска природа склона сукобу).⁹ Међутим, нека права никада нису пренели на државу, као што су право на живот, слободу и својину. И, као што смо већ рекли, био је то довољан потенцијал за Декларацију о правима човека и грађанина у време француске буржоаске револуције, односно Америчке декларације о независности и Акта о правима (*Bill of rights*).

У либералној и рационалистичкој филозофији, уопштено посматрано, издвајају се два појма, најпре као природна права, која ће представљати угаони камен европских правних система, а то су својина и субјект. Својина се још од римског права сматра апсолутним и неограниченим правом појединца које му обезбеђује природну независност. Она је укореењена у човековом природном настојању за поседовањем (*amor habendi*). Зато мора бити гарантована свим појединцима, као основно, свето и неповредиво грађанско право. Сви правни системи касније ће имати право својине, тачније приватне својине, у свом средишту. У Декларацији о правима човека и грађанина приватна својина је проглашена за природно, свето и неповредиво право грађанина и човека. Приватна својина постаје чувар слободе, као основног човековог својства, од одузимања или ограничавања, како од стране других појединаца тако и од стране државе. Укореењује се схватање да својина може најбоље остварити своју улогу само ако буде поштована и од других власника, као и од јавне власти.¹⁰ Заокретом од спољашњих твораца права, као што су природа или Бог, ка појединцу као активном субјекту у настанку права (човеков ум је законодавац), ствара се простор за признавање субјективних права. Признавањем субјективних права треба уклонити разликовање између природног и важећег права. За тај заокрет заслужни су Кантов рационализам и Хегелов идеализам. Кант учи да се „грађанско стање“ постиже законима и законодавној власти даје најважнију улогу. Истина, она мора поштовати људску слободу, једнакост и самосталност појединца, а ови природни закони могу се остварити гаранцијом слободе и приватне својине.

⁹ Прве идеје о природном стању људи срећу се још код Сенеке, при чему је оно услов мира међу људима.

¹⁰ Тако схватање је основа крилатице *Laissez faire, laissez passer*.

Поред приватне својине као економске основе слободе појединаца, модерно природно право је у само језгро субјективних (законских) права увело још један појам, а то је појам правног субјекта. Чувена Хегелова крилатица „Буди особа и поштуј друге као особе“ направила је револуцију у праву. Иако је и ова идеја зачета много раније, код Хегела је добила тумачење које ће највише одговарати каснијим законодавцима европских правних система.¹¹ Правни субјекат настаје тек онда када појединац постане свестан себе као појединца, али и као апстрактног појма. Зато се појам правног субјекта сматра најзначајнијом тековином правне цивилизације, произашлом из филозофије права. Правни субјекат је најважнија вредност у праву, јер је израз читавог система вредности из кога је проистекао. У идеји правног субјекта садржана је сврха целокупног права, и то не изведена из емпирије, већ као „мисаоно нужна и општеважећа; јер правни субјект је биће на које једно одређено, историјски дато право гледа у смислу једне самосврхе“. Такво одређење појма правног субјекта омогућава једнакост свих лица, јер се она не могу „међусобно сврставати по значењу и вредности“. Правни субјекти су и богат и сиромашан, и поверилац, и власник, и компанија и удружење. Када се човек посматра као крајња сврха правног поретка, онда „индивидуа без индивидуалности и није ништа друго до индивидуализована људска слобода“, а тиме је у исти мах утврђена и једнакост свих индивидуа.¹² Признање правног субјективитета подигнуто је на ранг општег принципа. Пре тога постојали су слободни људи и робови, грађани полиса, припадници нације, нпр., Грци или Римљани, које хришћанство изједначава помоћу Бога (помоћу духовне једнакости), а либерална и рационалистичка филозофија - увођењем на велика врата општи појам човека. Касније ће то бити основа настанка концепције о основним људским правима и њиховој заштити на међународном плану.

Међутим, пре него што пређемо на зачетке овог учења, потребно је да се осврнемо на претварање теорије о рационалном природном праву у законско или важеће право. Наиме, два најзначајнија природна права или својства човека, својина¹³ и субјективитет, завршила су у основе законодавства с почетка 19. века (*Code civil*), али и осталих грађанских законика донетих после њега, кроз читав 20. век, односно у законима којима се регулише целокупан човеков живот. Она се реализују у односу са другима; право својине, штавише, овлашћује власника да од коришћења и располагања са ствари искључи сва трећа лица. Гарантује се размена добара на основу уговора, али и тестамент као форма за обезбеђење породице и после смрти титулара имовине. Учвршћивањем капиталистичког

11 На универзални значај појединца указало је још хришћанство, али се тек у уговорном односу стране понашају као самосталне личности, којима материјалну снагу даје својина (омогућавајући им обострано признање субјективитета).

12 Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, Нолит, 1980.

13 Својина се сматра божјим даром и основном чињеницом људског живота. Види, М. Вилеј, *Le droit et les droits de l' homme*, Paris, 1983.

друштвеног поретка и стварањем националних држава, нарочито у Западној Европи, закони постају једина филозофија права. Закон постаје средство у рукама творца институција и владара. Прича о природним правима приводи се крају. Цереми Бентам је иначе природна права сматрао „нонсенсом, шепурећим нонсенсом, веровањем у чаробњаке, јер нема тог права које, уколико је његово укидање пожељно са становишта друштва, не би требало укинути.“¹⁴ Правна наука овај период у развоју филозофије права назива правним позитивизмом. Идеје о томе шта право треба да буде утихњују, јер је право оно што јесте у законима. Закон је једини прави извор права и изван њега нема другог важећег права. Више нема ни речи о вечитим, неотуђивим и апсолутним, природним, божјим или умним правима.¹⁵ Свођење права на закон, довело је до правног монизма; право је само оно што законодавци и судије прогласе за право. Ово учење је основа западног европског права. Принцип легалности гарантује формалну једнакост свих субјеката, тако да су задовољене основне тежње природноправних учења о гарантовању основних људских својстава у свим јединкама. Правно посматрано, ово начело гарантује да појединци својим понашањем не могу онемогућавати или ограничавати слободу другог, јер сви морају поштовати исту такву сферу слободе и својине другог.

Правни позитивизам је, упркос закону као последњем изиходишту правне науке, довео до настанка неколико школа, које су се кретале само у том кругу - у оквирима које пружа правна норма. У тражењу суштине субјективних грађанских права, која су највидљивија творевина природних права, настаје бројне теорије. Тако ће тзв. вољне теорије (у Немачкој њихов представник је Виндшајд), суштину субјективних права тражити у моћи воље појединца признатој од стране објективног права (дата законима), док ће интересне теорије (Јеринг) тврдити да су субјективна права правно заштићени интереси итд. Неке од њих су од правне теорије захтевале да право посматрају само као скуп правних норми уређен по хијерахији, при чему свака норма проистиче из више; субјективна права су систем правних норми (Келзен, школа чистог права - *reine Rechtslehre*).

Незадовољство позитивним правом натерало је неке правне теоретичаре да суштину права поново почињу да траже изван правних норми, у неким

14 Цит. по: Костас Дузинас, *Људска права и империја (политичка филозофија космополитизма)*, 2007, стр. 44.

15 У савременој правној теорији се међутим спорадично јављају критике правног позитивизма. Истиче се да појединци могу имати и права изван оних створених правним нормама, али оне нису широко прихваћене. Тако се у наведеној књизи Дворкина истиче да појединци могу остварити извесна права на основу судске одлуке и када се чини да то није могуће на основу закона. Истиче се и велики утицај Дона Ролса, по коме осећање правде претпоставља да људи поседују права и да је једно међу њима и основно, чак аксиоматско, право на једнакост.

вредностима којима ће се осујетити злоупотреба закона, али ова настојања нису досегла „висине“ природноправних учења које је угушио правни позитивизам. Тачније, јављају се покушаји да се праву да̂ неки дубљи смисао од оног који се приказује у правним нормама. Тако, Радбрух тврди да људски ум не може сазнати апсолутну истину, нити да постави апсолутне вредности. Зато се морају уважавати сви покушаји објашњавања, схватања и вредновања права (филозофија релативизма). Поред проучавања прописа ради примене на поједине случајеве, правна наука мора тежити сазнању вредности које се остварују законима; важно је вредновање права. Све то Радбрух објашњава учењем да је право културна појава, која у себи обједињује посебне циљеве и идеале што бољег уређења живота појединаца у друштву. Она представља идеју правде, коју треба уобличити у оквиру формалних одредаба - прописа.¹⁶ Право је она стварност чији је смисао да служи правној вредности, идеји права. Појам права је, дакле, „усмерен на идеју правде“.¹⁷ Нажалост, Радбрухово учење представља само подсећање на опште принципе права, али приближавање старом *ius gentium*-у, или оним природним правима који би ујединили човечанство, постављајући право на за све задовољавајући основ, није постало стварност.

Основна људска права

Признавањем правног субјективитета као самосвести о себи, као и права приватне својине као темеља грађанског друштва, остварени су идеали нововековног учења о природним правима. И правни субјекат и приватна својина постали су основе приватног права. Међутим, правни субјекат добија своје место и у јавном праву, иако је ту тешко објаснити његову основну функцију. Зато се постепено правни субјекат почиње схватати као пука правна конструкција за коју се везују сва права, приватна и јавна. Тако посматрано, појединац, као физичко лице, може бити субјекат како јавног – националног, тако и међународног (преко државе) права. Сада грађанин, Немац, Француз, Грк, постају правни субјекти, сви у националним оквирима, али и субјекти међународног права. Правни субјекат правног позитивизма постаје највиша апстракција, која губи везу са појединцем физичким лицем, његовим вољним елементом да слободно ствара правне односе.¹⁸ Тако испражњено право, могло је бити резервоар који се може пунити различитим садржајима, наравно, по замисли оног у чијим рукама је моћ.

Поновно враћање на природна права, на проблем Антигоне, настаје у вези са Нирнбершким процесом, односно суђењем пред трибуналом у Токију,

16 Више, Г. Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, 1973.

17 Оп. цит. стр. 44.

18 То се најбоље види на примеру Келзеновог учења, по коме појам правног субјекта и није нужан, он постаје само „тачка урачунавања“.

када је требало осудити ратне злочинце за злочине против мира и човечности. Наиме, злочин против човечности, за који су суђени ратни злочинци у Другом светском рату, нису били предвиђени ни правилима националних права, ни међународним правом, па је требало правну изреку *nullum crimen sine lege* тумачити у непозитивистичком смислу. Био је то чисто позитивистички приступ решењу овог питања (укључујући и захтев за примену ретроактивног дејства закона). Ипак је истакнуто да су почињени злочини противни универзалним принципима хуманости и да морају бити кажњени упркос важећим законима.¹⁹ Индивидуална кривична одговорност пред међународним судом отворила је пут ка заштити појединаца, али је водила и ка слабљењу државног суверенитета.²⁰ Поново је отворено питање постојања природних права, овога пута под називом људска права. Настају различите генерације људских права: прва, у коју спадају грађанска и политичка (тзв. негативна права), друга, економска, културна и друштвена права (тзв. позитивна права) и трећа, групна права (права националног суверенитета и заштите околине). Она се штите бројним конвенцијама, декларацијама, уговорима и споразумима, и на различитим нивоима, од Уједињених нација до разних регионалних заједница и тела, Савета Европе итд. Признавање и заштита основних људских права се јавља као последње уточиште, за које се сматрало да може представљати систем природних права, датих једном и заувек, који нико никада касније неће моћи негирати. Трагање за неким задовољавајућим смислом права, који би помирио и природу појединаца и његове потребе и опстанак у заједници, доводи до „ренесансе“ теорије природних права, али сада у једној другој форми. Овога пута не ради се о враћању на неке конструкције које смисао права изводе из људске природе, из разума (могућности људског ума да сазна своју природу и, у складу с тим, створи правила свог понашања), већ он лежи у „консензусу цивилизованог човечанства“.²¹ То би значило да судови свих националних правних система признају основне правне принципе којима се штите људска права, слобода, живот, својина и сл. Требало је установити наднационални правни систем који може бити брана од кршења основних права појединаца и група у случајевима када за то нису довољне националне уставне и друге правне гаранције. Ова схватања су се позивала на холокауст и злочине у Другом светском рату, као и на политичке прогоне у СССР-у за време Стаљина.

19 Више, К. Дузинас, оп. цит. стр. 45 и 46.

20 Исто, стр. 46.

21 Ову формулацију користи Перелман, иако у свом делу *Право, морал и филозофија*, смисао права и презир према позитивном праву налази у новој реторици, односно у теорији аргументације, која је веома компликована за објашњење на овом месту. У основи, Перелман се залаже за принцип праведности, јер истиче да није циљ у оправдању основних принципа, већ у њиховој интерпретацији у конкретном случају. „За правду вреди само одмеравање“ (стр. 16).

Али, како доћи до споразума човечанства о људским правима и штитити их када је свет, у време идеја о међународном акту у коме су она садржана, као и данас, веома подељен? Један део света био је за економска и социјална права (СССР), либерали за права којима се ограничава држава и њен утицај на економију итд, при чему су сваки са свог аспекта, ради својих интереса, аргументовали своје ставове. Запад је говорио о слободном тржишту, као највећој правди и правичности, а Исток (СССР) о потреби заштите социјалних и економских права. Аргументација је, углавном, долазила из идеолошке матрице. Није било сагласности ни о могућности гарантовања и заштите људских права једним правним актом. Чини се да је жива била само намера да се људска права штите на међународном плану, будући да се национална заштита сматрала недовољном. На другој страни, међународни правни поредак је у супротности са принципом националног законског суверенитета, као најважнијим извором државног суверенитета. Међутим, точак је покренут и међународно право ступа на сцену, овога пута под видом хуманитарног права. Основна људска права постала су главна мантра влада и њихових тела бројних земаља; захтева се њихова кодификација међународним правним актима. Истовремено се указује на бројна кршења људских права, што додатно убрзава процес стварања наднационалног права, без изричите сагласности националних права. Националне кодификације биле су дело националног законодавца и усмерене на заштиту појединаца, међународне конвенције су дело међународних организација, усмерене против влада и држава које повређују права појединаца и њихових група.

Најзначајнији међународни правни акт којим се најцеловитије гарантују и штите основна људска права јесте Европска конвенција о људским правима (ЕЦХП), донета 4. новембра 1950. г. у Риму. Донета је на основу споразума чланица Савета Европе (потписница), полазећи од Универзалне декларације о људским правима коју је донела Генерална скупштина Уједињених нација 1948. године. У преамбули се, поред осталог, истиче да доношењем ове конвенције чланице-потписнице потврђују дубоку веру у оне слободе које су темељ правде и мира у свету и које се најбоље одржавају стварном политичком демократијом и заједничким схватањем и поштовањем људских права. У другом делу Конвенције се установљава и Суд за људска права, да би се обезбедило поштовање обавеза из Конвенције и протокола који чине њен саставни део. Попут Декларације о правима човека и грађанина из 1791. г, Акта о правима и Универзалне декларација о људским правима, Европска конвенција о основним људским правима садржи сличан морални и хуманитарни набој, који се среће у учењима о природним правима, нарочито оних која појединца, његов разум и вољу, стављају у први план, и која ће касније постати окосницом европских кодификација; будући да су откривена савршена истина, природна права су преточена у непорециве и најправедније националне уставе, грађанске и остале законе. Принцип једнакости не остварује се више појмом правног субјекта, који је

појам националних права, већ појмом човек који је део људске врсте, космополита. Исти је случај и са својином, коју више није довољно штитити уставом, као највишим правним актом и грађанским законима, већ се Конвенцији додаје и Протокол 1. Чланом 1. Протокола, сваком физичком и правном лицу гарантује се право на имовину. Они могу бити лишени имовине само у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. У Конвенцији су се као неком исцрпном уставу нашла бројна права и слободе: право на живот, забрана мучења, ропства, принудног рада, право на слободу и сигурност, право на правично суђење, право на поштовање приватног и породичног живота, гаранције слободе мисли, савести и вероисповести, слободе изражавања, окупљања и удруживања, право на делотворан правни лек, забрана дискриминације, забрана злоупотребе права итд. Правима и слободама заштићена је целокупна човекова личност. Чини се да мимо Конвенције није остао ниједан део човекове личности који би могао бити повређен, а да се не може штитити Конвенцијом. Поред тога, од потписивања Конвенције 1950. г., додат је један број протокола који се сматрају њеним саставним делом, у којима је додат још велики број права и забрана или поступак за њихово остваривање. Један број тих права тиче се образовања, права на слободне изборе, слободе кретања, забрана протеривања држављана своје државе, групног протеривања странаца, а нарочито се истиче група права у казненом поступку и у вези са смртном казном.

Непотпуно набрајање права и забрана повређивања одређених права из Европске конвенције о људским правима показује њен домашај, који је превазишао све до сада познате декларације, конвенције и споразуме. Конвенцијом су обухваћена права, односно забране кршења одређених права, које су се традиционално налазиле у нормама устава, грађанских и кривичних закона. Њиховим обухватањем једним актом, Конвенцијом, створен је привид о човеку као мери свих ствари. То је Конвенцији дало привид најопштијег људског закона, који као такав мора бити поштован од стране свих држава и појединаца. Непоштовање би морало повући осуду скоро целог човечанства. Конвенција је стала на место свих, у ратовима и сукобима међу државама, као и у прогањању појединаца, истрошених општих правних принципа у којима су садржани дотадашњи појмови правде, морала и етике појединаца, нација и држава. Тако се људска права јављају „као узвишени производ историје идеја“, а историја као „прогресивни марш свеосвајајућег ума, који брише грешке и савладава предрасуде“.²² Коначно је сазната целовита природа човека, као људског бића и преточена у права и забране од повређивања бројних људских слобода, којима се гарантује њено остваривање. Ово уверење потхрањује и чињеница да иза Конвенције не стоји ниједан суверен, ниједна држава, већ велики број држава,

22 К. Дузинас, оп. цит. стр. 52.

њихов споразум о заштити права појединаца, када су прогоњени од стране других појединаца или држава, влада, суверена итд.

Иако велики број држава-потписница из 1950. г., као и бројних земаља које су каснијом ратификацијом Конвенције прихватиле њену примену, представља значајну гаранцију ефикасности заштите људских права, чини се да се Конвенција о људским правима може користити и ради остваривања циљева оних земаља-потписница које су економски доминантне. Ово утолико пре што су Конвенцијом обухваћена не само приватна, већ и политичка права; сва права појединаца на основу својства човечности, постала су нормативни извор права који је Конвенција само признала. Основна људска права у Конвенцији одређена су дефиницијом човека.

На другој страни и имајући у виду велики број људских права, правна наука је добила нову, посебну правну грану - „Хуманитарно право“, са веома разгранатим садржајем. Она је почела проучавати њен историјат, садржину права, вршити њихову класификацију итд. У реалности, с позивом на Конвенцију, државе могу бити санкционисане за повреду људских права, док је кршење људских права читавих група међународна заједница санкционисала и војном интервенцијом. Борба за поштовање људских права, правду и правичност, демократију завршена је нормативно, као и тежње за поштовањем природних права. Оно што даље следи јесте борба за ограничавањем моћи субјеката који ове вредности тумаче и у свом интересу. Ради се о претварању идеје о једнакости међу људима и народима (државама) у стварност. Али, то није лако остварљив циљ. Правна наука у томе може унеколико помоћи, критичким односом према важећем праву (конвенцијама, декларацијама, споразумима) и указивањем на његову сенку, природно рационално право једнакости, правде и правичности.

Prof. Radmila Kovačević- Kuštrimović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

From the Idea of Natural Law to the European Convention of Human Rights

Summary

The philosophy of law was originally rooted in myths and legends which gradually gave way to religion, customs, ethics and the law. The concept of natural law (lex naturae) was first introduced in Ancient Greece. The idea of natural law was the subject matter of the Sophist philosophy, where it was perceived as a critical counterpart of customs and legal rules. Being perceived as the eternal law (lex aeterna) entailing the wisdom as the governing principle that rules the world, natural law was the cornerstone of Roman law, alongside with the idea of universalism which was assumed from the unique nature of man as a human being. Later on, this idea was reinforced in Christianity, where it was embodied in the learning that God is the creator of the eternal law which applies to all people alike and which all legal rules and customs have to be in line with. However, apart from the idea of the divine law (jus divinum), the medieval Christianity eventually generated the idea of natural laws as guarantees of the individual rights, because they perfectly corresponded with the natural characteristics of man as a human being. Natural law is regarded to be the right of individuals as perceived by the human mind. It is a modern and rational law which places man in the middle of the universe and requires equality for all. In modern times, the nature of man is perceived as “a critical standard” within the natural law theory which may be used as the (legal) ground for instituting change in the existing legislation, introducing reforms in the state administration and introducing a new system of government. Man’s nature has become a concept embodying a revolutionary charge; as such, it was the source of many radical changes in Europe in the course of 19th and 20th century. Eventually, the principles of this rational and modern natural law theory have been established as universal and generally recognized principles, which were explicitly envisaged in the Declaration on Human Rights of Man and the Citizen and the Human Rights Charter. Consequently, the principles contained in these legal documents were used as slogans in many middle-class (bourgeois) revolutions as well as in the revolutions aimed at obtaining independence or creating an independent national state. Being in accord with man’s nature, the natural law principles contained in these declarations have become the constituent part of all European legislations.

However, the First and Second World War demonstrated the inadequacy, inability and insufficient capacity of national legislations to protect not only the human rights of an individual but also the human rights of entire nations, ethic and

minority groups (from the holocaust). Consequently, there was the need to establish a new legal order which would be based on new natural rights, which would depart from the normative framework of national laws and which would be protected by the international community. In due course, the international community adopted a number of conventions, declarations and agreements at different levels (both regional and global); one of the most significant documents for instituting a comprehensive and efficient system of human rights is the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). Although it incorporates the rights which are largely protected in national constitutions and legislations, the ultimate significance of this Convention is embodied in the “consent of the mankind” to protect human rights, irrespective of one’s nationality, gender, education, colour, language, etc. The European Court of Justice, which was established by this Convention, was obliged to protect human rights from being violated either by individuals, by State Parties (signatories) to the Convention or by the governments or rulers of a respective state.

Unfortunately, practice has shown that neither the freedoms, nor democracy, nor justice (all of which have been guaranteed by the Convention) can prevent the abuse of human rights; namely, calling upon the Convention, the State Parties may do great injustice to some nations or states. Where there is use, there is a fear of abuse.

Key words: *natural law, applicable law, laws, philosophy of law, the European Convention on Human Rights.*

Проф. др Љубица Николић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Мр Александар Мојашевић, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 336.711

КАКО ПРЕПОЗНАТИ ПОЛИТИКУ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ¹

Апстракт: Инфлација јесте пораст општег нивоа цена у привреди. Она је мањи или већи економски проблем у свим земљама. С обзиром на то да инфлација изазива бројне негативне промене у друштву, одржавање ниске инфлације јесте циљ носиоца економске политике широм света. У већини случајева узрок високе или дуготрајне инфлације је исти – раст количине новца у оптицају. Када држава креира велику количину националног новца, његова вредност опада. Када централна банка одлучи да промени понуду новца, она то може остварити путем: операција на отвореном тржишту, променом стопе обавезне резерве, и променом есконтне стопе. Праћењем активности централне банке можемо препознати њену тренутну политику, која може бити експанзивна а уједно и инфлаторна, или рестриктивна, којом се сузбија инфлација.

Кључне речи: Централна банка, монетарна политика, инфлација, инструменти контроле количине новца, монетарно предозирање.

Увод

Централна банка емитује готов новац. Почетна маса новца, коју емитује централна банка, назива се *примарним новцем*. Он се највећим делом састоји од готовог новца, али га чине и део новца државе, који она држи у депозиту код централне банке, слободна средства банака, која оне добровољно држе на рачуну код централне банке, обавезне резерве банака код централне банке, и хартије од вредности. Примарни новац чини почетну масу новца, која покреће цео механизам увећања или мултипликације новчане масе, путем банкарског система. *Централна банка пласира, односно емитује примарни новац, пре свега одобравањем кредита банкама и држави, куповином хартија од вредности, и откупом страних валута.*

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

Централна банка контролише понуду новца у привреди. Када централна банка одлучи да промени понуду новца, она то може остварити путем: операција на отвореном тржишту, променом стопе обавезне резерве, и променом есконтне стопе.

Операције на отвореном тржишту. Централна банка врши операције на отвореном тржишту када купује или продаје хартије од вредности, рецимо обвезнице. Да би повећала понуду новца, централна банка *купује* хартије од вредности на тржишту, које плаћа динарима, чиме повећава број динара у оптицају. Неки од ових убачених динара држе се као готовина, а неки се депонују у банке. Сваки нови динар, држан као готовина, повећава понуду новца, за тачно 1 динар. Сваки нови динар, депонован у пословну банку, повећава понуду новца, за више од 1 динара, зато што систем делимичних резерви омогућава да банке креирају новац.

Уколико жели да *смањи* количину новца у оптицају, централна банка *продаје* хартије од вредности на тржишту. Купци плаћају ове хартије од вредности својом готовином, или чековима, чиме се смањује износ новца у оптицају, односно он се задржава у трезору централне банке. Осим тога, пошто људи повлаче новац из банака, да би купили хартије од вредности, пословне банке имају мање депозита, мање новца пласирају, односно мање креирају новац.

Када појединци купују и продају хартије од вредности, новац мења власнике, али износ новца у оптицају остаје исти. Али, кад се као купац или продавац хартија од вредности појави централна банка, онда се тиме мења количина новца у оптицају. Операцијама на отвореном тржишту, централна банка може мењати количину новца у оптицају, у малом или великом износу, према потреби, релативно брзо. Овај инструмент монетарне политике најчешће се користи у развијеним привредама.

Обавезна резерва. Централна банка утиче на понуду новца и одређивањем стопе обавезних резерви, односно прописивањем минималног износа резерви, који банке морају држати. Обавезна резерва утиче на то колико новца банкарски систем може креирати. Повећање обавезне резерве, значи да банке морају држати више резерви и, стога, могу пласирати мање новца, који је депонован код њих, чиме се смањује понуда новца. Супротно томе, мања стопа обавезне резерве, значи мање новца у резервама, и више новца који банке могу пласирати, односно већу понуду новца. Међутим, ако су резерве ниске, у односу на депозите, може се јавити проблем неликвидности банака, и слабљења поверења у банкарски систем. Због тога, централна банка, приликом одређивања обавезних резерви, мора водити рачуна о сигурности банкарског система.

Есконтна стопа. Трећи инструмент, који централна банка може користити за регулисање количине новца у оптицају, јесте есконтна стопа, односно каматна стопа коју централна банка наплаћује пословним банкама, када им одобрава кредите. Пословне банке, којима недостаје новац, могу узимати кредите од централне банке. Када централна банка одобрава кредите послов-

ним банкама, повећава се количина новца у банкарском систему, и банкарски систем креира више новца.

Централна банка може мењати понуду новца, променом есконтне стопе. Виша есконтна стопа обесхрабрује пословне банке да се задужују код централне банке. Дакле, повећање есконтне стопе, смањује количину новца у банкарском систему, што смањује понуду новца. Супротно томе, нижа есконтна стопа стимулише задуживање пословних банака, код централне банке, повећава количину новца у банкарском систему и повећава понуду новца.

Операције на отвореном тржишту, обавезна резерва и есконтна стопа, јесу инструменти којима централна банка утиче на понуду новца. Међутим, централна банка не може у потпуности контролисати понуду новца.

Први проблем везан је за *однос готовине*, коју желе да држе привредни субјекти, *према депозитима* у банкама. Уколико привредни субјекти депонују у банке више новца, банкарски систем може креирати више новца. Супротно томе, уколико привредни субјекти мање новца депонују у банке, банкарски систем може креирати мање новца. Рецимо, када људи почињу да губе поверење у банкарски систем, они одлучују да повуку депозите из банака, и држе више готовине. Када се ово деси, банкарски систем располаже с мање новца, и понуда новца опада, без икакве активности централне банке.

Други проблем контроле новца везан је за понашање пословних банака. Када је новац депонован у банку, банка креира више новца, само када одобрава кредите. Банке могу смањити одобравање кредита, чиме централна банка не може бити сигурна колико ће новца банкарски систем креирати. На пример, уколико се банке суоче с проблемом наплате кредита, оне могу постати обазриве и одобравати мање кредита. У овом случају, банкарски систем креира мање новца, него што би иначе. Оваква политика банака смањује понуду новца.

Дакле, централна банка контролише количину новца у привреди, али она делом зависи и од понашања депонената и банака. Пошто централна банка не може контролисати ово понашање, она не може савршено контролисати ни количину новца у оптицају. Централна банка прикупља податке о депозитима и кредитима банака, тако да прати промене у понашању депозитара и банака. Она може, стога, реаговати на ове промене и држати понуду новца близу било ког изабраног нивоа.

Монетарно предозирање – узрок инфлације

Инфлација се мери стопом инфлације, која представља проценат повишавања цена између двају периода. Када централна банка значајно повећа понуду новца, резултат је повишавање нивоа цена, што сваки динар чини мање вредним. После убацивања новог новца, људи имају више динара. Овај вишак новца људи могу употребити за куповину роба и услуга, могу позајмљивати

другима, купујући обвезнице, или депонујући новац на штедни рачун у банци. Ово позајмљивање омогућава другим људима да купују робе и услуге. У сваком случају, убацивање новца у оптицај повећава тражњу за робама и услугама.

Понуда роба и услуга, међутим, није се променила. Производња у привреди детерминисана је расположивим реалним капиталом, људским капиталом, природним ресурсима и технолошким знањем. Дакле, већа тражња за робама и услугама, изазива пораст цена роба и услуга. Повишавање нивоа цена, за узврат, повећава количину траженог новца, зато што је људима потребно више динара за куповину роба и услуга. У складу с квантитативном теоријом новца, количина расположивог новца у привреди одређује вредност новца, а повећање количине новца главни је узрок инфлације. Милтон Фриедман је рекао: “Инфлација је увек и свуда монетарни феномен.”

Последице повећања понуде новца у привреди, можемо објаснити употребом квантитативне једначине.

Брзина оптицаја новца односи се на брзину којом типичан динар путује привредом, из руке у руку. Да бисмо обрачунали брзину оптицаја новца, делимо номиналну вредност производње (ниво цена \times друштвени производ) количином новца у оптицају. Ако је Π ниво цена, ДП (друштвени производ) обим производње, и $M1$ количина новца у оптицају, онда је брзина оптицаја новца (Б):

$$B = (\Pi \times \text{ДП}) / M1$$

Брзина оптицаја новца = (Ниво цена \times Друштвени производ) / Количина новца у оптицају

Једначину обрачунавања брзине оптицаја новца можемо написати, као:

$$M1 \times B = \Pi \times \text{ДП}$$

Количина новца \times Брзина оптицаја новца = Ниво цена \times Друштвени производ

Једначина показује да су количина новца ($M1$), пута брзина оптицаја новца (Б), једнаке цене производа (Π), пута количина произведених производа (ДП). Она се назива квантитативном једначином, зато што доводи у везу количину новца ($M1$) с номиналном вредношћу производње ($\Pi \times \text{ДП}$). Квантитативна једначина показује да се повећање количине новца у једној привреди мора одразити на једну од остале три варијабле: ниво цена мора расти, обим производње мора расти, или се брзина оптицаја новца мора смањивати.

Када централна банка повећава понуду новца, то се, пре свега, одражава на пораст цена роба и услуга. Више новца у рукама привредних субјеката, значи повећање тражње роба и услуга. С друге стране, производња роба и услуга у привреди (друштвени производ) првенствено је одређена расположивим производним факторима (реални капитал, људски капитал, и природни ресурси)

и расположивом производном технологијом. Повећана тражња роба и услуга, уз обим производње, одређен расположивим производним факторима и технологијом, доводи до повећања цена роба и услуга, јер се оне траже у већој количини, у односу на производне могућности привреде. Дакле, када централна банка повећава понуду новца, она тиме утиче на пораст цена. Значајно повећање понуде новца, доводи до високе стопе инфлације.

Квантитативна теорија новца тврди, да је пораст у понуди новца главни узрок инфлације, односно, цене расту када држава штампа превише новца.

Зашто централне банке, у многим земљама, штампају превише новца, када знају да тиме изазивају инфлацију? Одговор је да државе користе креирање новца за финансирање своје потрошње. Када држава жели да гради путеве, повећа плате државних чиновника, или трансферна плаћања сиромашнима и старима, она треба да обезбеди финансијска средства. Држава обично до ових средстава долази опорезивањем, и задужујући се, али она може финансирати своју потрошњу и једноставно штампајући новац, који јој је потребан.

Када држава штампа новац за финансирање своје потрошње, каже се да намеће инфлациони порез. Овај порез плаћају сви који држе новац, јер када држава штампа новац, ниво цена расте, а динар мање вреди. Штампањем новца, држава себи обезбеђује приход, али инфлациони порез плаћа читава привреда.

Инфлациони порез варира од земље до земље, и током времена. У време ратова, то је уобичајена појава. Држава има велике трошкове, недовољне пореске приходе, и ограничену могућност задуживања, због чега прибегава штампању новца. Обимно повећање количине новца, води високој инфлацији. Смањивањем државне потрошње, смањује се потреба за инфлационим порезом. У нашој земљи, инфлациони порез био је значајан извор државних прихода.

Тражња новца расте с повећањем реалног БДПа. Уколико централна банка повећава годишњу понуду новца, сразмерно расту реалног бруто друштвеног производа, онда раст у понуди новца обезбеђује стабилност цена. Овакав пораст понуде новца не изазива инфлацију, јер повећана понуда новца, и због тога повећана тражња роба и услуга, имају реално покриће у произведеним робама и услугама. Уколико централна банка повећа годишњу понуду новца, више него што је пораст вредности друштвеног производа, она тиме повећава агрегатну тражњу, више него што су повећане производња и понуда роба и услуга. Већа тражња роба и услуга, од њихове понуде, доводи до скока цена.

Последице инфлације

Инфлација је економска појава, која се често помиње у стручној и широј јавности, јер се сматра озбиљним економским проблемом. Ниска инфлација постоји када је годишњи пораст цена до 10%. Умерена инфлација постоји када је месечни пораст цена до 10%, а годишњи пораст цена до 100%. Висока инфлација

постоји када је месечни пораст цена преко 10%, и када укупни годишњи раст цена прелази 100%. Уколико стопа инфлације прелази 50% месечно, реч је о хиперинфлацији. Наша земља доживела је две хиперинфлације у својој блиској прошлости. Први пут у децембру 1989. године (хиперинфлација трајала је само један месец), други пут од фебруара 1992, до јануара 1994. године (хиперинфлација трајала је две године).

Да бисмо разумели последице инфлације, потребно је разликовати номиналне и реалне величине. Номиналне величине исказане су у новцу, док реалне величине показују куповну моћ номиналних величина. На пример, номинална плата радника исказана је у динарима, док је реална плата коригована за инфлацију, и показује куповну моћ номиналне плате, односно колико се роба и услуга може купити за динарску плату.

Када цене расту, сваки динар дохотка купује мање роба и услуга. Дакле, у условима инфлације, купцима је потребно више новца за куповину роба и услуга. У исто време, продавци роба и услуга примају више новца за оно што продају. Пораст цена роба и услуга прати пораст номиналних плата, што значи да, уколико плате расту процентуално исто или више од повећања цена роба и услуга, то неће смањити куповну моћ људи. Дакле, инфлација смањује куповну моћ једног динара, али сама по себи не смањује реалну куповну моћ људи.

Рецимо да је плата неког радника повећана за 10%, у току године. Уколико је стопа инфлације у тој години износила 8%, то значи да реално повећање његове плате износи само 2%. Куповна моћ овог радника није смањена, јер је његова реална плата порасла (процент раста номиналне плате - процент инфлације). Дакле, номинални дохоци, који држе корак с порастом цена, не смањују куповну моћ прималаца доходака. Међутим, номинални дохоци, који расту испод стопе пораста цена, смањују куповну моћ лица, која су их остварила.

Инфлација изазива бројне трошкове у привреди, од којих ћемо споменути само неке.

Расипање ресурса. Пораст цена и смањивање вредности новца, мењају понашање привредних субјеката, стварајући губитке читавом друштву. Пошто инфлација смањује реалну вредност новца, људи држе мање новца, и улажу га у имовину која мање губи на вредности у условима инфлације. Неки облици имовине добро подносе инфлацију, и њихова реална вредност се одржава (девизни депозити, на пример), док други облици имовине губе своју реалну вредност (динарски депозити, на пример). Када је инфлација висока и новац брзо губи вредност, људи су принуђени да брзо замењују свој новац за робе, или иностране валуте. Људи губе много времена на брзо улагање новца у сигурнију имовину, уместо да то време продуктивније употребе.

Инфлација дестимулише штедњу. Штедња је много мање атрактивна у привреди с инфлацијом, него у привреди са стабилним ценама. Разлог за то је, што динарски депозити губе на вредности, нарочито у условима високе

инфлације. Када цене расту, а куповна моћ новца опада, новац губи вредност. У таквим условима, новац треба улагати у залихе потрошне робе (брашно, уље, шећер, и слично), непокретности и девизне депозите. Ове инвестиције одржавају своју реалну вредност у инфлаторној привреди. Нагласимо да штедња у привреди обезбеђује средства за инвестиције, које су битни део дугорочног економског раста. Једно решење овога проблема, осим елиминисања инфлације, јесте прилагођавање каматних стопа на динарске депозите висини инфлације.

Трошкови промене цена. Промена цена роба и услуга повлачи додатне трошкове за предузећа, у виду губитка времена и издатака за: попис роба, нивелисање цена, штампање нових листа цена и каталога, и слично. У привреди с ниском инфлацијом, обично се врши годишња корекција цена, али висока инфлација, захтева чешћу корекцију цена, чинећи да трошкови предузећа значајно расту. У току хиперинфлације, на пример, предузећа морају мењати цене дневно, или чешће, како би задржала корак с порастом свих осталих цена.

Будући да промена цена захтева време, неки продавци повишавају цене брже од осталих, и ова разлика у ценама наводи потрошаче да много времена троше у потрази за јефтинијим робама.

Конфузија обрачуна. Новац је и средство обрачуна у привреди. Новцем се одређују цене и обавезе. Другим речима, новац је средство којим меримо економске трансакције. Када централна банка повећава понуду новца, и ствара инфлацију, она угрожава реалну вредност јединице обрачуна.

Када је инфлација висока, књиговође некоректно мере зараде предузећа. Пошто инфлација чини да динари у различито време имају различите реалне вредности, обрачунавање профита предузећа је компликованије. Инфлација отежава разврставање предузећа на успешна и неуспешна, због чега многи инвеститори одустају од планираног инвестирања. Она смањује инвестиције, јер су привредне активности изложене великим ризицима и неизвесним профитима. Инфлација омета финансијска тржишта да ефикасно алоцирају штедњу.

Редистрибуција богатства. Трошкови инфлације јављају се чак и ако је инфлација стална и предвидљива. Међутим, инфлација има додатни трошак, када долази као изненађење. Неочекивана инфлација прерасподељује богатство између становника, на начин, који нема никакве везе са заслугама.

Инфлација ствара корист онима, који дугују новац. У условима инфлације, расту номиналне зараде, тако да се кредити, чија је исплата у току, могу лакше отплатити. Рате остају исте, а зараде расту. Дакле, инфлација повећава богатство дужника. Док дужници имају користи у условима пораста цена, зајмодавци губе део богатства, јер им се враћа новац мање вредности од очекиване.

Неочекиване промене у ценама прерасподељују богатство између дужника и поверилаца. Хиперинфлација доноси корист дужницима, а ствара губитак банкама, зато што смањује реалну вредност дуга. Дефлација доноси корист банкама, на рачун трошкова зајмопрималаца, зато што она повећава реалну

вредност дуга. Ако привредни субјекти очекују инфлацију у будућем периоду, очекивана инфлација узима се у обзир приликом утврђивања номиналне каматне стопе на зајмове. Каматна стопа увећава се за износ очекиване инфлације. Губици зајмодаваца због инфлације надокнађују се увећаном каматном стопом, наравно, ако је увећање каматне стопе у складу с порастом инфлације. Али, ако је инфлацију тешко предвидети, то ствара ризик за зајмопримце и банке.

Када се социјална помоћ становништву, и пензије, усклађују са стопом инфлације, ове категорије становништва штите се од инфлације. И за многе врсте дугова утврђују се флукутирајуће камате, које се прилагођавају кретању инфлације. Тиме неподвижена инфлација доноси мање користи дужницима, и ствара мање губитке повериоцима.

Актуелна монетарна политика НБС

Основни инструмент који користи Народна банка Србије (НБС) ради регулисања количине новца у оптицају јесте *референтна каматна стопа*. Референтна каматна стопа примењује се у спровођењу двонедељних репо операција (операција на отвореном тржишту).² Она представља основу за одређивање каматних стопа по којима, у поступку спровођења монетарне политике, НБС *наплаћује* камату на кредите и остале пласмане, као и за утврђивање каматних стопа по којима *плаћа* камату на средства банака која се налазе на рачунима ове врховне монетарне институције. Рецимо, НБС наплаћује камату на кредите одобрене банкама, ради одржавања дневне ликвидности, на основу залог хартија од вредности, и то по каматној стопи у висини референтне каматне стопе увећане за 2,5 процентних поена.³ С друге стране, НБС плаћа камату на износ средстава које су банке депоновале код ње, по каматној стопи у висини референтне каматне стопе умањене за 2,5 процентних поена. Затим, НБС спроводи операције на отвореном тржишту искључиво својим хартијама од вредности. Тако је, 2011. године, НБС емитовала једну серију *благајничких записа*, укупне номиналне вредности од 500 милијарди динара, намењених продаји на отвореном тржишту. Укупна продаја хартија од вредности, у првих шест месеци 2011. године, износила је 802,8 милијарди динара, што представља повећање у односу на других шест месеци 2010. године (762,5 милијарди динара).

² Референтна каматна стопа, која је иначе подложна сталним променама, тренутно износи 10%. Према тачки 5. *Програма монетарне политике Народне банке Србије у 2011. години*, висина ове стопе ће се мењати на одржив, доследан и предвидив начин, зависно од економских кретања и пројекција инфлације.

³ Видети: *Одлука о каматним стопама које Народна банка Србије примењује у поступку спровођења монетарне политике*, „Службени гласник РС“, бр. 45/2011.

Ово повећање праћено је растом просечног стања у портфељу банака и то са 60,8 милијарди динара на 61,1 милијарди динара.⁴

Осим референтне каматне стопе, НБС примењује и друге инструменте монетарне политике, пре свега, *обавезну резерву и операције на девизном тржишту*. Наиме, на основу тачке 5. *Програма монетарне политике Народне банке Србије у 2011. години*,⁵ референтна каматна стопа представља основни инструмент за остварење циља утврђеног за инфлацију на средњи рок.

Поред референтне каматне стопе, предвиђено је да НБС користи и *све расположиве инструменте из своје надлежности за остварење тог циља*. Један од тих инструмената јесте и *обавезна резерва*. У 2011. години, стопа обавезне резерве која се примењује у нашој земљи одражава још *рестриктивнију монетарну политику* у односу на претходни период. Конкретно,⁶ на динарске обавезе са уговореном рочношћу до две године примењује се стопа обавезне резерве од 5 %, док се на обавезе са уговореном рочношћу преко две године примењује *нула стопа обавезне резерве*. С друге стране, на девизне обавезе са уговореном рочношћу до две године утврђена је стопа обавезне резерве од 30 %, а на обавезе са уговореном рочношћу преко две године стопа од 25 %. Такође, банке у динарима издвајају 15 % обавезне резерве у еврима обрачунате на обавезе са уговореном рочношћу до две године, док се на обавезну резерву у еврима обрачунату на обавезе са уговореном рочношћу преко две године примењује 10 % динарског издвајања. Дакле, зависно од рочности обавеза, примењују се *диференциране стопе обавезне резерве*. С тим у вези, из *Полугодишњег извештаја за 2011. годину* јасно се види⁷ да је у првих шест месеци 2011. године дошло до повећања обавезне резерве која се издваја у динарима и до смањења обавезне резерве која се издваја у девизама.

Када је реч о *операцијама на девизном тржишту*, у нашој земљи примењује се *режим руковођено пливајућег девизног курса* и то у складу са *Програмом монетарне политике НБС у 2011. години*. Такође, ради спречавања

4 Подаци су преузети из *Полугодишњег извештаја о монетарној политици, јануар-јун, 2011. године*, који је НБС поднела Народној скупштини Републике Србије, у складу са законски дефинисаном обавезом о подношењу полугодишњег извештаја до краја септембра текуће године (у даљем тексту *Полугодишњи извештај за 2011. годину*). Поред овог полугодишњег извештаја, НБС је дужна да подноси Народној скупштини РС и *Годишњи извештај о монетарној политици*, уз образложење свих фактора који су утицали на спровођење монетарне политике, најкасније до 30. јуна наредне године. Видети: чл. 71. ст. 2 и 3. *Закона о Народној банци Србије*, „Службени гласник РС“, бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – други закон и 44/2010.

5 Монетарна политика за 2011. годину заснива се на два документа која су усвојена од стране Монетарног одбора НБС. Реч је о *Меморандуму Народне банке Србије о монетарној стратегији* од 22. децембра 2008. године и *Меморандуму Народне банке Србије о циљаним стопама инфлације од 2010. до 2012. године* од 14. децембра 2009. године.

6 Подаци преузети из *Полугодишњег извештаја за 2011. годину*, стр. 6.

7 Видети: *ibid.*

претераних дневних осцилација курса на девизном тржишту, стимулисања обима промета, као и у случају угрожености финансијске и ценовне стабилности, НБС је овлашћена да *интервенише* на девизном тржишту. С тим у вези, током 2011. године, НБС је банкама продала 30 милиона евра, односно од банака купила 45 милиона евра. Ова институција интервенисала је једном током 2011. године на девизном тржишту, у јануару месецу, и то *купувином пет милиона евра*. Друга интервенција, али *продајом 30 милиона евра*, уследила је у јуну 2011. године, првенствено због несташице евра која је генерисана дужником кризом у еврозони, као и услед утицаја других фактора (повећања премије ризика земље и друго).⁸

Гореспоменуто повећање референтне каматне стопе, као и промена регулативе о обавезној резерви банака – као две полуге рестриктивне монетарне политике, утицало је на благо повећање вредности динара у односу на евро у односу на претходни период. Просечна номинална апresiasiја динара у првих шест месеци 2011. године износила је 2,5%.⁹

Индекс монетарне слободе Републике Србије према методологији Херитиџ фондације

Према најновијем извештају о стању економских слобода у свету из 2011. године,¹⁰ Србија не стоји баш најбоље, упркос томе што је, попут Бугарске, Молдавије, Пољске и Литваније, забележила одређено побољшање на плану структурних реформи система, пре свега у виду снижења пореских стопа, поједностављења законске регулативе, итд.¹¹ Наиме, према индексу економских слобода из 2011. године, а који се састоји од десет компоненти: слобода отпочињања посла (бизниса), слобода трговања, фискална слобода, државно трошење, монетарна слобода, слобода инвестирања, финансијска слобода, заштита својинских права, заштита од корупције и слобода рада, наша земља налази се на *101. месту у свету*. Упркос томе што је побољшала свој скор за *1,1 поен* у односу на 2010. годину, због умереног побољшања шест од десет

8 Видети: *ibid.*, стр. 6–7.

9 Овоме треба додати и смањење премије ризика наше земље, као и повећање портфолио инвестиција током 2011. године, који су деловали у правцу јачања вредности динара у односу на евро. Видети: *ibid.*, стр. 6.

10 Видети: Ambassador Terry Miller, Kim R. Holmes, Anthony B. Kim, Bryan Riley, James M. Roberts, Caroline Walsh, *2011 Index of Economic Freedom*, The Heritage Foundation and Wall Street Journal, 2011.

11 С друге стране, у земљама, попут: Италије, Грчке, Ирске, Исланда и Велике Британије, дошло је до ерозије економских слобода у односу на 2010. годину, тј. до снижења индекса економских слобода за више од *два поена*. Видети: *ibid.*, стр. 37.

компоненти у индексу економских слобода,¹² Србија се налази на 38. месту од 43. европских земаља, као и испод светског просека. Бројчано исказано, скор економске слободе Србије износи 58, док је светски просек 59,7, а регионални (европски) просек 66,8.¹³

На овом месту издвајамо¹⁴ једну компоненту из индекса економских слобода која се односи на Србију – реч је о *монетарној слободи*. Наиме, према критеријуму монетарне слободе, *Србија се налази на 155. месту у свету*, што представља најгори скор у односу на остале компоненте у индексу економских слобода.¹⁵ Бројчано гледано, скор монетарне слободе износи 66, што представља благо повећање у односу на 2010. годину, али свакако и даље недовољно да би се Србија сматрала слободном земљом у монетарном смислу. Стопа инфлације у Србији оцењена је као *висока*, просечно 9% у периоду од 2007. године до 2009. године.

У споменутом извештају се истиче да држава Србија има могућност да *контролише* цене основних животних производа, попут: млека, хлеба, брашна, уља, телекомуникационих и комуналних услуга, нафте, јавног транзита, као и да *утиче* на цене које се формирају на тржишту преко бројних предузећа у државном власништву. Управо због тога је Србији одузето 15 поена у скору монетарне слободе, будући да државно контролисање цена, или вршење утицаја на домаће цене, доводи до тржишних дисторзија, тј. до одступања од тржишно одређених цена.

Све у свему, извештај Херитиц фондације о стању економских слобода за 2011. годину, самим тим и монетарне слободе, недвосмислено указује на то

12 Позитивне промене забележене су у погледу следећих компоненти у индексу економских слобода: слободе отпочињања посла, фискалне слободе, државног трошења, монетарне слободе, слободе инвестирања и заштите од корупције. Наглашавамо да су то значајне, али свакако *минималне промене* да би наша земља могла да се колико-толико приближи десет економски најслободнијим земљама у свету, као што су (по редоследу од 1 до 10): Хонг Конг, Сингапур, Аустралија, Нови Зеланд, Швајцарска, Канада, Ирска, Данска, Сједињене Америчке Државе и Бахреин. Чак и наше суседне земље, с којима се можемо поредити, заузимају виша места на светској ранг-листи економских слобода: Македонија 55. место, Црна Гора 76. место и Хрватска 82. место. Испод Србије налази се Босна и Херцеговина, на 104. месту. Видети: *ibid.*, стр. 6–10.

13 Видети податке о стању економских слобода за Србију: *ibid.*, стр. 359–360.

14 Видети податке о стању монетарне слободе за Србију у: *ibid.*, стр. 360.

15 Најприближнија овом негативном скору јесте *компонента државног трошења*, према којој се Србија налази на 149. месту у свету. Дакле, стопа инфлације, која према овом извештају у Србији износи 8,1%, као и укупни државни издаци, укључујући државну потрошњу и трансферна плаћања, који износе 44% бруто домаћег производа, јасно бацају светло на кључне недостатке српске економије. При том се у извештају економских слобода за нашу земљу истиче да *државна предузећа која послују са губицима представљају препреку успостављању фискалног баланса*. Видети: *ibid.*, стр. 360.

да Србија није економски, односно монетарно слободна земља. Висока стопа инфлације представља велики проблем српске економије.

Закључак

Будући да Народној банци Србије стоје на располагању стандардне мере монетарне политике (референтна каматна стопа, операције на отвореном тржишту и стопа обавезне резерве), које она с мањим или већим успехом примењује, и узимајући у обзир чињеницу да наша централна монетарна институција брижљиво прати стање на домаћем и светском тржишту како би прилагодила примену истих,¹⁶ произилази да узроке лошег стања у монетарној сфери треба тражити и на другој страни. Наша земља је извршила бројне структурне реформе у последњој деценији, попут: приватизације друштвених и дела државних предузећа, реформе банкарског сектора и других. И поред тога, *дубље реформе нашег економског система* показују се као нужност у наредним годинама. Под тиме се мисли пре свега на: приватизацију јавних предузећа, смањење корупције, смањење бирократије и бирократских процедура, снижење државних издатака, итд. Све ове мере подразумевају јаку институционалну подршку, а која је прилично недостајала у претходним годинама. Даље јачање институција, такође, представља предуслов економског развоја.

Из реченог произилази да инструменти монетарне политике јесу најважнији, али не и довољни, да би се достигла жељена стопа инфлације. Другим речима, снижење стопе инфлације не зависи само од примене инструмената монетарне политике. Пре свега, под тиме се мисли да *фискалну политику*, која мора бити, као што је то у економској теорији добро познато, у *координацији* са монетарном политиком. Извештај Херитиџ фондације о стању економских слобода у Србији за 2011. годину указује да расходна страна фискалне политике не стоји најбоље, то јест, *да је државно трошење у нашој земљи превисоко*. Сходно томе, снижење државних издатака, као и поштовање договорених правила између НБС и Владе РС, једино може пружити гаранцију за повећање ефикасности монетарне политике, наравно узимајући и обзир и ризике у појединим развијеним земљама и валутним зонама.

Све у свему, изградња тржишне економије, базиране на високом степену економских слобода, подразумева наставак и интензивирање реформи у различитим областима (фискалној сфери, инвестицијама, трговини, итд.). Конкретније речено, када је реч о *монетарној слободи*, као једној од компоненти економске слободе, снижење државног трошења, трансформација државног власништва у приватно, самим тим и препуштање тржишту да одређује цене на основу понуде и тражње, издвајају се по својој важности, под претпоставком

16 Из Полугодишњег извештаја за 2011. годину јасно се може видети да НБС планира постепено снижавање стопе инфлације у наредним годинама.

постојања конзистентне и доследне монетарне политике. Са великим степеном државног уплитања у привредне токове, не може бити речи о економским слободама, које представљају срж економског развоја и просперитета. Дакле, Србија мора да ради на јачању економских слобода генерално гледано, посебно монетарне слободе.

Ljubica Nikolić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Aleksandar Mojašević, LL.M,

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

How to Identify Central Bank Policy

Summary

Inflation is increase of prices in a economy. It is smaller or larger economic problem in all countries. Considering the fact that inflation is caused by a number of negative changes in society, maintaining low inflation is an objective of economic policy holders around the world. In most cases, the cause of high or long-term inflation is the same - increase of a money amount in circulation. When a government creates a large amount of national money, it devaluates. When a central bank decide to change money supply, it can be achieved through: open market operations, change of reserve requirements, and escount rate changes. By monitoring the activities of a central bank, we can identify its current policy, which can be expansive and at the same time inflationary, or restrictive, which supresses the inflation.

Key words: *Central Bank, monetary policy, inflation, instruments for control of money supply, monetary overdose.*

ТАКОЗВАНИ „АКТИ ВЛАДЕ“ И ПРАВНИ ПОЈАМ ПОЛИТИКЕ

***Апстракт:** С обзиром да представљају творевину францускога права, аутор у раду најпре анализује правни режим „аката владе“ у француском праву, кроз историју и данас. Међутим, како сличан институт познају и права других држава, на примерима енглеског и српског права, аутор предочава да квалификација одговарајућих управних аката и аката управе као „аката владе“ није плод пуког стицаја историјских околности, већ утемељености у природи ствари. С тим у вези, аутор дефинише правну природу „аката владе“, износећи притом оригинално гледиште о субјективним јавним правима и правном појму политике као вршењу апсолутних субјективних јавних права.*

***Кључне речи:** „акти владе“, судска контрола законитости, дискрециона власт, субјективна јавна права, правни појам политике.*

Институт „аката владе“ (actes de gouvernement) творевина је јудикатуре францускога врховног управног суда, Државнога савета (Conseil d'Etat). Међутим, сличан институт познају и права других земаља, што значи да квалификација одговарајућих управних аката и аката управе као таквих није произашла из пукога стицаја историјских околности, већ да је утемељена у природи ствари.

Против аката владе францускога права није допуштена ни тужба за њихов поништај ни захтев за накнаду штете која је њихова последица. Када прими тужбу упућену против некога од тих аката, Државни савет изјављује „да није надлежан да поступа по њој“ (Conseil d'Etat, 28 févr. 1896, Rosat, Recueil Lebon, 203). Но, посредно Закон о државном савету од 24. маја 1872. овлашћивао је у своме чл. 26. извршну власт да Државни савет лиши надлежности судовања о актима владе. Тај члан гласи: „Министри имају право да пред Трибуналом за сукобе надлежности траже изузимање предмета поднесених одељењу за спорове који не спадају у управне спорове.“ Ова одредба је препис члана 47. Закона од 3. марта 1849. и увек је била тумачена у том смислу; (в.: М. Le Courtois, Théorie des actes de gouvernement, thèse Poitiers, 1899, 56-76; ова докторска дисертација садржи библиографију старијих радова посвећених актима владе). Ипак, дуго

непримењивање те одредбе навело је Duguit-a на закључак да је она вероватно „законодавна заблуда“ (erreur législative) те с тога не би могла да се примењује (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III, 3-e, éd., Paris 1930, 742).

Првобитно Државни савет квалификовао је као акт владе управну меру засновану на политичким побудама. Тако је судски неиспитив акт владе био одузимање добара која су била бесплатно додељена бившој царској породици Бонапарте (Conseil d'Etat, 1er mai 1822, Laffitte, *Recueil Lebon*, 376). Крајем Другога царства, теорија политичке побуде добила је своју последњу потврду, додуше већ у нешто ублаженијој форми. У говору држаном у Сенату, 1861. године, принц Наполеон жестоко се окомио на супарничку династију Бурбона. Одоговорио му је војвода d'Aumale брошуром насловљеном „Писмо о историји Француске“. Брошура буде заплена и уједно наређено префектима да убудуће заплене сваки спис који су објавиле особе прогнане са француске територије. Следствено тој наредби, дошло је 1862. до заплена примерака „Историја принчева de Condé“, коју је такође написао војвода d'Aumale, а издао Michel Lévy. Дотични војвода и издавач оспорили су тај незаконити акт пред Државним саветом. Државни ће се савет огласити ненадлежним, а један од разлога таквога става биће и то, да се ради о „политичком акту“ (Conseil d'Etat, 9 mai 1867, *Dalloz* 67, 3, 49; *Sirey* 67, 2, 124): „С обзиром на то, с друге стране, да мера којом је полицијски префект 19. јануара 1863. наложио заплелу наведених примерака, и одлука нашега министра унутрашњих послова од 18. јуна 1866. која је потврдила ту меру, јесу политички акти који нису нарави да могу бити поднесени нашем Државном савету ради вођења спора због прекорачења власти...“ Ваља ипак приметити да та пресуда од 9. маја 1867. донесена сагласно закључцима комесара Владе, истакнутога управноправног писца Аусос-а, представља значајан напредак у односу на старију јудикатуру, уносећи у њу један коректив који је чини готово нешкодљивом. Државни је савет ипак поставио питање ваљаности заплене. Па иако је нашао да је управно судство ненадлежно да разматра њену законитост, комесар Владе је истакао да то може да чини правосудно судство, надлежно да суди о свим нападима на грађанско стање, својину или слободу грађана. Напоследку је и дошло до тога, да су странке повеле парницу пред грађанским судом, а Влада је, не чекајући исход спора, извршила повраћај заплених књига. (В.: L. Aucos, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, I, 3-e éd., Paris 1885, 495-497, 546.)

Но, када је дошло до успостављања либералнога парламентаризма, Државни је савет напустио доктрину политичке побуде и уједно сузио број ситуација које су потпадале под режим акта владе. Један од првих случајева где је провејавао нови, либерални дух, Државни ће савет решити 1875. године. Нова власт избрисала је 1873. из војног годишњака принца Наполеона, који се дотле формално налазио на челу генералштаба. Принц је најпре поднео приговор надлежном министру, те пошто је добио незадовољавајући одговор, обратио

се и тужбом Државноме савету. Министар се позвао на ненадлежност Суда будући да је брисање из годишњака уследило након већања у Министарском савету те да се с тога ради о судски неиспитивом акту владе. Државни савет није прихватио аргумент и пресудио је ствар. Тужилац је, додуше, изгубио спор, али из материјалноправних разлога. Пресуда се заснивала нарочито на томе, да је тужилац свој чин држао на основу ванредних мера допуштених Уставом од 1852. које су изгубиле важност стављањем тог Устава ван снаге. (Conseil d'Etat, 19 févr. 1875, Prince Napoléon Bonaparte, Dalloz 75, 3, 18, conclusions David.)

Потом се појавило гледиште да акт владе није нужно правни акт донесен из политичких побуда, већ само такав акт који су потврдили домови Парламента. То гледиште било је везано за једну особиту ситуацију, а наиме за уредбу од 29. марта 1880. о распуштању недопуштених верских друштава (конгрегација). Пошто су те мере биле одобрене гласањем парламентарних домова, онда оне не би више биле управни акти, већ би биле акти владе. Ствар је дошла до Трибунала за сукобе надлежности, који је заузео став да један управни акт, чак и ако добије парламентарну потврду, не постаје тиме ни закон ни акт владе, већ је и даље правни акт који подлеже управносудском испитивању (Tribunal des conflits, 5 nov. 1880, Marquigny, Dalloz 80, 3, 127).

Низ ондашњих ауторитета заузео је став, који заступају и неки новији управноправни писци, да критеријум акта владе треба тражити у разлици између „функције владе“ и „управне функције“, у смислу да се акт владе јавља као вршење „функције владе“; (в., на пример: R. Chapus, L'acte de gouvernement, monstre ou victime, Dalloz 1958, Chronique, II, 5; J.-M. Auby/R. Drago, Traité de contentieux administratif, I, Paris 1962, 79).

Само, још је Hauriou (M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 12-e éd. par A. Hauriou, Paris 1933, 417) приметио да француски Устав једним те истим органима поверава вршење како „функције владе“ тако и „управне функције“, те да не постоји никакав посебно „влади орган“, а ни нека посебна процедура за доношење аката владе. Додуше, закључује он, владу чине председник Републике и његови министри, али Државни савет признаје својство акта владе чак и актима одређених органа који су им потчињени, као што је гувернер колоније па и председник општине.

Ту је, напославу, и „негативна теорија“, која растаче појам аката владе. Један од њених родоначелника, Berthélemy, (H. Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, 8-e éd., Paris 1916, 106 sqq.) истиче да после напуштања теорије политичке побуде „акти владе више не постоје“. По њему, може бити да против одређених управних аката управни спор буде искључен, али то су сасвим особени управни акти, који немају заједничку правну природу и које је с тога немогуће подвести под заједнички натпојам. Као такве, он наводи мере чији режим уређује Устав и ратне радње које су последица више силе.

Да иза негативне теорије може да стоји један правнополитички постулат, а наиме елиминација искључења управносудске заштите против извесних управних аката и мера, показује интерпретација те теорије у делу L. Duguit-a. По њему, (op. et loc. cit., 736 sqq.) доктрина судски неиспитивих аката владе је „злокобна“, „апсолутистичка (régelienne) и самовољна“. Он истиче (Duguit, ibid., 738): „Дозволити тако схваћене акте владе значи дозволити да се из државних разлога (raisons d’Etat) могу установити више или мање самовољна одступања од суштински заштитничкога принципа, темељнога принципа, принципа материјалне законитости, без кога нема правне државе, без кога, могао бих рећи, уистину нема јавнога права“. Он устврђује (Duguit, ibid., 746 sq.) како је Трибунал за сукобе надлежности у једној пресуди од 25. марта 1911. (Rougier c. Carteron) осудио теорију аката владе (Recueil Lebon, 392, conclusions Chardenet, Sirey 1911, 3, 105), што га је навело да у 1. издању „Traité de droit constitutionnel“, I, 213, каже: „Може се дакле сматрати дефинитивно осуђеном доктрина према којој су изузети од сваке судске заштите акти подстакнути циљем заштите владе, и зато се треба радовати, јер она није била ништа друго до заостатак режимâ самовоље. Следствено томе, из терминологије јавнога права ваља коначно одстранити израз акти владе, који само може да убудуће подстиче беспредметне дискусије.“ Међутим, за време Првог светског рата, „унутрашње зло“ захватило је и Државни савет, због чега је поново пустио у употребу ту негацију правне државе. У својој пресуди у случају „Graty“ од 4. јануара 1918. он је решио да се никаквом тужбом не може побијати министарско решење којим је наређено интернирање извесног белгијског поданика у специјалном притвору за време трајања непријатељстава. То решење је и по свом предмету и по свом доносиоцу (министар унутрашњих послова) управни акт који се може побијати тужбом због прекорачења овлашћења. Штавише, тај акт је и очигледно незаконит, пошто по константним правилима како унутрашњега права тако и међународнога права надлештва ратујуће земље могу законито наредити интернирање једино поданика непријатељске силе, али не и поданика савезничке силе, у овом случају Белгије; ова лица допуштено је само протерати са сопствене територије.

Уопште, негативне теорије имају научну ваљаност, слично апофатичком методу у теологији и онтологији, када се обележја предмета научног истраживања не могу „позитивно“ сазнати. Показаћемо, међутим, да се обележја акта владе дакако могу позитивно сазнати. Делимо мишљење Duguit-a да не треба да постоје управне мере у погледу којих је свака судска контрола искључена. Међутим, акт владе не постоји зато што је судска заштита од њега искључена, већ је судска заштита искључена (или јако ограничена) зато што постоји акт владе.

Који правни акти спадају у акте владе?

Споменимо најпре акте који се тичу међународних односа. Један комесар Владе (R. Odent, *Le contentieux administratif*, I, Paris 1956, 157) пише: „Судија унутрашњег француског права, управни судија, није надлежан да се упушта у сазнање међународних односа, који су односи међународног права. Граница управне надлежности у танчине се подудара са границом француског јавног права, спорови међународног права могу се износити само пред међународне судове...“ Будући да међународни уговор није само дело француских управних власти, већ у његовом стварању учествују и органи других држава надлежни за то, Државни савет одбија да просуђује ваљаност међународних уговора; (в., на пример: Conseil d'Etat, 1er juin 1951, Société des étains et wolfram du Tonkin, *Revue juridique et politique de l'Union Française*, 1951, 254, note J. Donnedieu de Vabres). У истоме случају, Државни савет је пресудио да уколико је неко лице претрпело штету услед закључења међународног уговора, онда оно нема право да захтева њену накнаду. Уколико одредба међународног уговора није довољно јасна и уколико се ради о питању из области јавног права, француски судови одбиће да је тумаче; за њих ће тада бити меродавна интерпретација надлежног министра. Тако ће Државни савет, ако се пред њим појави као претходно питање значење неке норме међународног уговора, застати са одлучивањем док не добије тумачење спорне одредбе од – по правилу – министра иностраних послова, односно, зависно од случаја, од неког другог министра; добивено тумачење биће за Државни савет обавезно, дакле једна врста акта владе; (в., на пример: Conseil d'Etat, 3 févr. 1956, Petalas, *Recueil Lebon*, 44, *Actualité juridique*, 1956, 2, 9184, note Vitu). Када, напротив, грађански судови дођу у прилику да треба да примене какву одредбу међународног уговора који се тиче приватних интереса, онда они ту одредбу тумаче сасвим самостално; (в., на пример: Cour de cassation, Chambre civile, 22 déc. 1931, *Sirey* 1932, 1, 157, note Niboyet).

Међутим, чак и када се не ради о односима међу државама, када се појави пред њим управна мера која се, уопште узев, тиче каквог односа са елементом иностраности, Државни савет је склон да у таквој мери види акт владе. Следствено томе, одбачена је тужба лица коме је француски конзул пружио недовољну заштиту приликом хапшења од стране локалне полиције (Conseil d'Etat, 22 avril 1953, Dlle Buttner, *Recueil Lebon*, 184). Одбачена је тужба којом се оспоравала забрана распачавања једног француског листа коју је изрекао војни командант француске окупационе зоне у Немачкој (Conseil d'Etat, 15 déc. 1954, Roucaute, *Recueil Lebon*, 662, *Dalloz* 1955, 170). Овде је био занимљив, и у науци дискутабилан случај „Радио Андоре“, који је решио Трибунал за сукобе надлежности, чију једну половину чине судије Касационог суда, а у другу судије Државног савета, при чему, ако се гласови судија поделе на равне части, бива позван министар правде да својим гласом претегне на једну страну;

(в.: Tribunal des conflits, 2 févr. 1950, Radiodiffusion française, Sirey 1950,3,73, conclusions Odent; M. Waline, (Traité de) Droit administratif, 8-e., Paris 1959, 193 sq.).

Кнежевина Андора је минијатурна држава између Француске и Шпаније која није сасвим самостална, јер у њој власт државнога поглавара по принципу коимперијума деле председник Француске и шпански бискуп из Ургела. На територији Андоре била се успоставила једна радио-станица, која је емитовала на таласној дужини додељеној међународним споразумима једној другој држави. Француска Влада, сматрајући се с правом или не одговорном за међународне кривике Кнежевине Андоре, интервенисала је код њених власти у циљу уклањања дотичне радио-станице. Те су власти одбиле захтев француске Владе. Зато је она отпочела да крчањем омета емисије андорске радио-станице. Концесионарско друштво задужено за јавност радио Андоре узвратило је тужбом против француске државе код француских правосудних судова, истичући да постоји радња гажења права (voie de fait), што су првостепени судови и прихватили. Но, у жалби је истакнут и приговор ненадлежности, па је предмет дошао и пред Трибунал за сукобе надлежности. Овај је пресудио да се радња пребачена француској Влади тиче међународних односа те да с тога не спада у надлежност ни у једног суда. Један од водећих француских теоретичара јавног права, професор и судија Уставног савета Waline, критиковао је тај став, пошто он у стварности најчешће води (због непостојања надлежнога међународнога суда) до ускраћења правде (dénu de justice). Уз то, он указује на противречност у аргументацији Суда за сукобе надлежности, који је у реченој пресуди истакао да се ради о повреди међународних споразума од стране једне радиостанице која се налази „на територији која није ни француска, а ни потчињена француском законодавству“, што већ јесте „пресуђивање једнога питања међународнога права“.

При свему томе, Државни савет прихвата надлежност да суди о актима „одвојивим“ (détachables) од међународних односа; (в.: P. Duez, Les actes de gouvernement, Paris 1935, 37). Тај суд је, на пример, утврђивао да ли је међународни уговор ваљано ратификован и објављен, да би могао да производи правна дејства (Conseil d'Etat, 28 févr. 1913, Cie des Chemins de fer de l'Est, Recueil Lebon, 307). Он, такође, обезбеђује поштовање међународнога уговора као извора францускога права, те следствено томе поништава управне акте који крше његове одредбе; (в.: Conseil d'Etat, 30 mai 1952, dame Kirkwood, Recueil Lebon, 291, Revue du Droit Public, 1952, 781, conclusions Letourneur, note Waline). У наведеној одлуци Суда за сукобе надлежности (Tribunal des conflits) од 2. фебруара 1950. комесар Владе Odent у својим закључцима каже да постоји „одвојив акт“ и не акт владе „од тренутка када француске власти уживају извесну независност у избору поступака путем којих извршавају своје међународне обавезе, када поседују иницијативу у погледу средстава захваљујући којима се повинују реченим обавезама“.

Судски неиспитиви акти владе јесу и „ратне радње“ (faits de guerre), под којима Државни савет разуме радње које се везују за војне операције. Рецимо, Државни савет је нашао да је ратна радња самовољно хапшење у време ослобађања од Немаца (Conseil d'Etat, 8. déc. 1950, Jacquet, Recueil Lebon, 613). Или, пљачка коју су починили партизани (Forces Françaises de l'Intérieur – F.F.I.) (Conseil d'Etat, 31 juill. 1948, Oger, Dalloz 1948, Sommaire, 34). У нормално доба, те радње би биле гажења права и кривична дела. У рату, када виши државни органи нису у стању да делотворно контролишу и употребљавају ниже органе, постоји једна врста више силе која онемогућава државу да дела у складу с правом. Да су ратне радње „радње више силе“ говорио је још Berthélemy (op. cit., 106; в. такође и: Waline, op. cit., 195). Међутим, нису те радње као такве виша сила, већ је виша сила ратно стање које онемогућава државу да поступа у складу са својим обавезама.

Слично је и са мерама које су израз државне нужде. Додуше, Државни савет је напустио раније схватање да су уредбе које проглашавају опасно стање судски неиспитиви акти владе (Conseil d'Etat, 23 oct. 1953, Huckel, Recueil Lebon. 452). Но, након доношења Устава „Пете Републике“ од 1958. године, који је донео нова решења у овој области, Државни савет је поново признао постојање аката владе у њој. Чл. 16. ст. 1. тог Устава каже: „Када институције Републике, независност земље, интегритет њене територије или извршење међународних обавеза буду угрожени на тежак и непосредан начин, а редовно функционисање уставних јавних власти буде прекинуто, председник Републике, после службеног консултовања с првим министром, председницима домова, као и са Уставним саветом, предузима мере које овакве околности изискују.“

Председник Републике је мером из горенаведене уставне одредбе изузео суђење генералу Salan-у, оптуженом за више тешких кривичних дела, из надлежности редовних судова и поверио га једном војном трибуналу. Државни савет, позван да се изјасни о ваљаности те мере, која тешко може да се подведе под чл. 16. Устава, одлуком од 11. маја 1962. одбацио је тужбу (Revue du droit public et de la science politique 1962, 542). Нешто раније, Државни савет се такође огласио ненадлежним да суди о председничкој мери на основу чл. 16. Устава у случају Rubin de Servens (Conseil d'Etat, 2 mars 1962, Revue du droit public et de la science politique 1962, 288 sqq.). Ту ненадлежност је комесар Владе Henry у својим закључцима правдао тиме, што Парламент у време доношења дотичних председничких мера мора стално да буде на окупу, те стога „има могућност да укида или чак и ништи одлуке донесене на основу чл. 16. које задиру у законодавни домен“. То схватање је, ипак, неодрживо пошто чисто дискрециона контрола коју над тим мерама може да врши Парламент, не може да замени судску контролу коју би над њима вршио Државни савет.

Државни савет као управни суд не може да врши судску контролу уставности закона. Међутим, он се оглашава ненадлежним да испитује

правоваљаност и управних аката и материјалних радњи који проистичу од парламентарних органа. Ти органи јесу: парламентарни домови – Национална скупштина и Сенат – када делају заједнички или понаособ, а такође и потчињени им органи – Уред, председник, потпредседник, квестори, секретари, трајне комисије. Анкетна комисија итд., те чланови Домова сами, као и чиновници парламентарних служби, на пример генерални секретари; (в.: Auby/Drago, op. et loc. cit., 67). Рецимо, Државни савет је установио да је недопустива тужба против аката којима председници Домова уређују приступ штампе и јавности парламентарним заседањима (Conseil d'Etat, 17 nov. 1882, Merley, Recueil Lebon, 952). Исто, почев од 1912. године, он неће да пресуђује законитост уредбе која утврђује датум избора за сенаторе, односно избора сенаторских делегата, јер „законодавне скупштине, којима припада право верификације овлашћења њихових чланова, саме су надлежне, осим ако неки закон не предвиди другачије, да процењују законитост аката који уређују радње које претходе изборним операцијама“ (Conseil d'Etat, 6 août 1912, Maître, Recueil Lebon, 952). Ипак, чл. 8. органске ордонансе од 17. новембра 1958. сузио је поље искључења судске контроле у тој области. С једне стране, та одредба отвара могућност тужби за одговорност пред надлежним судом (управним или правосудним, зависно од случаја) против државе, с разлога штета проузрокованих од стране служби парламентарних домована. С друге стране, иста одредба утврђује надлежност управних судова да решавају све спорове индивидуалне природе који се тичу чиновника служби парламентарних домована.

По истој логици, Државни савет сматра судски неиспитивим актима владе и акте управе који се тичу односа „владе“ (у најширем смислу) и парламентарних домована. Он је, тако, одбацио тужбу управљену против указа председника Републике о проглашењу закона; тужилац је наине тврдио да је промулговани текст закона различит од текста закона који је усвојио Парламент; (Conseil d'Etat, 3. nov. 1933, Desreumeaux, Recueil Lebon, 993, Dalloz 1934, 3, 35, note Gros). Једнако, Државни савет одбија да испитује уредбу која садржи нацрт закона (Conseil d'Etat, 9 mai 1951, Mutuelle nationale des Etudiants de France, Recueil Lebon, 253) или одлуку Владе да повуче предлог закона (Conseil d'Etat, 19. janv. 1934, Cie Marseillaise de Navigation à vapeur, Recueil Lebon, 98, Sirey 1937, 3, 41, note Alibert). Додуше, и у споровима ове врсте надлежност суда може бити установљена актом законодавне власти. Ордонанса од 13. октобра 1958. прописује у чл. 12. и 14. надлежност управних судова за решавање спорова који се тичу изјава о кандидатури, при чему одлука суда може бити оспорена једино пред Уставним саветом када је овај позван да се изјасни о правилности избора. Аналогна правила присутна су у Ордонанси од 15. новембра 1958. о избору сенатора поводом именовања сенаторских изборника (чл. 15).

Нису акти владе управни акти који се тичу делатности правосудних органа, али се Државни савет сматра ненадлежним да суди спорове које ти акти

изазивају, придржавајући се начела независности (поделе власти) које влада у односима управе и судства; (в.: A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, I, 3-e éd., Paris 1963, 375). Но, понекад, Државни савет ту прибегава истанчаним разликама. Тако он сматра управним мерама подложним својој јурисдикцији правне акте који се тичу организације правосуђа. „Стварање судова“, вели у својим закључцима комесар Владе J. Donnedieu de Vabres, „њихово размештање по територији, њихова општа организација,... сва та питања уопште нису вршење судске функције. Она успостављају елементе организације јавне службе правосуђа... над којима Државни савет поседује судску контролу“ (Conseil d’Etat, 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, conclusions Donnedieu de Vabres, *Revue de Droit Public* 1953, 462). Исто тако, Трибунал за сукобе надлежности је решио да штета проузрокована министарским службеницима услед одсуства судија у јурисдикцији Кајене, представља чињеницу која се тиче надлежности управних судова (Tribunal des conflits, 27 nov. 1952, Préfet de la Guyane, *Juris-classeur périodique* 1953, 2, 7598, note Vedel). У горе наведеном случају „Falco et Vidaillac“, Државни савет се признао надлежним да решава о изборним споровима изнесеним пред Високи савет судства (Conseil supérieur de la Magistrature), тачније о тужби против одлука изборног уреда, састављеног од правосудних судија. Сложено је питање пред Државним саветом када се ради о операцијама правосудне полиције (у ком се случају оглашава ненадлежним) а када о операцијама управне полиције (у којем се случају сматра надлежним) – поготову што се у обе врсте случајева може радити о истим органима. Правило је да се ради о правосудној полицији када се операција састоји у истрази или притвору починилаца одређеног преступа, док управна полиција покрива „здатке контроле и општега надгледања“ (Conseil d’Etat, 11 mai 1951, Baud, Sirey 1952, 3, 13, conclusions Delvolvé, note Drago). Рецимо, управна полиција постоји када су полицијски инспектори приликом утврђивања идентитета странаца у једној кафани на преваран начин присвојили накит извесне особе (Conseil d’Etat, 19. janv. 1945, Société Comptoir des Précieux, *Recueil Lebon*, 21). Напротив, спада у област правосудне полиције спор који се тиче смрти извесне особе која је наступила услед полицијске акције коју су инспектори предузели у циљу хватања лица означених као злочинци (горе наведени случај „Baud“).

Занимљиво је да је Државни савет првобитно сматао судски неиспитивим актом владе (Duez, *op. cit.*, 44 sqq., 83) декрет председника Републике о помиловању. Касније је он ту квалификацију променио, па се од тада оглашава ненадлежним зато што декрет о помиловању везује за функционисање правосудних судова, то јест за мере извршења казни (Conseil d’Etat, 28 mars 1947, Gombert, *Revue de Droit Public* 1947, 95, note Waline).

Да акти владе нису никаква особеност француског права, нарочито показује **краљевска прерогатива** (royal prerogative, prerogative of the Crown) у енглеском праву. Прерогатива је овлашћење владара да у извесним случајевима

доноси правне акте мимо закона (*praeter legem*) и њен најзначајнији појавни облик је уредба донесена у Приватном савету (*order in Council*). Прерогатива је преостатак врховне краљевске власти из доба када Доњи дом Парламента као законодавни орган још није постојао. Првобитно је прерогатива стајала изнад закона. У Средњем веку, под њу су потпадале привремене уредбе са законском снагом и уредбе којима су уређиване појединости унутар законских одредаба, при чему је од нарочитога значаја била прерогатива ослобођења (диспензације) од законских наредба и забрана. (В.: J. Hatschek, *Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Viktoria*, 2. Aufl., Neudruck, Aalen 1978, 204 sqq.) Но, када је 1689. године била успостављена надмоћ Парламента над Круном, акт на основу прерогативе који би се косио са законским текстом, судови би могли да огласе ништавим. Постепено, знатне области који су некада биле резервисане за прерогативу, биле су уређене законима. Ипак, прерогатива још увек важи за низ значајних питања, као што су односи Велике Британије са другим државама те ванредна овлашћења у ратном стању. Разуме се да данас прерогативу не примењује више Круна, већ Влада (Кабинет) (Sir C. K. Allen, *Law in the Making*, 6th ed., Oxford 1958, 522 sq.).

Некада су судови одбијали да испитују ваљаност правних аката донесених на основу прерогативе који не вређају закон. Данас неки од тих аката ипак подлежу судској контроли, на пример решење којим се одбија издавање пасоша; (в.: Sir W. Wade, *Administrative Law*, 9th Ed. by Sir W. Wade/Ch. Forsyth, Oxford 2004, 639).

Нека врста аката владе постојала је и у нашем праву. Ранији закон о управним споровима од 1996. предвиђао је у чл. 9. да се управни спор не може водити против управних аката које су непосредно на основу уставних овлашћења донели било Народна скупштина, било председник Републике Србије. Нацрт Закона о управним споровима од 2009. године био је прихватио исто решење у своме чл. 15. тач. 2. Но, то ограничење није ушло у текст Закона о управним споровима од 29. децембра 2009. године, тако да је суду у управном спору дата могућност да испитује барем формалну законитост тих високополитичких управних аката.

Приликом утврђивања правне природе аката владе пошли бисмо од појма **дискреционе власти (слободне оцене, оцене целисходности)**.

Исправно каже Nauriou (op. cit., 351 sqq.) да дискрециона оцена настаје у несводивом распону између правних правила и правних субјеката (правних актора), јер се правна правила, а то важи нарочито за закон, „не представљају као принципи делања, будући да правна иницијатива и правна активност припадају појединцима, већ су радије границе, скучавања наметнута слободи и аутономији правних субјеката“. То нарочито долази до изражаја када се управа јавља као „предузеће“ („скупина људи организована да задовољава одређене потребе“), дакле као феномен динамичан, окренут ка неизвесној будућности; (в.: Nauriou, *ibid.*, 64; J.-C. Venezia, *Le Pouvoir discrétionnaire*, Paris 1959, 112 sqq.).

Дакако, у актима владе се испољава дискрециона власт. Само, област дискреционе власти знатно је шира од области аката владе. Још у нашој докторској дисертацији указали смо да постоје три квалитативно различита, различитим правним режимима припадајућа вида оцене целисходности: оцена целисходности слабијега облика, оцена целисходности јачега облика и високополитичка оцена целисходности (М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности у теорији јавног права*, II, Београд 1979, текст шапирографски умножен, 298 sqq., 403 sqq.). Тада смо исправно сматрали да акти владе представљају израз високополитичке оцене целисходности, али смо погрешили што смо их квалификовали као правне акте за чију контролу не постоји надлежни суд (Петровић, *ibid.*, II; 451). Проблем, наиме, лежи дубље. Његово решење ваља тражити у разлици између **јавне власти** и **јавне службе**, те различитим **субјективним јавним правима** која припадају њиховим одговарајућим носиоцима: **апсолутним** субјективним јавним **правима** и субјективним јавним **правима-функцијама**. То тражење довешће нас и до једнога неочекиваног открића: **правнога појма политике**.

Гласовита је теорија, чији је родоначелник Duguit, да је савремена држава „коперација јавних служби организованих и контролираних од стране управљача (gouvernants)“ (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, 3-е éd., Paris 1928, 59, 153 sqq., 756 sq.). Он јавну службу дефинише на следећи начин (Duguit, *ibid.*, II, 61): „Опажа се, према томе, појам јавне службе: То је свака активност чије остваривање мора бити обезбеђено, уређено и контролирано од стране управљача, зато што је обављање те активности неопходно за остваривање и развитак друштвене међузависности, те да је та активност такве нарави да се не може у потпуности остваривати осим интервенцијом управљачке силе. Та активност је таквога значаја за заједницу да не сме бити прекинута ни један једини тренутак. Дужност је управљача да своју силу употребе како би обезбедили њено остваривање на апсолутно континуиран начин.“ Duguit такође истиче (*ibid.*, II, 64 sq.) да јавне власти нема више у јавним службама ратоводства, полиције и правосуђа него у осталим јавним службама.

Један угледни Duguit-ев следбеник M. de la Bigne de Villeneuve (*L'Activité étatique*, Paris 1954, 189), ближе одређује „нужне“ (то јест, државне) јавне службе на следећи начин: владине службе, *stricto sensu*; службе безбедности; финансијске службе; службе репрезентације; законодавне службе у правом смислу речи; управне службе.

Премда сматрамо да је јавна служба неопходан правни појам, ипак не можемо да се сложимо са ширењем тога појма на све државне органе. Највиши државни органи нису јавне службе. То су, углавном следећи појмовима и класификацији државних органа коју излаже G. Jelinek (*Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. von W. Jellinek, Berlin 1914, 544 sqq.), **примарни органи** (у монархији монарх, у републици бирачко тело) и **непосредни репрезентативни органи** (у првоме реду народна представништва и изабрани државни поглавари).

Ти државни органи јесу носиоци јавне власти, док су остали носиоци јавних служби. Линија која раздваја те две врсте државних органа лежи у правној природи субјективних јавних права која им принадлеже. Носиоци јавне власти имају апсолутна субјективна јавна права, чија је суштина потпуна самовоља њихових титулара, што ће рећи да се та права не могу злоупотребити у правном смислу речи. Носиоци јавних служби, имају, напротив, субјективна јавна права-функције, чија је суштина могућност злоупотребе која наступа када се функција која је иманентна тим правима погрешно, нецелиходно врши. То је позната теорија злоупотребе овлашћења, *détournement de pouvoir* францускога права. **Акти владе јесу испољавања јавне власти у горе одређеном смислу** као један његов вид.

Разлика између апсолутних права и права-функција настала је у француској науци приватнога права. На њу је најпре указао велики теоретичар злоупотребе права L. Josserand; (в. нарочито његово дело: *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris 1927). **Но, њена примена у области јавнога права по први пут се догађа у овоме раду.** „Дух права“ о коме Josserand говори у ствари је њихова финалност, сврсисходност. Он каже (Josserand, *ibid.*, no 10): „Једнако као што постоји дух закона и, још општије, дух права, схваћен објективно и у својој целини, тако треба признати постојање једнога духа и индивидуалних права, својствено свакоме субјективном овлашћењу, сагледаном изоловано, те да, као што закон не би могао бити примењен на уштрб своме духу, као што река не би могла да измени природан ток својих вода, наша права се не могу остваривати насупрот и уз пренебрегавање њихове друштвене мисије, неразборито;...“

Полазећи од духа који их надахњује, Josserand (*ibid.*, no 305) субјективна јавна права разврстава у три скупине: права егоистичкога духа, права алтруистичкога духа и права лишена каузе. Права која припадају првој и другој скупини могу се злоупотребити, права која припадају трећој не могу, она су апсолутна.

Истакнимо да се ово разликовање може применити само на субјективна јавна права појединца; када се ради о субјективним јавним правима државних органа, могућа је само дводеоба на апсолутна права и права-функције. Додуше, и неки цивилисти дуалистички класификују и субјективна приватна права, али употребљавају термине који су понекад непримерени за јавно право. Тако А. Rouast (*Les Droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil* 1944, 1 sqq.) апсолутна права (у нашем смислу) назива „дискреционим правима“, али управо су дискрециона права подложна управној судској контроли која може бити чак веома широка, као што је то случај са оценом целисходности слабијега облика. Апсолутна субјективна јавна права у начелу се врше слободно од сваке судске контроле пошто су њихови имаоци јавне власти, изнад којих не постоје више власти у једној држави.

Вршење апсолутних субјективних јавних права од стране носилаца јавне власти јавља се као **политика у правном смислу речи**. До сада је политика била посматрана као ванправни феномен, па су зато све њене дефиниције биле непотпуне, те самим тим и погрешне.

Ова правна истина нашла је одјек и у свакодневном говору. Тако се збори о политици краља Александра Карађорђевића, о политици странака у бирачком телу и у Народној скупштини, о политици Владе и политици емисионих банака, али не и о политици полиције и политици Архива Србије. Међутим, у свакодневном говору среће се и израз „политика“ великих предузећа. То је исправно. Приватно право које уређује и делатност великих предузећа, није само право чији су предмет приватни интереси. Још почетком 20. века устврђује Р. Laband (*Des Staatsrecht des Deutschen Reichs*, III; 5. Aufl., Tübingen 1911, 52): „Јер такође и претежан број свих индустријских приватних предузећа служи јавном добру.“ Та предузећа имају и значајне јавноправне повластице. Она могу да траже да се у њихову корист врши експропријација, да добивају пореске олакшице, да имају јача права у односима суседства. „Капитализам“, вели G. Ripert (*Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2-е éd., Paris 1951, 17), празнослови да не тражи ништа, да му је, напосто, потребна слобода; он декламује: *laissez faire*, но, он не би могао ништа да учини да му законодавац није дао или дозволио да се домогне подесних средстава за концентрацију и експлоатацију капиталâ. Опште право није му било довољно. Он је створио своје право. То је стварање континуирано и никада завршено. Ради се о изналагању правних правила подесних да обезбеђују најбоље могуће функционисање капиталистичкога предузећа.“

Снабдевена апсолутним (незлоупотребљивим) правима, која, понављамо, постоје и у приватном праву, велика предузећа постају такмаци, па чак и супарници држава. Тиме она постају чинилац – највећма тајне – политике. То је **плутократија**, чију суштину Ripert (*ibid.*, 19) лепо поима: „Моћ капитализма је, сликовитије изражено, моћ новца. Иначе је тешко да се схвати попут снаге броја чији је израз биралиште. То је окултна моћ која се извршава у исти мах над бирачима и над управљачима путем берзе, банке, штампе, радија, позоришта, рекламе... Та моћ би била тешко толерисана када би била законски приказана, када би они који је врше били познати. Револуција (од 1789. године, М.П.) није била милостива према згртачима новца и берзанским зеленашима. Али, анонимност друштва прикрива финансијске моћи и јавност им је наденула име, тајанствено за њу, **трустови**.“ (Подвучено у изворнику.) Предузећа носиоци финансијске моћи воде и спољну политику, имајући једна код других и стална представништва; та предузећа, међу собом воде „ратове“ и закључују уговоре о „миру“; (в.: А.А. Berle, Jr., *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York 1954, 116 sqq.). Када је реч о државама у којима дотични „трустови“ имају седиште, државни органи који воде спољну политику углавном су извршни одбори

„трустова“. На тај начин, међународно јавно право еволуира, тако што постаје форма за реализацију међународног трговинског права.

Prof. Milan Petrović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The “Acts of Government” and the Legal Notion of Politics

Abstract: *Bearing in mind that “acts of government” are the original creation of the French law, the author of this paper first analyses the legal regime governing “the acts of government” as a legal institute envisaged in the French legislation throughout history until the present day. However, given the fact that the legislations of some other countries (such as England and Serbia) include a similar institute, the author points out that the qualification of certain administrative acts and acts of the administration as “the acts of government” is not merely a matter of historical coincidence but rather that it is deeply rooted in the nature of things. In that context, the author defines the legal nature of “the acts of government” and presents his original standpoint on the subjective public rights and the legal notion of politics as an exercise of absolute subjective public rights.*

Key words: *“acts of government”, judicial review of legality, discretionary power, subjective public rights, legal notion of politics/policy.*

ПОРЕКЛО МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА¹

Апстракт: Иако у теорији не постоји потпуна сагласност о томе када је настало међународно хуманитарно, односно ратно право као део међународног јавног права, данас је владајуће гледиште које његов настанак везује за усвајање Прве женеvске конвенције о побољшању судбине рањеника из 1864. године. У сваком случају модерно међународно хуманитарно право као заокружени систем у коме преовлађују писани документи створено је средином деветнаестог века, али његове корене треба тражити у далекој прошлости. Порекло правила о вођењу рата и хуманитарних обичаја сеже до самих почетака организованих друштвених заједница и појаве оружаних сукоба између њих. Таква правила и обичаји, претече норми данашњег међународног хуманитарног права, налазе се у свим културама и цивилизацијама. Зато се порекло међународног хуманитарног права може пратити почевши од античког доба у оквиру старих источних цивилизација, Грчке и Рима, преко средњег века кроз утицај хришћанства и развој витешких правила ратовања, све до новог века који обележавају тридесетогодишњи рат и Вестфалски мир, систематизација ратних закона и обичаја у доктрини, доношење војних приручника и упутстава за вођење рата од стране држава и прерастање ратних правила и простих обичаја у међународно обичајно право. Тако су створени услови да се у другој половини деветнаестог века у форми вишестраних уговора који ће обавезивати све или велику већину држава сакупе, систематизују и даље развију неписана правила обичајног ратног права. Закључење првих кодификационих уговора у овој области означило је прави почетак модерног међународног хуманитарног права.

Кључне речи: ратно право, хуманитарно право, ратни закони, хуманитарни обичаји, кодификација, Женеvске конвенције.

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту бр.179046 “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” Правног факултета у Нишу, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У теорији не постоји јединствени став о томе када је настало међународно хуманитарно или, тачније, ратно право као део међународног јавног права. Различита мишљења писаца поводом питања одређивања његовог порекла и настанка могла би се, *grosso modo*, свести на три основна гледишта². По једном схватању историјски развој хуманитарног права може се пратити још од старог века, пошто је оно створено неколико миленијума пре нове ере. Присталице другог гледишта сматрају да се међународно хуманитарно право почело развијати као неписано, обичајно право тек у средњем веку и то на европском континенту. Став треће групе писаца, чији је број највећи, настанак међународног хуманитарног права везује за другу половину деветнаестог века и усвајање Прве женевске конвенције о побољшању судбине рањеника из 1864. године.

Тачност наведених гледишта зависи у крајњој линији од тога како се схвата међународно хуманитарно право. Уколико се оно посматра у савременом смислу као један изграђен и заокружен систем у коме преовлађују кодификована правила, односно писани правни документи, прави почетак међународног хуманитарног права је друга половина XIX века. Међутим, ако се жели пратити развој хуманитарног права од појаве првих његових обичајних правила и установа, онда је оно веома старо по свом постанку, те се његово порекло протеже на неколико миленијума пре нове ере. У сваком случају модерно међународно хуманитарно право настало је средином деветнаестог века, али његово корене треба тражити у далекој прошлости.

Порекло правила о вођењу рата и хуманитарних обичаја у рату сеже до самих почетака организованих друштвених заједница и појаве оружаних сукоба између њих. Као што на почетку првог нашег послератног уџбеника ратног права пише проф. Радојковић ‘маколико дубоко залазили у историју сукоба међу народима, ми налазимо на извесне обичаје, који су увек били поштовани и који, спречавајући самовољу зараћених страна, представљају зачетак једног истинског ратног права’³. Преносећи ову мисао на терен хуманитарног права, Гасер у свом Уводу у међународно хуманитарно право каже: ‘Свуда где сукоб између племена, кланова, следбеника вође или других претходника државе није имао за последицу борбу до истребљења, појављују се правила (често сасвим неочекивано) усмерена на ограничавање последица насиља...Укратко, моћни

2 Видети: С.Аврамов, М.Крећа, Међународно јавно право, Београд, 2001, стр.601; G. Best. *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, London, 1980, pp.12-13; G.I.A.D.Draper, *The Development of International Humanitarian Law, International Dimension of Humanitarian Law*, Geneva-Paris, 1988, p.67; Б.Кривокапић, О пореклу међународног права, Годишњак удружења за међународно право, 2004-2005, стр.85-86; M.Sassoli, A.Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, Geneva, 1999, pp.97-98.

3 М.Радојковић, Рат и међународно право, Београд, 1947, стр.3.

господари и верске вође, мудраци и господари рата са свих континената од памтивека су покушавали да ограниче последице рата путем општеобавезујућих правила⁴.

Таква правила и обичаји, претече данашњег међународног хуманитарног права, постојала су од најстаријих времена. Она су толико давна по свом постанку да неки тврде да су чак старија од правила о мирним односима међу народима, јер у првобитним државним односима није ни било правила о мирнодопском општењу, пошто се нужност поштовања правних норми постављала тек са употребом грубе силе у стању које се назива ратом⁵. Остављајући по страни спор о томе да ли су старија правила о ратним или мирним односима, сигурно је да се правила и обичаји хуманитарног карактера могу наћи у свим културама и цивилизацијама. Зато се порекло данашњег међународног хуманитарног права може пратити почевши од античког доба у оквиру старих источних цивилизација, Грчке и Рима, преко средњег века кроз утицај хришћанства и развој ритерских (витешких) правила ратовања, све до новог века који обележавају тридесетогодишњи рат и Вестфалски мир, систематизација ратних закона и обичаја у доктрини, доношење војних приручника и упутстава за вођење рата од стране држава и прерастање ратних правила и обичаја у међународно обичајно право.

2. АНТИЧКО ДОБА

Сачувани историјски споменици из античког времена потврђују да су неки ратни закони и обичаји хуманитарне природе постојали готово код свих старих источних народа робовласничког периода у периоду између 3000 и 1500 године пре нове ере. Тако је код старих Сумерана и Вавилонца рат већ представљао једну прилично организовану установу. У то доба постојао је обичај да се рат увек објављује, док се гласницима који преносе поруке у рату гарантовао имунитет од непријатељске стране. Они су сматрани неповредивим и нису смели да се заробљавају, муче или убијају⁶. Из тог периода сачувани су докази о закључењу споразума после завршетка рата који подсећају на данашње мировне уговоре⁷. У Вавилону је био обичај да се таоци и заробљеници не убијају, већ ослобађају уз плаћање откупа⁸.

4 Х.П.Гасер, Међународно хуманитарно право: увод (превод), Сарајево, 1999, стр.8-9.

5 Г.Перацић, Међународно ратно право, предговор М.Бартоша, Београд, 1966, стр.5.

6 J.Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law, Geneva-Dodrecht, 1985, p.7.

7 Као најстарији сачувани уговор сматра се мировни споразум између Ебле и Абарсала који датира између 2350. и 2250. године пре нове ере. Више о томе: Б.Кривокапић, Међународно право: корени, развој, перспективе, Београд, 2006, стр.18-20.

8 J.Pictet, op.cit., p.7.

У старом Египту налазимо документе који доказују постојање ратних обичаја хуманитарног карактера. Позната је заповест која потиче из другог миленијума пре нове ере, а која гласи: “Ти треба да даш храну и свом непријатељу. Гост, ма био он и непријатељ, не сме бити повређен”. Други документ из овог периода садржи упутство да се заробљеници ослободе, болесни лече, а мртви сахране⁹. Целокупан ратни плен у старом Египту припадао је фараону. Заробљеници су сматрани робовима и личном својином фараона који је одлучивао о њиховој даљој судбини, а често их је примао у своју војску¹⁰.

Посебно су занимљива археолошка открића везана за хетску цивилизацију, која показују да је код овог народа био изграђен за то доба веома висок степен хуманости у вођењу ратова. Хети су слично Вавилонцима почињали рат објавом и склапали мировне споразуме ради његовог окончања. У случају када би им се непријатељски град добровољно предао његови становници нису убијани нити масакрирани. Са више строгости поступали су према градовима из којих је пружан отпор, али су и тада они веома ретко разарани¹¹. Овакви хумани обичаји били су у великом раскораку са бруталношћу код неких других народа, као што су, на пример, Асирци чија је свака војничка победа била праћена гнусним зверствима над пораженим противником. Ратни заробљеници били су обично жртвовани божанству. То ритуално убијање није значило акт освете, већ је представљало знак захвалности боговима¹².

У првом миленијуму пре нове ере настају нове цивилизације на тлу Азије. У великим литералним делима, религиозним књигама и правилима ратничке вештине ових народа садржана су правила и обичаји инспирисани хуманитарним обзирима за које се може сматрати да су претече норми данашњег хуманитарног права. Тако су у чувеном индијском епу Махабхарата, законнику Ману и јапанском кодексу вештине Бушидо постављени неки основни принципи и заповести за ратнике који су далеко испред свог времена. Ратницима се, рецимо, забрањује да убијају непријатеље који су онеспособљени за борбу или су се предали. Рањени противници морају се лечити, а након излечења вратити у своју домовину. Од зараћених страна се захтева да у сукобима поштеде земљораднике,

9 Ibid., p.8.

10 Примање заробљеника у војску победника, практиковано често у фараонском Египту, ретко се појављује код других источних народа. Херодот у својој Историји (превод, Нови Сад-Београд, 1967) на више места (стр.44-45 и 186-188) помиње примање угледних заробљеника у службу противника. Најчешће су то угледне личности: побеђени владари, чланови њихових породица, заповедници противничке војске или богати појединци. Више о разлозима за коришћење ове установе: В.Јончић, Међународно хуманитарно право, Београд, 2010, стр.28-30.

11 J.Pictet, op.cit., p.8.

12 G.Conteneau, Бабилон и Асирија (превод), Загреб, 1978, стр.129.

оне који моле за милост, изморене и поспане противнике или ратнике чије тело није покривено оклопом или одећом¹³.

У исто време није допуштено коришћење нечасних средстава ратовања, као што су стреле са назупченим врхом, отровне или запаљене стреле. Најстарија забрана коришћења те врсте оружја потиче још из Хамурабијевог закона. Овај закон је чак прописивао санкцију за оне који у рату употребљавају отровно оружје¹⁴. Поред тога, постоје прецизна правила о заплени непријатељске имовине чија је пљачка забрањена, као и правила која регулишу услове за држање заробљеника. Посебно је занимљиво обичајно правило по коме се у току борбе, да би се непријатељ принудио на предају, не сме објавити да се никоме неће поштедети живот. Забрањено је, такође, убити или гонити непријатеља који бежи¹⁵.

Слична хуманитарна правила ратовања постојала су у старој Кини. Тако у књизи "Уметност ратовања" кинеског писца Сун Тзеа из IV века пре нове ере пише да је забрањено рањавати и повређивати непријатеље који су неспособни за борбу (рањени или болесни), да је забрањено малтретирати старце и рањенике непријатељске војске, уз навођење конкретних примера великодушног односа војника према ратним заробљеницима¹⁶. Поред осталог, у древној Кини је било забрањено водити ратове у време сетве и жетве.

С друге стране, у религиозним књигама из овог периода налазимо заповести хуманитарне природе везане за рат и однос према непријатељским војницима и цивилима. Тако се на једном месту у Библији каже: "не убијај непријатеље који су се предали; покажи милосрђе према рањеницима, женама, деци и старцима."¹⁷ Ратни заробљеници су, међутим, одвођени у ропство у складу са обичајима тог доба

У античкој Грчкој су се, такође, формирала и развила правила и обичаји ратовања, будући да су ратови између грчких градова држава били веома честа појава. Тако су стари Грци практиковали објаву рата преко нарочитих изасланика херолда који су стајали под заштитом божанства и сматрали се неприкосновеним. Поред њих, као неповредиви сматрали су се свештеници, пророчице и светилишта. Уобичајено је било да се поштеди живот лицима која

13 А.Н.Стојанов, Очерки истории и догматики международного права, Харьков, 1875, стр.41-43; наведено према: Б.Кривокапић, Међународно право: корени, развој, перспективе, Београд, 2006, стр.28

14 Више о разлозима забране отровног оружја: М.Sassoli, A.Bouvier, *op.cit.*, p.97.

15 Б.Кривокапић, О пореклу међународног права, Годишњак удружења за међународно право, 2004-2005, стр.102.

16 Наведено према: Ђ.Лопичић, Ратни злочин против цивилног становништва из чл.142 КЗ СРЈ, Београд, 1999, стр.20-21.

17 J.Pictet, *op.cit.*, p.8; И.И.Котлјаров, Международное гуманитарное право, Москва, 2003, стр.6.

су се склонили у неки храм. Херолди су посредовали и приликом закључења примирја, размене заробљеника или сахране погинулих ратника.¹⁸ Међутим, било је случајева започињања ратова без званичне објаве или плачкања храмова и убијања непријатеља који се у њима сакрио.

Првобитни грчки обичаји и норме о вођењу рата који потичу из Хомеровог доба (крај другог и почетак првог миленијума) били су прилично брутални и остављали мало простора за хумано поступање према непријатељу. Они су допуштали пустошење непријатељске земље и разарање градова као регуларно средство да се противник принуди на мир. У то време поробљавање и убијање становништва пораженог противника било је уобичајена појава. Сматрало се да је побеђени непријатељ својина победника који је по свом нахођењу могао његов народ да убије, прода или претвори у робове. Чак и неки најблиставији умови овог периода, попут Платона и Аристотела, поробљавање непријатеља сматрају нормалним, одбијајући да робовима признају људско достојанство¹⁹.

Међутим, током времена стари грчки обичаји се постепено ублажавају и замењују новим, много хуманијим правилима ратовања. Ово нарочито долази до изражаја у доба класичне Грчке у периоду од VIII до IV века пре нове ере. Од тада престаје убијање робова, већ се они размењују или откупљују. Посебно се изграђује и развија култ поштовања погинулог непријатељског војника. Ратници се обавезују да погинулог непријатеља сами сахране на достојанствен начин или да га предају противничкој страни ради сахране. У том циљу често се склапају примирја ради размене погинулих, рањених или заробљеника²⁰. За овај период карактеристично је стварање посебних правила и обичаја везаних за опште грчке празнике. Тако се у време Олимпијских игара и других сличних светковина прекидају сви ратови између грчких држава, а нови не започињу. Прекршиоци ове забране били су изложени не само божанској санкцији, већ су морали да плате новчану глобу²¹.

Развој правила и обичаја ратовања у Риму одвијао се у две временски одвојене и суштински различите фазе: првој, док је Рим био само један од градова држава и другој, када је увећана Римска империја ставила у однос зависности све околне народе и територијално обухватила највећи део тада познатог света. У старијем периоду римске историје одлучујућу улогу у изградњи ратних правила и обичаја имао је колегијум свештеника-фецијала (*fratres fetiales*) састављен од двадесет чланова који су доживотно вршили свој позив, на челу са врховним

18 Б.Јанковић, З.Радивојевић, Међународно јавно право, Ниш, 2011, стр.51.

19 J.Pictet, op.cit., p.9.

20 Тукидид, Повјест Пелопонеског рата (превод), Загреб, 1957, стр.43 и 72; Б.Јанковић, З.Радивојевић, op.cit., стр.51.

21 Б.Кривокапић, Међународно право: корени, развој, перспективе, Београд, 2006, стр.29.

свештеником (*prater pratatus*). Они су током времена створили посебно право фецијала (*jus fetiale*) које је обухватило и неке обичаје и правила ратовања²².

У случају спора са суседном земљом фецијали су одлазили до њене границе и уз заклетве постављали захтеве које она мора да испуни да би избегла рат са Римом. Уколико на те захтеве после 33 дана није потврдно одговорено прибегавало се посебном церемонијалу за објаву рата: фецијали су поново долазили до границе и бацали на територију суседне државе неку врсту копља што би симболично значило почетак рата. Само тако објављени рат сматрао се допуштеним и законитим²³.

Из овог периода потиче и позната подела ратова на праведне (*bellum justum*) и неправедне (*bellum injustum*), подела која ће у средњем и новом веку доживети своју ренесансу и касније бити широко прихваћена од стране империјалистичких сила. Као праведан рат сматрао се рат који је има праведан узрок (*justa causa*) и који је правилно започет, односно објављен по прописаном церемонијалу. Римљани су познавали четири оправдана разлога за рат: напад на римску територију, повреда правила о посланичкој неповредивости, одметање од римског врховног господарства и стављање на страну непријатеља Рима²⁴. Да би рат био праведан било је још потребно задовољити одређене формалности, што је укључивало поновљено тражење од друге стране да пружи задовољење, односно да испуни римске захтеве.

У другој фази римске историје ратна правила и обичаји постају безобзирнији и окрутнији. Мада је своју војну и политичку моћ дуговао чврстој војној организацији и развијеном правном поретку, примена овог права завршавала се на границама Рима. Странци, а посебно непријатељски народи били су изван сфере важења римских закона. Победник у рату имао је потпуно одрешене руке: имовина побеђених сматрана је ратним пленом, земљу је узимала римска држава, док су поражени ратници и становници препуштани на милост и немилост освајача²⁵. Не ретко они су убијани на најбруталнији начин током гладијаторских представа или церемонија организованих у част војничких тријумфа. Најбоље што се пораженим војницима и становништву могло догодити је да падну у ропство или да буду продати као робови. Међутим, и тада су они били изложени бруталном и нехуманом третману и присиљавани да у групама обављају најтеже послове²⁶.

22 Б.Ланковић, Дипломатија, Београд, 1988, стр.13.

23 Б.Д.Левин, Историја међународног права, Москва, 1962, стр.16.

24 А.Ривијер, Основи међународног права (превод), увод М.Веснића, Београд, 1897, стр. XXVIII.

25 А.Н.Талалаев, Международные договоры рабовладельческого общества, Правоведение, 1969, но 3, стр.137-138.

26 J.Pictet, op.cit., p.10.

Наравно, у Риму је било појединачних примера хуманог поступања када војсковође нису убијале поражене ратнике, док су непријатељски рањеници збрињавани и лечени. Исто тако, међу римским мислиоцима тога времена било је оних који су дигли свој глас против безобзирности ратних обичаја. У том погледу посебан значај имала је стоичка школа и њени еминентни представници Сенека и Цицерон. Они су тврдили да рат не укида све обавезе које намеће право²⁷. На жалост, ови апели за хуманизацију ратних обичаја и правила нису имали већи утицај на римску војну праксу. Чак ни увођење хришћанства као званичне религије није довело до ублажавања ратних обичаја. До извесне хуманизације правила ратовања дошло је тек пред сам крај Римске империје, али не као резултат промене ратне филозофије и схватања рата, већ једноставно као израз слабости и немоћи Рима да се одупре нападима варварских племена.

На крају осврта на антички период потребно је указати на две заједничке карактеристике обичаја и правила везаних за ратовање. Најпре, хуманитарни карактер неких од ових правила налазио се под симболичном заштитом религиозних уверења. Они су поштовани због веровања да ће прекршиоци тих норми бити изложени божијој санкцији на овом или оном свету. У каснијем развоју постепено нестају сакрални елементи у овим правилима, али се тиме није нужно подигао степен њихове хуманости. Божанска санкција бива замењена овлашћењем власти победника да цене и кажњавају прекршиоце ратних правила и обичаја, али се то овлашћење користило крајње субјективно и арбитерно, о чему речито сведочи пракса Римске империје.

С друге стране, ратна правила и обичаји из античког доба далеко су од тежње да буду универзално примењени. Они су били ограниченог важења и строго регионални. Најбољи пример за то ја античка Грчка у којој су обичајна правила примењивана само у случају рата између грчких држава, али не и у сукобима са варварима у које су спадали сви народи који не говоре грчким језиком. Тако су обичаји и правила ратовања, без обзира на то колико су нека од њих била развијена и хумана за то доба, важили само за сукобе између одређених народа, на одређеном подручју и за одређене врсте ратова²⁸. Изван ових ограничења није било никаквих правила и ратови су вођени крајње брутално.

3. СРЕДЊИ ВЕК

У средњем веку ратови, посебно у Европи, свакодневна су појава и основно средство за решавање спорова. Феудална расцепканост и вазална зависност великог броја локалних господара, уз право феудалаца да међусобно воде ратове, понашајући се као да су самосталне државе, битна су обележја овог

27 Ibid., p.11.

28 Г.Перазић, *op.cit.*, стр.5-6.

периода. Наиме, сваки јачи феудалац имао је право да независно води своју спољну политику и да самостално прибегава коришћењу силе ради задовољења својих интереса. Најбољу потврду тога представља право приватног рата које је карактеристично за рани феудализам.

Пошто су ратови чести у пракси се постепено стварају нова ратна правила и обичаји за поступање у борби. Међу чиниоцима који су пресудно утицали на развој тих правила, а поготово њихових хуманитарних елемената, највећи значај имају два фактора која су дошла до изражаја у Европи у периоду од XI до XV века: најпре, утицај хришћанске, посебно католичке цркве, а затим, стварање ратерских правила, односно феудалног витешког кодекса.

Од сталних ратова који су вођени беспошtedно и сурово значајне штете трпела је католичка црква. Почевши од XI века она тежи да на различите начине ограничи право на вођење рата. Увођењем установе "божјег мира" (*Pax dei*) црква настоји да забрани вођење ратова у време значајних празника (Божића, Ускрса и др.) или чак у одређене дане током недеље. Тако је у Француској 1041. године донет пропис по коме је примирје трајало сваке недеље од среде увече до понедељка ујутру. Као санкција са непоштовање ових правила претила је екскомуникација²⁹.

Поред тога, католичка црква настојала је да ограничи приватне ратове проглашавајући их неправедним, насупрот јавним ратовима који су сматрани праведним и допуштеним. Под јавним ратом подразумевао се рат држава, односно суверених владара који испуњава одређене услове: такав рат могао је да започне и води само владар, а не приватно лице; неопходан је правичан повод за рат; и потребна је добра намера бораца. Посебна обавеза зараћених страна била је да једна другој објаве рат и да поштују потребно време од тренутка објаве до почетка борбе. Насупрот томе, приватни рат је дефинисан као рат који се води између владара и вазала, између појединих вазала, између градова и између градова и појединих племића³⁰. Практична вредност ове подела састојала се у томе што је правом хришћанину било дозвољено да учествује само у праведном и јавном рату. У пракси се, међутим, то разликовање сводило на крајње арбитарно опредељење цркве о проглашењу конкретног рата за праведан и неправедан³¹.

За оцену утицаја католичке цркве посебно је значајно што се у овом периоду на црквеним саборима почињу да доносе прописи са циљем спречавања најгорих бруталности у рату и његове постепене хуманизације. Тако је на основу закључака усвојених на III латернском концилу из 1179. године било забрањено заробљавати и убијати свештенике, жене и децу. Ова забрана се, међутим, односила само на хришћанске народе, али не и на лица у сукобима

29 Б.Кривокапић, Међународно право: корени, развој, перспективе, Београд, 2006, стр.44.

30 Е.Нис, Порекло међународног права (превод), Београд. 1895, стр.100.

31 Ibid., стр.104.

са нехришћанским народима. Од тада се ратни заробљеници хришћанске вере не претварају у робове, док се заробљеници друге вере убијају или одводе у ропство³². Поред тога, црква је покушавала да наметне одређена ограничења у циљу забране неких средстава ратовања или ради заштите сопствених добара. Трећи латерански концил забрањује коришћење оне врсте оружја које је “убитачно и мрско Богу”³³. Посебним прописима црквени поседи и имовина у рату проглашавају се неповредивом. Упркос томе, многе од поменутих забрана су остале на снази веома кратко или су у пракси ова правила исувише често кршена.

Други значајан фактор који је утицао на развој хуманитарних обичаја у рату везан је за ритерска правила, односно витешки кодекс ратовања. Ова установа проистекла је из тзв. права на оружје које успоставља правила о учесницима у рату, тј. одређује ко има право да води рат. Право на оружје означавало је право феудалаца и једног броја слободног становништва да носе оружје у свакој прилици. Рат је био ствар феудалне аристократије која је имала монопол над његовим вођењем, па су зато учесници морали да носе обележја припадности војсци одређеног племића³⁴.

Ратови су вођени уз поштовање правила витешке части која налаже да се дата реч противнику мора поштовати. Из тога следи основни постулат установе витештва да обећање мора бити одржано чак и према непријатељу са којим се ратује. Уз то иду и друге моралне заповести: обавеза да се у рату поступа часно, верно, лојално и милосрдно, да се поштује достојанство пораженог противника, да му се поштеди живот или да се евентуално ослободи³⁵. У овој богатој ризници установе витештва могу се наћи корени неких данашњих правила хуманитарног права, као што је рецимо правило о забрани напада без објаве рата, поштовању непријатеља који је истакао белу заставу ради предаје или забрани коришћења нехуманог оружја који изазива сувишне патње³⁶.

Међутим, значај и утицај витешких правила на развој међународног хуманитарног права не треба прецењивати. По својој правној природи установа витештва је крајње идеалистичка и рат посматра као неку врсту забаве или игре аристократије која се мора одвијати по унапред утврђеним правилима. С друге стране, домен примене ритерских правила строго је ограничен и одређен друштвеним статусом учесника у рату. Та правила важила су само за хришћанске народе и то само у борбама између припадника племства. У сукобима са

32 J.Pictet, *op.cit.*, p.15.

33 Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1961, p.18

34 J.F.C.Fuler, *Armament and History*, London, 1946, p.42.

35 G.I.A.D.Draper, *Penitential Discipline and Public Wars in the Middle Ages*, *International Review of the Red Cross*, 1961, no 1, pp.63-64.

36 G.I.A.D.Draper, *The Interaction of Christianity and Chivalry in the Historic Development of the Law of War*, p.12; наведено према: J.Pictet, *op.cit.*, p.16

неверницима или кметовима приликом гушења сељачких и народних буна није било никогвог витештва, већ су борбе вођене крајње брутално и сурово³⁷.

Период средњег века обележен је појавом првих писаних упутстава о рату и ратним правилима које доносе поједини феудални владари. Тако је енглески краљ Ричард I још 1189. године саставио правилник о војсци који је послужио краљу Ричарду II да 1385. године изда свој Статут. Овај документ садржи 26 чланова који, између осталог, забрањују под претњом смртне казне, да се пљачкају и пале цркве, заробљавају свештеници, нападају жене и деца. Ратни заробљеник морао је да буде одведен краљу или маршалу који су одлучивали о његовој судбини. Право на статус заробљеника могао је да има само војник који на грудима или леђима има ознаку владара за кога ратује. У супротном сматран је незаконитим ратником и није могао да рачуна на заштиту или милосрђе³⁸.

4. НОВИ ВЕК

Покрет реформације који започиње у XVI веку означио је слабљење и нестанак црквеног јединства у Европи. Католичка црква губи верску доминацију, а папа престаје да буде врховни духовни ауторитет у свим стварима, па и у питањима рата. Упоредо са тим слаби ауторитет забрана и ограничења у рату која је до тада наметала католичка црква. Ратови постају све суровији и воде се мимо било каквих правила која су до тада више или мање поштована.

Један од најкрвавијих сукоба тога доба, који је по својој бруталности превазишао све познате ратове од времена варварства, а који је по броју жртава надмашен тек у II светском рату, био је тридестогодишњи верски рат. Започет у Прагу 1618. године водио се углавном на територији данашње Немачке између Фердинанда II владара римско-немачког Светог царства и протестантских немачких принчева, којима су се касније придружиле протестантска Шведска и католичка Француска. Суштина овог сукоба широких размера, који је у правом смислу речи опустошио тадашњу Европу, састојала се у отпору покушају Фердинанда да другим европским народима наметне идеју о уједињеном хришћанском царству у коме би папа владао на духовном, а император Светог царства на световном плану³⁹.

Рат између католика и протестаната окончан је 1648. године закључењем тзв. Вестфалског мира. Овај мировни уговор узима се као прекретница у историји развоја међународног права. Ниме је Европа конституисана као скуп формално једнаких и суверених држава. Међусобни односи европских

37 Б.Кривокапић, Међународно право: корени, развој, перспективе, Београд, 2006, стр.44.

38 Е.Нис, *op.cit.*, стр.224-225.

39 L. Le Fur, *Le développement historique du droit international*, Recueil des cours, La Haye, 1932, III, 41, p.30

хришћанских држава успостављени су на основу принципа равнотеже снага и тиме постављени темељи међународног права као посебне гране права. У исто време Вестфалски мир означио је почетак стварања међународног обичајног ратног права⁴⁰.

Процес прерастања првобитних, простих обичаја у правила обичајног ратног права трајао је пуна два века. Тај дуг и мукотрпан процес уобличавања неписаних ратних правила нашао је најпре свој израз у теорији међународног права. Темеље класичне доктрине ратног права поставио је Гроцијус у свом делу *De jure belli ac pacis* из 1625. године. Међутим, и пре њега било је теоретичара који су, бавећи се поделом на праведне и неправедне ратове, настојали да изложе нека неписана правила ратовања.

Радови Виторије су у погледу залагања за хуманост у рату далеко испред свог времена. Изучавајући проблем праведних ратова, он сматра да је једини оправдани разлог за прибегавање рату повреда права, а његов циљ кажњавање неправде. Ратови који се воде ради проширења империје или у славу владара нису законити. Виторија осуђује непотребне масакре и патње у рату оних које назива невиним и одбацује доктрину правичног рата која дозвољава крвопролиће⁴¹. Међутим, ови хуманитарни ставови значајно су релативизовани његовим прихватањем да се у неким случајевима (на пример, рат са Сараценима) заробљеници могу побити, а њихове жене и деца одвести у ропство⁴².

У делима Сота разматрају се, такође, последице рата са становишта хуманости⁴³, док Ајала излаже права и обавезе ратујућих страна одбацујући идеју да рат не познаје право. Његов је став да пре неког неправедног рата ништа не може да се припише војнику који је једноставно дужан да буде послушан свом владару⁴⁴. Са своје стране Боден правда рат и насиље према оном суверену који крши правила међународног права. Циљ сваког таквог рата није постизање мира, већ остварење правде, стварање таквог стања у коме неће бити повреде међународног права⁴⁵.

Питањем услова за вођење праведног рата бавили су се Сурез и Ђентили. Први од њих прибегавање рату види као вршење права које сувереним државама признаје међународно право. Праведан је само онај рат који има за циљ кажњавање због претрпљене штете. У том смислу он вођење рата поистовећује

40 К.Обрадовић, Међународно право оружаних сукоба – од ратног до хуманитарног, Хуманитарно право: савремена теорија и пракса, Београд, 1997, стр.34.

41 Б.Јанковић, З.Радивојевић, *op.cit.*, стр.56.

42 М.Бартош, Међународно јавно право, I, Београд, 1954, стр.67.

43 Б.Јанковић, З.Радивојевић, *op.cit.*, стр.56.

44 В.Ауала, *De jure et officiis et disciplina militari*, III, Carnegie Institution of Washington, 1912, p.23; наведено према: В.Јончић, *op.cit.*, стр.46.

45 Б.Јанковић, З.Радивојевић, *op.cit.*, стр.56.

са вршењем правде од стране суда, али оставља отворено питање шта се дешава када држава која започне праведан рат претрпи пораз на војном пољу. Поред тога, Суарез је изложио друге услове и ограничења приликом вођења неправедних ратова настојећи да се избегну суровости и бруталности према непријатељским војницима⁴⁶. Ђентили полази од става да рат може да буде само сукоб између оружаних снага држава. Позната је његова дефиниција рата: *bellum est publicorum armorum justa contentio*. Он из области међународног права искључује приватне ратове којима се често прибегавало у ранијем периоду⁴⁷.

Гроцијус је први покушао да традиционалну поделу ратова на праведне и неправедне утемељи на праву. Живећи у доба сталних ратова између апсолутистичких држава, он настоји да рат стави у правне оквире нудећи уместо моралне оцене његове правичности критеријуме чија се примена може контролисати. Зато се опредељује за појам законитог рата који се води између суверених власти и за који је потребно да буде јавно обзнањен путем објаве учињене другој ратујућој страни. На овај начин посредством формалности, тј објавом рата од стране носиоца суверене власти, акти непријатељства постају законити за обе зараћене стране, без обзира што по својим мотивима и разлозима рат може бити неправедан за неку од њих⁴⁸.

Као и већина моралиста тога времена, Гроцијус не осуђује рат као такав, већ га посматра као природну чињеницу који ниче из тежње за самоодбраном. Вођење рата је један од значајних елемената надлежности држава и средство њиховог опстанка. Од држава се не може очекивати да се одрекну неког од својих основних права само зато да би избегле прибегавање рату. Међутим, сила мора по Гроцијусу бити стављена у службу правде. Стога се он залаже за рат као организовани облик насиља који се не може апсолутно ни осудити ни дозволити. Прибегавање рату може бити оправдано ако има за циљ да се обезбеди поштовање права, да се добије накнада за неправедно проузроковану штету, да се заштити од озбиљне спољне претње или му је циљ кажњавање тешког кршења права⁴⁹.

Пошто није могуће уклонити рат из међудржавних односа, Гроцијус се залаже за његово правно регулисање. У том смислу рат се мора водити у границама које поставља право, правичност и добра вера. У постојећој ратној пракси држава он проналази обичајна правила која уређују вођење рата и односе у рату. Настојећи да дефинише и систематизује норме које се примењују на

46 De Legibus, Liv.II, chap.XIX, No 9; наведено према: A.Favre, Principes du droit des gens, Paris, 1974, pp.50-51.

47 Б.Јанковић, З.Радивојевић, op.cit., стр.56.

48 H.Grotius, De jure belli ac pacis, Liv.III, chap.III, V; наведено према: A.Favre, op.cit., pp.55-56.

49 H.Grotius, De jure belli ac pacis, Prolegomena 25; наведено према: С.Аврамов, М.Крећа, op.cit., стр.616.

државе током извођења непријатељстава, Гроцијус је убеђен да када би ова неписана ратна правила постала опште позната свима, онда би се државе уздржавале од њиховог кршења⁵⁰.

С друге стране, посматрајући историју хришћанског света, Гроцијус је приметио такве поступке у рату којих би се и варвари стидели⁵¹. То је навело овог писца да формулише две групе правила која се тичу аката ратујућих страна: најпре, он излаже оно што међународно право дозвољава, а затим указује на ограничења која се морају поштовати у вођењу непријатељства. Управо у тим ограничењима која треба да ублаже страхоте рата (тзв. *temperamenta belli*) налази се основ савремених правила међународног хуманитарног права.

Повлачећи разлику између права на рат (*jus ad bellum*) и правила о вођењу рата (*jus in bello*), Гроцијус је покушао да пронађе равнотежу између оправдане употребе војне силе и захтева хуманости. По његовом мишљењу, правичан основ за прибегавање рату не негира обавезу ратујућих страна да поштују правила ратовања. Насилје изван оквира онога што је неопходно за војну победу не може се оправдати. Војна сила није сама себи циљ, већ представља средство које се може користити само до одређене мере⁵². Зато се цивилно становништво, па и сами учесници у борби морају поштедети увек када то омогућава војна потреба.

Иако су Гроцијусове идеје касније широко прихваћене у теорији, правила о обичаји ратовања нису могли да буду само дело доктрине међународног права. Одлучујућа улога у процесу настанка и развоја обичајног ратног права припада државама, јер је од њиховог става у крајњој линији зависило прерастање обичаја у обавезујућа правна правила. Тачније речено, било је неопходно да се код држава формира правна свест о обавезности постојећих, неписаних и расејаних правила и обичаја ратовања. Докази да је та свест створена и да су државе прихватиле обавезу поштовања правила и обичаја у ратној пракси могу се пронаћи како у оквиру унутрашњег права, тако и на међународном плану.

У овом периоду државе почињу да доносе своје интерне прописе у облику војних закона или правилника који садрже норме и упутста о начину поступања армија на бојном пољу. Прва писана упутства војницима о томе како треба водити рат издали су енглески владари још у XV и XVI веку. Таква правила налазе се у Правилнику Хенрија V из 1415. године и Наредби Хенрија VIII из 1544. године⁵³. Слични прописи доносе се и у другим земљама: у Аустрији цар Максимилијан издао је Ратни правилник 1508. године; гроф Нортхумберлански саставио је Закон за војску краља Карла I 1640. године; у Енглеској гроф Есекс

50 H.Grotius, De jure belli ac pacis, Liv.III, chap.III, V; наведено према: A.Favre, op.cit., p.55.

51 H.Grotius, De jure belli ac pacis, Prolegomena 28; наведено према: С.Аврамов, М.Крећа, op.cit., стр.601.

52 H.Grotius, De jure belli ac pacis, Liv.III, chap.VI; наведено према: J.Pictet, op.cit., p.20.

53 Е.Нис, op.cit., стр.224-225.

доноси 1643. године Ратне законе и уредбе за војску Парламента⁵⁴. Негде до пред крај XVIII века ратно право постаје саставни део војног законодавства у скоро свим европским земљама.

Упоређујући одредбе војних приручника пада у очи велика сличност у начину хуманог поступања на бојном пољу како у односу на противничке војнике, тако и према цивилном становништву и имовини непријатеља. Војсци се намеће обавеза да ратна дејства усмерава искључиво против бораца и то само док се они боре и нису избачени из строја. Мирно и покорно непријатељско становништво се штеди и не сме бити предмет напада. Ратни заробљеници уживају посебну заштиту током рата да би после окончања непријатељстава били размењени или ослобођени без плаћања откупа. Правилници обавезују војску да прави разлику између јавне имовине која може да буде ратни плен и приватне имовине чије је пљачка забрањена⁵⁵.

На међународном плану писана правила о вођењу непријатељстава могу се наћи у двостраним уговорима о пријатељству и миру и различитим војним картелима које су зарађене стране и њихови војни команданти закључивали почевши од друге половине XVII века. У овом периоду чести су уговори ратујућих страна којима се детаљно регулише положај ратних заробљеника и начин њихове размене. Они садрже одредбе о поступању и исхрани заробљеника током држања у заробљеништву, третману за време њиховог транспорта у домовину, пружању неге болесним заробљеницима и ослобађању у току или после окончања непријатељстава⁵⁶. Ови уговори немају јасно прецизирану и општеприхваћену форму и садржину, већ су они зависили од случаја до случаја.

Нешто већи значај имају уговори о миру и пријатељству које су склапале тадашње велике војне силе. Најпознатији уговори те врсте закључени су између Француске и САД 1778. и између Пруске и САД 1785. године⁵⁷. У њима већ налазимо стандардна правила о заштити цивилног становништва и ратних заробљеника. У случају рата стране уговорнице дозвољавају трговцима, поданицима и грађанима друге стране да у одређеном року напусте непријатељску земљу. Ратним заробљеницима се обезбеђује исхрана и смештај на исти или сличан начин као и припадницима сопствене војске. Официри треба да буду ослобођени на реч, послати у прикладна подручја и намирени истим следовањем као и официри истог или сличног ранга противничке војске. Остали војници биће затворени у бараке и добијати следовање примерено обичном војнику противничке војске. Свакој од уговорних страна дозвољава се да формира

54 G.Schwarzenberger, *The Law of Armed Conflict*, London, 1968, Vol.II, p.17.

55 Више о томе: К.Обрадовић, *op.cit.*, стр.34

56 За примере ових уговора: P.Fauchille, *Traité de droit international public*, Vol.II, Paris, 1921, pp.173-185.

57 W.Flori, *Prisoners of War*, Washington, 1942, pp.116-117.

комисије састављене од особа које уживају поверење са задатком да посећују заробљенике и доносе им помоћ⁵⁸.

Остављајући по страни разлике у детаљима, поменути двострани уговори о миру и војни картели показују сличан, па чак и идентичан хуманитарни приступ у погледу регулисања неких питања. Тако се непријатељски рањеници и болесници више не посматрају као ратни заробљеници, већ им се пружа иста нега и помоћ као властитим војницима. Они се после излечења враћају у сопствену земљу. Иста обавеза постоји у односу на санитетско особље и свештенике које падну у руке непријатеља, док болнице обележене на прописан начин уживају имунитет од напада. Преживели ратни заробљеници уживају заштиту и могу бити размењени без плаћања откупа. Мирно цивилно становништво се не напада нити злоставља⁵⁹.

Сличност одредаба војних приручника и уговора из овог периода постепено су довели до уобличавања обичајних правила међународног ратног права. У исто време то показује да се до почетка XIX века код држава формирала заједничка правна свест о основним правилима обичајног ратног права. Управо свест о обавезности представља онај критични моменат, односно битан услов за настанак овог дела међународног права.

Међутим, војни приручници и двострани међународни уговори као докази који потврђују постојање правне свести држава о обавези поштовања неписаних обичајних правила ратног права имају значајне слабости. Интерна правила ратног права доноси свака држава посебно. Као што их самостално усваја, држава их може у сваком тренутку на једностраној основи изменити и укинути. То ствара велику несигурност у ратној пракси, јер не постоје гаранције да ће се војни правилници примењивати и поштовати. С друге стране, недостатак билатералних уговора је њихово релативно дејство, будући да су они обавезни само за стране уговорнице и то само у случају оружаног сукоба који избије између њих. У ратовима са трећим државама на сцену опет ступају неписана обичајна правила ратног права која се у пракси различито схватају, тумаче и примењују.

Све ово, заједно са промењеним карактера рата који престаје да буде борба између професионалних армија, већ постаје општи оружани сукоб свих потенцијала народа, као и појава нове војне технологије са све разорнијим оружјем, утицали су да се у првој половини XIX века у међународној заједници осети снажна потреба за прецизирањем обичајних правних правила и да се она преточе у писмени облик. У то време појавила се идеја, а затим и снажан покрет за кодификацију међународног ратног права, односно потврђивање признатих обичајних правила уговорним путем. Тако су сазрели услови да се у

58 В.Јончић, , op.cit., стр.51-52

59 J.Pictet, op.cit., pp.21-22.

форми вишестраних уговора који ће обавезивати све или велику већину држава сакупе, ситематизују и даље развију постојећа правила обичајног ратног права. Конвенција за побољшање судбине рањених војника на бојном пољу, усвојена у Женеви 1864. године, један је од првих уговора те врсте. Њено закључење означило је истински почетак модерног, кодификованог међународног хуманитарног права.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Origin of International Humanitarian Law

Summary

There is no common agreement in legal theory on the origin of International Humanitarian Law (the law of war) as part of International Public Law. However, there is a prevailing standpoint that its genesis is closely associated with the adoption of the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field (1864). The modern International Humanitarian Law, as a comprehensive system primarily based on written documents, was created in mid-19th century but its roots are to be found in distant past.

The origins of warfare rules and humanitarian customs may be traced back to the early organized societies and their first armed conflicts. Being forerunners of the contemporary International Humanitarian Law, these rules and customs may be found in all cultures and civilizations worldwide. Consequently, the origins of International Humanitarian Law may be traced throughout history; starting from the rules and customs of ancient eastern civilizations, Ancient Greece and Ancient Rome, we may further explore the impact of Christianity and the development of chivalry rules of warfare in the Middle Ages, which would eventually take us to the modern times which are marked by a number of significant events in this field, such as: the Thirty Years' War and the Peace of Westphalia, the consolidation of customs and warfare laws in the legal doctrine, the adoption of military manuals and warfare guidelines, and turning the rules on warfare and mere social usage (customs) into international customary law.

Eventually, in the second half of the 19th century, there was a relevant climate in the international community which enabled the adoption of multilateral treaties which would oblige all or the majority of state parties to collect, consolidate and further develop the unwritten rules of customary law of war. Concurrently, there was

Проф. др Зоран Радивојевић

ПОРЕКЛО МЕЂУНАРОДНОГ ХУМАНИТАРНОГ ПРАВА

a strong movement for the codification of international law of war, by confirming the recognized customary rules in these multilateral treaties. The first multilateral treaties signed in this area actually marked the beginning of modern International Humanitarian Law.

Key words: *law of war, humanitarian law, rules on warfare, humanitarian customs, codification, Geneva Conventions.*

Проф. др Небојша Ранђеловић, ванредни професор UDK: 347.962(=16)''4/14''
Правни факултет Универзитета у Нишу
Мр Александар Ђорђевић, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПОСЕБНИ ОБЛИЦИ СУДСТВА КОД СЛОВЕНА КАО ПРИВИЛЕГИЈА ПОЈЕДИНИХ КАТЕГОРИЈА СТАНОВНИШТВА У СРЕДЊЕМ ВЕКУ^{1*}

Апстракт: Постојање посебних облика аутономног судства у словенским државама последица је или преживелих односа наслеђених из првобитне заједнице или особеног развоја појединих подручја која номинално улазе у састав средњовековне државе. Аутономно судство условљено је природом ране феудалне државе, чија организација власти допушта делатност различитих јурисдикција које су дубоко укорене у правним обичајима, будући да она нема ефикаснији начин да контролише посебне категорије становништва или аутономне делове територије. Међудржавни суд у средњовековном периоду био је мешовити суд, састављен од подједнаког броја судија или пресудитеља који су делегирани од стране државних власти заинтересованих страна у спору. Суштински, он има корене још у преддржавној организацији, у родовском уређењу. Његово изворно порекло треба тражити у некадашњим међуплеменским сукобима које је свакако требало решавати на одговарајући начин. Најприродније је било да се реше активним и непосредним учешћем, посредовањем, арбитражањем или тражењем компромиса обе стране.

Обе врсте судова, и међудржавни, тј. мешовити суд и аутономни облици судства странаца и посебних слојева становништва одсликавају висок степен повластица које су поједине групе људи уживале у средњовековном праву уопште, па и у свим словенским правним системима.

Кључне речи: судство, аутономни облици судства, мешовити суд, средњи век, словенски правни системи, обичајно право.

¹ * Рад је резултат истраживања на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" који подржава Министарство просвете и науке, евиденциони број 179046

Феудална држава толерише плурализам различитих власти, предржавних и "надржавних", у очекивању да постепено, у складу са развојем општих односа, у некој ближој или даљој будућности преузме одговорност за вршење једнообразне власти на читавој територији. У међувремену, владари и крупни феудалци допуштају обичајно утемељену аутономију у вршењу прерогатива јавне власти, сматрајући је нужном и неопходном у стварању и учвршћивању недовољно јаког државноправног поретка.

Аутономни облици судства

Повеља чешког краља Собеслава из 1178. године прашким Немцима као странцима у Чешкој потврђује немачко право и немачки суд.² У том погледу је веома интересантна формулација законодавца, јер подсећа на одговарајуће законодавство српских владара: "као што су имали за време мог деде краља Вратислава".³ По одредбама ове повеље, Немци су на основу своје етничке припадности, као странци, добили право на сопственог судију кога су сами бирали и који је истовремено био и старешина градске општине. Уколико би Словен тужио Немца, судио би му немачки изабрани судија. Једини изузетак представљао је поступак поводом кривичних дела убиства и крађе, када је судио владар, али и тада по немачком праву.⁴

Судови за странце, за њихове међусобне спорове, били су врста посебног аутономног суда и у средњовековној Србији. Дубровчани су се могли парничити пред судом у Дубровнику или пред дубровачким конзулима у Србији. Конзул је судио у присуству два дубровачка властелина или два обична слободна човека. Конзуларни суд је пресуђивао само онда када би га Дубровчанин изабрао, јер је увек могао да захтева суђење у својој матици, тј. у Дубровнику. Када би изабрао конзуларни суд, одлука је била обавезујућа⁵. Осим тога, и Власи су у средњовековној српској држави такође уживали извесну судску аутономију по персоналном принципу, о чему сведочи Хиландарска повеља великог жупана Стефана Немање од 1198-1199. године, која на једном месту помиње: "и код Влаха суд неког Рада и неког Ђурђа."⁶

2 А. Соловјев, Историја словенских права, Београд 1998, стр. 161.

3 У уговорима са Дубровником, потврђујући повластице Дубровчанима на слободну трговину, али и аутономно судство на српској територији, готово идентичну норму прописао је цар Душан, позивајући се на законодавство свог деде, "светог краља", тј. краља Милутина. Иначе, краљ Вратислав је владао у другој половини XI века, тако да је то први познати непосредни помен аутономног персоналног суда за странце у словенском свету.

4 А. Соловјев, Историја словенских права, стр. 161.

5 Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, Београд 1996, стр. 697-699.

6 С. Новаковић, Законски споменици српских држава средњег века, стр. 384. О влашком судству видети: З. Мирковић, Суђење и судије у Србији од XII до XV века, одбрањена

Уговор Новгорода са тверским великим кнезом Михаилом Александровичем с почетка XIV века има сличности са повељама српских владара којима су дубровачким трговцима давали право на сопствени суд. Она прописује забрану руској државној власти да суди у међусобним споровима немачких и страних трговаца, гарантујући им персоналну судску екстериторијалност.⁷ У складу са средњовековним правом уопште, страна трговина и трговци уживали су привилегију аутономног суђења. Норма из поменутог уговора забрањује суђење страним трговцима Немцима, слично одговарајућим нормама средњовековног српског права. С друге стране, по мишљењу Хорошкевича, домаће становништво било је заштићено евентуалном применом самопомоћи према страним трговцима који им нису платили свој дуг – притварањем у кући до исплате дуга,⁸ што такође подсећа на српско-дубровачке правне прописе.⁹ У једном старијем међународном древноруском уговору између Новгорода и Готланда, забрањено је самовласно лишење слободе страног трговца због дуга, што потврђује његову некадашњу учесталу примену, посебно у временима неприкосновене владавине обичајног права.¹⁰

Посебну судску аутономију у оквиру феудалне древноруске државе уживали су развијенији градови као што су били Новгород и Псков. О томе веома исцрпно сведоче самостално донети закони ових градова – Новгородска и Псковска судна грамота.¹¹ Новгородска судна грамота предвиђа као аутономно

докторска дисертација на Правном факултету у Београду 2002, стр. 134-141.

7 А. Л. Хорошкевич, Из истории русско-немецких отношений XIII века, Исторические записки, 78, Москва 1965, стр. 220-221. Текст уговора у целини у хрестоматији А. А. Зиминова, Памятники русского права, 2, Москва 1953, стр. 138-141.

8 Исто, стр. 221.

9 Да је такав институт српског средњовековног права био у употреби, тврди С. Новаковић у Удава или апшење дужника за дуг, Васкрс државе српске, Београд 1986, стр. 232-233. Међутим, касније је овакво правно квалификовање термина “удава” оспорено у раду С. Ђирковића, Удава, Зборник Филозофског факултета у Београду, 1970, стр. 345-351. Он тврди да је “удава” казна без суда, унапред прописана за одређене врсте преступа. Уколико би се ипак прихватило гледиште Новаковића, да је у српском средњовековном праву постојало самовласно притварање страног трговца до плаћања дуга, био би, у извесном смислу потврђен прасловенски карактер овог правног обичаја.

10 В. С. Покровский, Договор Великого Новгорода с Готландом и немецкими городами как памятник международного права, <http://law.edu.ru/doc/>

11 Российско законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, Москва 1984, стр. 300-386.

судство суд посадника¹² и суд тисјацког¹³ (“тысяцки”) као изборних градских функционера. У другој половини XIV века у Новгороду је извршена реформа судског уређења која је имала и феудални карактер, будући да су судовима тисјацког и посадника придодати по двојица представника бојара и имућних људи.¹⁴ Псковска судна грамота такође прописује суд посадника, који је судио заједно са кнезом.¹⁵ Овај законски текст предвиђа и једну посебну врсту суда, који се не среће ни у једном другом словенском извору права, суд који пореклом сеже у најдубљу прошлост, у доба родовско-племенске заједнице. То је суд братчине (“суд братьшине”) предвиђен у чл. 113. речима “да суди као и судије”. Био је надлежан за сва дела настала међу члановима братчине, па чак и за најтеже кривице које су се по правилу расправљале пред кнежевим и посадниковим судом. Братчина је судила по обичајном неписаном праву, а сама се старала чак и о извршењу сопствених одлука. Суд братчине биран је од стране свих чланова за сваки конкретан спор.¹⁶

Аутономни судови Немањинских приморских градова Будве и Котора и њихов однос са владаоцевим судом у Србији употпуњују слику о плурализму јурисдикција у средњовековној српској држави. Статути ових градова значајна су сведочанства постојања још једне у односу на државно судство врсте посебних судова – градских. Посебно су занимљиви односи ових судова приморских градова према српском владару, јер су потпуно различити. По једној одлуци из 1301. године, Которанима је забрањено да се обраћају српском владару у случају спора, како српски краљ не би имао приходе из евентуалног судског поступка у коме би странка био грађанин. Насупрот томе, Будванским статутом било је предвиђено супротно – регална права српског владара била су обезбеђена изузимањем у искључиву надлежност владаревог суда већ познатих дела издаје, убиства, провода и крађе коња. У осталим случајевима, пресуђивао је аутономни суд града Будве.¹⁷

Новоосвојени тзв. грчки градови у средњовековној Србији такође су имали своје аутономно судство и судско уређење. Члан 176. ДЗ прописује да се спорови између становника жупе и грађана новоосвојених градова пресуђују пред мешовитим судом световно-духовним, састављеним према

12 Посадник – од речи “посажать” – посадити, у пренесеном значењу поставити на функцију. Испочетка намесник кнеза, а током времена постаје изборни орган градске аристократије у руским градовима.

13 Тисјацки – војни заповедник потчињен посаднику, али са извесном јурисдикцијом у граду. По мишљењу Тихомирова, тисјацки је био председавајући трговинског суда. М.Н. Тихомиров, Древнерусские города, Москва 1946, стр. 221

14 Российско законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, стр. 303.

15 Исто, стр. 332.

16 Д. Николић, Древноруско словенско право, Београд 2000, стр. 99.

17 Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, стр. 694

реформи византијског цара Андроника 1329. године.¹⁸ По речима Соловјева, у новоосвојеним грчким градовима у кривичним стварима судио је кефалија (управник града) са судом изабраних добрих људи, а у грађанским – свештеници митрополије.

Приморски јужнословенски градови имали су одувек извештан степен судске аутономије, без обзира под чијом су се влашћу налазили или чију су врховну власт номинално признавали. Међу њима се посебно истицао Дубровник. Његовим Статутом од 1272. године којим је установљено Мало вијеће, тело у коме је спојена судска и управна власт. До 1358. године главни судски орган града била је *Curia Major*, састављена од петорице судија, којој је председавао кнез.¹⁹ Судска овлашћења дубровачког кнеза била су много већа у кривичним стварима, него у грађанским парницама, будући да је водио истрагу, сам испитивао сведоке, сам одређивао казну.²⁰ Његова врховна судска власт била је ограничена Великим вијећем и Сенатом, тако да постоји равнотежа органа државне власти и њихова узајамна контрола. Извршење пресуде било је поверено *girarius*-у, установи *praesens communis*, тј. словенским речима – приставима.²¹ Судство се вршило колегијално, а судије су биране на једну годину. Овакво уређење судске власти је у Дубровник доспело услед утицаја Млетачке републике, а Дубровник је пак, са своје стране даље ширио свој утицај ширио на остале приморске јадранске градове.

Посебну аутономију у погледу функционисања судске власти уживали су и Грбаљска жупа и Паштровићи. До половине XIX века, ове области су задржале у основи народно судство и сопствене законе које су примењивале у суђењу. “Четири суђе, и дванаест властела, од сваког племена по један човјек, слободно и напређе изабран...вијећали су и судили о најважнијим пословима.”²²

“Међудржавни” и мешовити суд

У средњовековном словенском свету, међудржавни суд био је уобичајен начин за решавање спорова између два лица која су припадала различитим државним организацијама, или за решавање спорова између самих држава, тј.

18 А. Соловјев, Судије и суд по градовима Душанове државе, Гласник Скопског научног друштва, књ. 7-8, Београд 1930, стр.158.

19 К. Vojnović, *Sudbeno ustrojstvo Republike Dubrovačke*, Rad JAZU, knjiga CV, Zagreb 1891, str.3-4.

20 Исто, стр. 30-31.

21 Пристав је познат и српском и хрватском праву, а имао је функције позивања на суд и извршења пресуде. Ђ. Даничић, Ријечник из књижевних старина српских, под “пристав”. О овој прасловенској и општесловенској установи биће више речи у делу рада о судском поступку.

22 И. Синдик, Душаново законодавство у Паштровићима и Грбљу, Зборник у част шесте стогодишњице Душановог законика, Београд 1951, стр. 135 (119-182).

њених директних представника, најчешће владара. Такав међудржавни суд на јужнословенским просторима означаван је термином "станак"²³, или "опћи суд", а међу Источним Словенима "вопчий суд"²⁴, тако да се може сматрати и прасловенском и општесловенском правном институцијом. Мешовит суд био је иначе у средњем веку распрострањен као средство за уклањање сукоба две самосталне јурисдикције, јер је подмиривао два основна интереса: свака странка није била лишена суђења пред својим судом и судови нису губили доходак (глобу). Мешовити судови (судови обеју црква али и световно-духовни) били су заступљени у Франачкој у VII веку. У средњовековној Русији зову се "вопчиј", општи, опћи.²⁵ Међудржавни судови познати су и у много ранијем периоду, још у IV веку пре нове ере у Риму, као посебни међународни судови (судска већа рекуператора) која су решавала спорове између Римљана и странаца.²⁶

Међудржавни суд у средњовековном периоду био је мешовити суд, састављен од подједнаког броја судија или пресудитеља који су делегирани од стране државних власти заинтересованих страна у спору. Будући да је у том периоду, али и дуго после стварања државних творевина персонални принцип био доминанан у погледу примене права, разумљиво је да су се у коначно решење сукоба морале укључивати племенске власти обеју страна у спору. Међуплеменски суд код Словена био је објективно условљен и током времена природно је постао део обичајног права. Ране државе које су касније настајале на поменутом словенским просторима, очигледно нису биле пронашле савршенији метод решавања сукоба својих поданика, већ су наставиле са применом обичајно-правне праксе некадашњих међуплеменских судова. На тај начин, међуплеменски суд је постепено прерастао у међудржавни суд, а родовско-племенски принцип персоналног важења и примене права опстао је упркос стварању државних власти.

И по речима Јиречека, станак (*stanicum*) био је на јужнословенским просторима значајна правна установа међународног карактера – мешовити судски састанак за испитивање или поравнање спорова две општине, два града,

23 Сам термин "станак" највероватније потиче од израза састанак, састајање, стати се, што упућује на закључак о постојању покушаја постизања договора страна у спору. Током времена, он је добио и извесна специјална значења. Лексикон српског средњег века, приредили С. Ћирковић и Р. Михалчић, под "станак", Београд 1999, стр. 697. Станак као специјални међуплеменски и међународни суд не треба мешати са босанским станком под којим се подразумева збор, сабор босанске властеле.

24 "Суд вопчий", у варијанти "обчии" или арбитражни суд, као и мешовити ("смесной"). По правилу, састављен од представника власти странака у спору. Толковый словарь древнерусских юридических терминов, под ред. М. А. Исаева, под "суд вопчий", стр. 104.

25 Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, стр. 700-701.

26 М. Јовановић, *Komentar starog rimskog ius civile*, knjiga druga, *Zakon XII tablica*, Niš 2007; J. Danilović, *Iustum bellum i repesalije u prvim vekovima rimske istorije*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XXIII, 1975, str. 56-57.

два краја између Словена и Романа (Дубровчана) и сазивао се на захтев једне стране. Број представника обе власти на станку био је различит. У зависности од тежине и вредности спора, кретао се до дванаест чланова.²⁷ У уговору Дубровчана и српског краља Уроша I из 1254. године назива се једноставно суд или “опћи суд”, чиме се и овде потврђује сличност са терминологијом древноруског права и потврђују општесловенски корени овог древног института.²⁸ Јиречек такође тврди да се идентична правна установа може пронаћи у уговорима између појединих италијанских и англосаских градова у периоду од VIII до X века и наводи многобројне примере.²⁹ У Далмацији је овај обичај пограничног суда или судског расправљања у пограничним областима био познат од XIII века, тако да никако не треба занемарити и утицај западних италијанских романских приморских градова на словенска подручја, што не значи да због тога треба оспоравати и словенске корене овог обичаја.

Стара обичајноправна установа за суђење у споровима између Дубровчана и Срба, станак, поникао је као последица система персоналног дејства средњовековних закона и права у целини. Дубровачки статут из 1272. изричито наводи станак.³⁰ Обичајне норме су тада узаконене, што значи да је овај особени суд водио порекло из много ранијег периода. Дубровник је имао станке са многим земљама у окружењу (далматинским општинама, бокељским и арбанашким градовима, Босном, Хумом, Рашком, Зетом). Није било јединственог и једнообразног права на тим просторима, тако да је специфичан суд доприносио унификацији права у партикуларно феудалном јужнословенском свету. Представљао је средство за превазилажење правне расцепканости, као први орган међудржавне власти.

Најпотпунију дефиницију станка дао је Валтазар Богишић: “Станак је особита врста збора, обично на пограничном месту, ради извиђања и таложења међусобних заплета и размирица двају племена, двију општина, двију земаља или ради суђења и расправе међу појединим људима таквих двију политичких јединица.”³¹ По речима Богишића, разликовале су се две врсте станка – велики (пленарни) и мали (посебни).³² Велики су сазивале власти обеју држава ради уклањања сукоба између самих земаља и расправљања важних државних послова, док су мали сазивале приватне странке које су припадале различитим земљама и он је био предвиђен уговором. Велики станак састављан је или од

27 К. Јиречек-Ј. Радонић, Историја Срба II, 138-139.

28 С. Новаковић, Законски споменици српских држава средњег века, стр. 150-151.

29 К. Јиречек-Ј. Радонић, Историја Срба II, стр.139- 140.

30 Statut grada Dubrovnika 1272, Dubrovnik 1990, прир. М. Криžман и Ј. Колановић, књига III

31 В. Богишић, Станак по дубровачком закону 1272, у Правни чланци и расправе, Београд 1927, стр. 99.

32 Исто, стр. 108-109.

поглавара државе или чешће њихових повереника (заменика), представника извршне власти и подједнаког броја судија двеју суверених земаља (2-12). Мали станак се састојао само од подједнаког броја судија, бираних од стране две супротстављене странке (2-6 најчешће). Станак између Дубровчана и Срба састајао се у Шумету код Трифунове цркве или на Крести код Михаилове цркве, а од 1280. у Железної Плочи код Бргата.³³ Станак није био обавезан суд, па у том погледу подсећа на арбитражни. Странка која би одбила државни суд, имала је право да захтева станак.

Стефан Првовенчани у уговору са Дубровником 1214-1217. године прописује (тачније узаконјује обичај суђења станка) у парницама између Дубровчана и Срба.³⁴ Потоњи српски владари су потврђивали надлежност и делокруг рада станка.

Први српски законодавни реформатор био је краљ Милутин који је укинуо мали станак и претворио га у нарочити мешовити суд на српској територији. Године 1301. и 1302. у два уговора са Дубровником, забрањујући самовласно деловање, српски владар прописује суђење на српској територији пред једним судијом Србином и једним Дубровчанином. Разлика је што је сада такав суд подређен врховној српској власти, док је станак био међународног карактера. Из надлежности суда била су изузета кривична дела издаје, убиства, крађе роба и коња. Пренета су у надлежност владаревог суда, што значи да је мешовити суд тада увршћен у јавноправни систем српских судова, уз патримонијални и владарев.³⁵

Следећи реформатор био је цар Душан. Он је, позивајући се на законе краља Милутина, Закоником из 1349. и уговором са Дубровником из исте године мешовите парнице пренео у надлежност општих државних подређених органа. У члану 153. Законика прописан је исти принцип конституисања суда са мешовитом поротом: *“Иноверцем и трговцем поротци половина Србаљ а половина њих дружине, по закону светаго краља.”*³⁶

И порекло станка треба тражити у јужнословенском родовско-племенском уређењу, будући да га Дубровачки статут помиње као давну установу, правну старину (*antiqua constituedo*). На извесном ступњу родовске организације, јавила се потреба за узајамним везама између племена, како у економском смислу, тако и у погледу управе и суђења. Свуда где су се одржали родови и племена, сачували су се састанци на којима су се решавали спорови.³⁷

33 Исто, 114-115.

34 “и да не емле Србин Влаха без суда...да се **стају** судие где е закон, и да исправљају...” С. Стојичић, Извори за политичку и правну историју, Лесковац 1970, стр. 14.

35 Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, стр.703.

36 Д. Николић, А. Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, стр. 236.

37 Д. Јанковић, Историја државе и права феудалне Србије, Београд 1956, стр. 110.

Међуплеменски суд се под називом ‘суд добрих људи’ у појединим областима Херцеговине и Црне Горе одржао и до друге половине XIX века.³⁸ ‘Добри људи’ вероватно су остатак некадашњег малог станка, будући да су били позвани да решавају парнице поводом спорова мање вредности. Стране у спору бирале су подједнак број судија, тј. арбитра који су имали задатак да реше спор. Било је случајева да су обе стране одређивале по једног судију-арбитра, а они затим сами бирали трећег. Овакав суд могао је решавати чак и кривичноправне спорове (крађу и тучу), али је чешће пресуђивао у грађанским парницама.³⁹ Вук Караџић помиње ‘кметски суд’ у Црној Гори, који се састојао од 12 кметова изабраних од обеју страна у спору.⁴⁰

Што се тиче старог руског права, мешовити суд изричито помиње Псковска судна грамота у чл. 109, називајући га поменутиим термином ‘вопчи’. Реч је о мешовитом суду црквених и световних власти, прописаном за случај да су стране у спору припадале одговарајућим сталежима: ‘...то судить князу и посаднику с владычным наместником **вопчи**, також и судиям’⁴¹ Треба додати и да се мешовити суд у руској средњовековној држави изричито помиње и под већ поменутиим називом ‘смесный суд’ у Уставу смоленског кнеза Растислава из XIV века. Његова надлежност била је прописана у парницама између два лица из различитих удеоних кнежевина, или онда када су стране у спору припадале различитим судским властима – феудалцу и представнику државне кнежевске власти.⁴² Тиме се још више потврђује хипотеза о општесловенском пореклу установе мешовитог суда.

* * *

Аутономно судство и мешовити судови у словенским државама имали су лични и територијални карактер. Персонално важење права, принцип наслеђен из првобитне заједнице, разлог је за функционисање судова за посебне друштвене категорије у средњовековним државама као што су странци и сеоско становништво. С друге стране, један у основи антифеудални карактер трговачко-занатских центара у оквиру феудалних држава, захтевао је посебну правну регулативу. Ово се огледа и у аутономном судству појединих градова који су уживали извештан вид самоуправе. Сеоска судска самоуправа наслеђе је родовско-племенског народног судства и у многим словенским правноисторијским изворима изражена је и преко установе солидарне колективне објективне одговорности.

38 В. Богишић, Грађа у одговорима из различних крајева словенскога југа, (Изабрана дјела, том II), Подгорица 2004, стр. 495-497.

39 Ђ. Крстић, Правни обичаји код Куча, Београд 1979, стр. 174-176.

40 В. Караџић, Српски рјечник, Београд 1852, под ‘кмет’, стр. 288.

41 Российско законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, стр. 342.

42 В. Д. Гладкий, Славянский мир I-XVI века, Москва 2001, под ‘смесный суд’, стр. 646.

Prof. Nebojša Randelović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Aleksandar Đorđević, LL.M.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

***Special Forms of Judiciary in the Old Slavic Tribes
as a Privilege of certain Population Categories in the Middle Ages***

Summary

In the medieval times, the special forms of autonomous judiciary in the Slavic lands were either a result of social relations inherited from the tribal community or a result of specific characteristics in the development of certain regions which nominally constituted a medieval state. The autonomous judiciary is preconditioned by the nature of the early feudal state, whose organization of government made allowances for the activity of different court jurisdictions which were deeply rooted in the legal customs given the fact that the feudal state did not have efficient instruments to control special categories of population or autonomous provinces in its territory.

The inter-state court was a mixed court which was composed of an equal number of judges or arbiters who were delegated by the state authorities of the concerned disputing parties. Essentially, the origin of this court may be traced back to the tribal community and its roots may be found in the activities related to resolving conflicts between different tribes. The most natural means of resolving these disputes was active and immediate participation, mediation, arbitration or seeking compromises.

The existence of these two types of courts, the (mixed) inter-state courts and autonomous courts for resolving disputes involving foreigners and special population categories, reflected the extraordinary privileges which were enjoyed by some groups of people in medieval law (in general) and in all Slavic legal systems (in particular).

Key words: *judiciary, autonomous judiciary, (mixed) inter-state courts, Middle Ages, Slavic legal systems, customary law.*

ОСНОВИ ТРАСТА АНГЛОСАКСОНСКОГ ПРАВА

Апстракт: Траст (trust) је оригинални институт енглеског права који је настао за време Хенрија VIII, односно у XVI веку. Развивши се из средњовековног *isa* он је прилагођавао формализам тадашњег права стварним потребама. Он није производ никаквих теоријских конструкција, већ практичних потреба. Суштину траста представља концепција према којој је трасти номинални власник који управља и располаже предметом траста у корист бенефицијара као стварног власника или уживаоца. Његове основне карактеристике су уравнотежен правни положај трастија и бенефицијара, као и непостојање строгих ограничења у погледу предмета траста и његових учесника, што је утицало на његову еластичност, дуготрајност и вишеструку примену. Захваљујући томе траст и даље побуђује пажњу правника англосаксонског правног система, али и правника континенталног права, нарочито ако се узме у обзир жива економска сарадња између земаља ова два правна система.

Кључне речи: траст, подељена својина, врсте траста, еластичност траста.

Подељена својина

Енглески концепт својине формиран је под утицајем феудалног права, према коме је краљ једини законити титулар права својине на земљи (врховни сопственик), док су сви остали држаоци (tenants) са различитим обимом и садржајем овлашћења. На истој земљи може бити истовремено више титулара. Common Law не говори о власништву земље, већ о власништву права на њу. Дакле, у англосаксонском правном систему својина се схвата као подељено право. Више лица, истовремено, могу имати својину на истој ствари.¹ Зато,

¹ Аврамовић, С., нав. дело, стр. 346; Николић, Д., нав. дело, стр. 284. Оно реално одсликава феудалне односе, док *dominium divisum* (*Dominium directum* и *dominium utile*). Често се наводи и трећи елемент – *dominium eminens*, али он вероватно није део оригиналне теорије или је синоним за *dominium directum*) као производ средњовековних правника, представља покушај да се римско право примени на односе који му нису одговарали.

практично и нема ограничених стварних права, већ се она посматрају као врста својине².

Земље континенталног права, полазећи од римског концепта – *plena in re potestas* (потпуна власт на ствари), схватају својину као најсвеобухватније право које може имати једно лице. Титулар права својине има искључиво и, скоро, апсолутно право коришћења, уживања и располагања са ствари. Остала стварна права су само деривати својине и дају титулару само део овлашћења која припадају власнику (стварна права на туђим стварима или *iura in re aliena*). Као таква, својина је централни појам стварног права и представља једну недељиву целину односно, немогуће је да две или више особа имају одвојено право својине на истој ствари. Наравно, два или више лица могу, неподељено, имати удео у својини на једној ствари. Тада је реч о сусвојини.

Англосаксонска подељена својина делује збуњујуће на правнике континенталног правног система и подстиче погрешну асоцијацију на сусвојину. Код сусвојине сваком од сувласника припада целина овлашћења (коришћење, уживање и располагање са ствари), али у одређеном проценту. Дакле, и код сусвојине постоји подела својинског права, али не према садржини овлашћења, већ према обиму овлашћења. Подела овлашћења према њиховој садржини (употреба, уживање и располагање), у смислу да више лица имају различита својинска права, није у складу са својинским концептом континенталног правног система који за основу има римски *dominium*, као искључиво право једног лица.

У англосаксонском правном систему је обрнуто. Својинска овлашћења су подељена према њиховој садржини, тако да више лица могу имати различита својинска права (на пример, када једно лице има право уживања оно је „власник користи” – *beneficiary owner*). Институт који на најбољи начин репрезентује овакав концепт својине је траст.

Реч је о институту енглеског средњовековног права који се и даље развија и користи у многобројне сврхе. Концепт траста је углавном непознат и тешко разумљив правнику континенталног правног система³. Међутим, пре свега због економске сарадње са земљама англосаксонског правног система, потребно је

Милошевић, М., Феудална својина, Анали Правног факултета у Београду, број 1 – 4, 2001, стр. 592 (нап. 1), 596 и 597.

2 Гамс, А., Траст у англоамеричком праву, Анали правног факултета у Београду, број 3, 1957, стр. 300 – 301 и Ђуровић, Љ., Фидуцијарни пренос својине, Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије, Књига I, Крагујевац, 2002, стр. 111 – 112.

3 Додуше, постоје институти слични њему, као што је фидуција. Траст и фидуција имају и исто језичко значење – поверење. Такође, и код фидуције и код траста долази до разлика правне форме и економске садржине. У оба случаја странкама пренос својине није циљ посла, него само средство ради остварења жељеног циља. Међутим, за разлику од фидуције где је фидуцијант, као преносилац, економски уживалац, код траста је економски уживалац корисник, а може се десити да корисник буде и сам преносилац односно, оснивач.

указати на нека основна обележја траста. Пре тога, биће изложен његов појам и специфична терминологија, а затим и историјски развој без кога се не може схватити концепт подељене својине, који чини срж траста, па самим тим ни сам траст.

Појам траста и терминологија

Траст постоји када једно лице – сетлор, пренесе својину другом лицу – трастију, с тим да је трасти не ужива, већ има обавезу да њоме управља у интересу корисника траста међу којима се може наћи и сам сетлор⁴.

Према томе, траст чине: лице које преноси својину на имовини (он је оснивач траста и за њега Енглези користе назив settlor), лице на које се својина преноси (trustee) и које има обавезу да управља пренетом имовином у интересу корисника траста, корисник траста или бенефицијар (beneficiary или cestui que trust) и имовина која се преноси у својину трастија (trust property). Дакле, суштину траста представља концепција према којој је трасти номинални власник, а бенефицијар стварни власник или уживалац.

Код траста се срећу појмови као што су: trust property, legal title, legal ownership, legal owner, equitable title, equitable ownership, equitable (beneficiary) owner, legal proprietary interests и equitable proprietary interests.

Trust property представља ствар која се трастију преноси у својину. У правотехничком смислу trust property је имовина над којом трасти има legal title, а бенефицијар equitable title.

У енглеском језику title у буквалном преводу значи правни основ. Међутим, због апстрактности енглеске својине (својина не представља конкретно стварно право)⁵ title у енглеској терминологији значи својинско право⁶. Legal title би онда означавао законску својину, односно својину коју признаје Common Law – legal

Даље, код фидуције фидуцијарни споразум делује интер партес, док траст делује и према трећим лицима.

4 Види Underhill, A., A practical and concise manual of the relating to private trust and trustees, London, 1901, стр. 1. Види и преглед дефиниција траста код Nathan, J. A.- Marshall, O. R., The Law of Trusts, London, 1975, стр. 1 – 2. Гамс дефинише траст као „пренос својине са једног лица на друго с тим да је стицалац својине не ужива, него само управља њоме и то у корист једног трећег лица” (Гамс, А., нав. дело, стр. 301) Пошто се траст може установити и у корист аутора траста, Гамсовој дефиницији додато је да се међу корисницима може наћи и сам аутор. Такав случај постоји код pension fond trusts. Овде се оснива пензиони фонд у виду траста у корист запослених који су истовремено и оснивачи траста, а улогу трастија обично има неко предузеће.

5 Упореди са Гамс, А., нав. дело, стр. 306.

6 За разлику од Енглеске, код нас правни основ само ствара облигациони однос из кога произилази захтев за пренос стварног права које се код покретних ствари стиче предајом, а код непокретних ствари уписом у земљишне књиге.

ownership, а титулар такве својине назива се законски власник – legal owner. Трасти има legal ownership и зато је он legal owner. Као такав, он има својину у формално – правном смислу.

Equitable title означава економску својину (својину уживања), односно својину коју признаје Equity Law – equitable (beneficiary) ownership, а титулар такве својине назива се власник користи (економски власник) – beneficiary (equitable) owner. Корисник траста (бенефицијар) има beneficiary (equitable) ownership и зато је он beneficiary (equitable) owner⁷. Он, дакле, има економску својину.

Proprietary interests је општи појам који означава све облике стварноправних овлашћења. Пошто трасти има legal ownership, односно својину коју признаје Common Law, онда се и његова овлашћења (на пример, право да управља и располаже имовином) морају кретати у оквиру Common Law. Зато се трастијева овлашћења називају legal proprietary interests. Бенефицијарово овлашћење да ужива имовину која је поверена трастију, призната су од стране Equity Law, те се његова овлашћења називају proprietary equitable interests.

Историјски развој траста

Траст се развио из установе use која је у средњовековној Енглеској коришћена за држање земље. Као и код траста, и овде једно лице (feoffor) формално преноси својину другом лицу (feoffee to uses) да је држи у његову корист или у корист неког трећег лица (cestui que use). Пошто се уобичајени начин преноса земље звао feoffment (церемонијални пренос својине у присуству сведока), онда су и називи учесника установе use изведени из ове речи⁸.

Порекло речи use, прилично је нејасно. Мејтленд (Maitland) сматра да порекло речи use не би требало тражити у латинској речи usus, већ у речи opus, јер је израз ad opus у вулгарном латинском језику седмог и осмог века добио значење „у корист”. Израз ad opus је еволуирао (у ad oeps или ad eops, а касније се јавља у француском облику као a son eos,) док се није појавио као енглески „to the use of”⁹.

Шира употреба установе use почела је доласком фрањевачких монаха у Енглеску 1244. године, којима је, због завета на сиромаштво, било забрањено да имају било какву имовину. Они који су хтели да помогну фрањевачке монахе због њихове бриге о сиромашним старим и болесним људима, преносили су

7 Пошто equitable ownership и beneficiary ownership означавају исту ствар – својину уживања коју признаје Equity Law, у литератури се некад користи equitable ownership, а некад beneficiary ownership. Ради лакшег разумевања, ми смо ставили оба појма.

8 Pettit, P. H., *Equity and the Law of Trusts*, London, 1970, стр. 8 (напомена 3); Fratcher, F. W., *Property and Trust*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, 1974, стр. 9.

9 Maitland, F. W., *Equity: a course of lectures*, Toronto, 1919, стр. 24. Види и Pettit, P. H., нав. дело, стр. 8 (напомена 2).

својину на ствари (најчешће се радило о земљи) на неко треће лице, али у корист фрањевачких монаха¹⁰.

Најважнији разлог за честу употребу установе *use* лежао је у феудалним ограничењима која су наметана власницима земље. Она се пре свега тичу наслеђивања¹¹. Ако неко остави пунолетног наследника, господару се мора платити *relevium*¹². „Ако неко остави малолетног наследника, господар може узимати приходе од земље и читавих 20 година, а може и уновчити наследников брак. На, крају, ако нема наследника, земља се заувек додељује господару”.

Излаз је нађен у институту *use*. Отац је преносио земљу неком свом пријатељу у кога има поверење, с тим да је пријатељ имао обавезу да земљу пренесе на сина или неко друго лице. Врло често, *use* су користили ходочасници пре поласка у Свету Земљу плашећи се да ће имање, у случају њихове смрти, а у недостатку пунолетног наследника, припасти господару. Зато је ходочасник преносио имање на треће лице које је њиме управљало док наследник не постане пунолетан¹³. *Use* се користио и у циљу заобилажења примогенитуре (права наслеђивања прворођеног сина)¹⁴. Статутом мртве руке (*Statut of Mortmain*), донетом 1279. године, забрањен је пренос земље цркви без дозволе круне¹⁵. Ова забрана је, такође, избегавана путем института *use*. Земља је преношена некој трећој особи – феофију, да је држи у корист цркве (*cestui que use*).

Из института *use* произилази да је феофи власник земље коју му је пренео феофор, као и да је имао обавезу да земљу држи у корист бенефицијара (*cestui que use*), али је та обавеза лежала на савести феофија. Како је према *Common Law* феофи имао *legal title*, корисник није имао начина да спречи феофија да располаже приходима супротно од феофорових упутстава (на пример, ако овај задржава приходе за себе). Да би спречио злоупотребе и заштитио бенефицијара, током XV века краљев канцелар је доделио правну заштиту бенефицијару према праву правичности (*Equity Law*).

На тај начин феофи има *legal title*, односно право својине према *Common Law* – *legal ownership* (законску својину, својину у формално – правном смислу). Феофи, као титулар права својине, назива се законски власник, формално правни власник – *legal owner*, и као такав има *legal proprietary interests*. Омогућавањем заштите од несавесног феофија и трећих лица, канцелар је кориснику обезбедио

10 Исто. Види и Maitland, F. W., *Equity*, стр. 24 – 25.

11 Fisher, H. A. L., *Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. III, Cambridge, 1911, стр. 335.

12 То је врста пореза који наследник плаћа феудалном господару када га овај прихвати као наследника, односно када добије *seizin* – право на држање и коришћење земље.

13 Fisher, H. A. L., *Collected Papers of Frederic William Maitland*, стр. 289.

14 Becker, R., Becker, R., *Die fiducie von Québec und der trust*, Tübingen, 2007, стр. 21.

15 Martin, J. E., *Modern equity*, London, 1993, стр. 9 (напомена 30).

економску својину (својину уживања), односно ону својину коју признаје Equity Law – equitable (beneficiary) ownership. Бенефицијар као титулар такве својине назива се власник користи (економски власник) – beneficiary (equitable) owner и као такав има equitable proprietary interests.

Оваква заштита бенефицијара довела је до масовне употребе установе use у циљу избегавања пореских обавеза, те је Хенри VIII тврдио да је његова каса нападнута установом use¹⁶. Зато је, под великим притиском Хенрија VIII, 1535. године донет Statute of Use којим Common Law признаје својину која настаје из установе use¹⁷ односно, бенефицијар је, поред equitable title, добио и legal title, чиме је use, практично, изгубио фидуцијарни карактер преноса права на феофија. Међутим, Енглези су ову забрану избегавали путем „use на use” (use upon use). Ако лице А пренесе земљу на лице Б у корист лица В, коју ово лице прослеђује лицу Г, онда се према закону први use укида, а други ће и даље важити. Пошто је заобиђена ова забрана, крајем XVI века судови су, уместо речи use, почели употребљавати реч trust (траст)¹⁸.

Подела права својине на legal title и equitable title учинила је да траст пређе пут од средства са ограниченим подручјем примене до једног еластичног средства које се користи у многобројним областима права.

Правни положај трастија и бенефицијара

Основна обавеза трастија је да управља имовином траста ради постизања сврхе због које је основан траст. У остваривању тог циља трасти мора да управља имовином са пажњом и вештином коју би показао у својим стварима и да се једнако односи према свим бенефицијарима¹⁹. Дужност је трастија да држи своју имовину одвојено од имовине траста, као и од имовине других трастова у којима је он ангажован као трасти²⁰. Он мора да води чист и исправан рачун о управљању имовином, као и да бенефицијарима даје информације о стању имовине²¹. Такође трасти има обавезу да овлашћеним особама исплаћује приходе када они буду доспели за наплату²². Трасти има дужност да буде лојалан бенефицијару, односно он мора да управља трастом једино у интересу бенефицијара. Ако трасти обавља посао који је у супротности са интересом бенефицијара, онда је његов интерес у конфликту са његовом дужношћу²³.

16 Исто, стр. 10

17 Гамс, А., нав. дело, стр. 302.

18 Martin, J. E., нав. дело, стр. 11.

19 Pettit, P. H., нав. дело, стр. 307.

20 Fratcher, F. W., нав. дело, стр. 62.

21 Trustee Act 1925, s. 22 (4).

22 Trustee Act 1925, s. 27; Martin, J. E., нав. дело, стр. 522; Pettit, P. H., нав. дело, стр. 241.

23 Nathan, J. A.- Marshall, O. R., The Law of Trusts, London, 1975, стр. 466.

Ако има више трастија сваки је дужан да учествује у управљању имовином и контролише остале трастије²⁴. Трасти има дужност да инвестира новац који се налази у његовим рукама као прави власник²⁵.

Да би се остварила сврха траста, трасти може имати овлашћење на оправку и побољшање имовине дате у траст²⁶. Он може да осигура имовину траста за ризике, губитке и оштећења од било ког догађаја, а премију плаћа од средстава ван имовине траста²⁷.

Трасти би требало да ради добровољно и да не наплаћује своје услуге. Међутим, у акту о оснивању траста, може се предвидети да трасти буде плаћен за своје услуге. У пракси је то најчешћи случај, јер тешко би било наћи професионалца који би обављао посао трастија, а да за то не буде плаћен²⁸.

Трасти може продати имовину траста или њен део путем јавне продаје или путем уговора²⁹. Приликом продаје, првенствена дужност трастија је да обезбеди најбољу цену за своје бенефицијаре³⁰. У супротном, бенефицијари могу захтевати од суда да обустави продају³¹. Код продаје предмета траста може се поставити питање њеног утицаја на треће лица, односно купце. Трасти може продати имовину траста лицу које има стварно, директно знање (actual notice of trust) да је имовина коју је купио под трастом. Такво лице је несавесно. То је једна врста квазидекликта³². Зато ће је он и даље држати у корист бенефицијара, односно сматра се да је имовина и даље под трастом. Имајући у виду да га стварно знање о трасту чини несавесним и спречава у стицању имовине ослобођене од траста, купац, врло често, ни не жели да истражи да ли се та имовина налази под трастом. Тада он има посредно знање о трасту (constructive notice of the trust). У овом случају код купца не постоји *dolus*, али је он показао такав степен непажње који је једнак *culpa lata*. Зато је Equity Law развило принцип да купац, поред тога што мора бити поштен, мора бити и пажљив да би стекао имовину ослобођену од траста. Он мора да испита сва продавчева права онако како би то урадио пажљив купац³³. Уколико се и после пажљивог испитивања испостави да он није знао да је имовина под трастом, онда он има право својине

24 Fratcher, F. W., нав. дело, стр. 61. Види и Martin, J. E., нав. дело, стр. 539 – 542.

25 Truste Act 2001, s. 3 (1).

26 Fratcher, F. W., нав. дело, стр. 68.

27 Truste Act 2001, s. 34 (1, 2).

28 Martin, J. E., нав. дело, стр. 575.

29 Truste Act 1925, s. 12.

30 Pettit, P. H., нав. дело, стр. 319.

31 Martin, J. E., нав. дело, стр. 545.

32 Maitland, F. W., Equity, стр. 113; Gray, K. J. – Symes, P. D., нав. дело, стр. 28.

33 Gray, K. J. – Symes, P. D., *Real Property and Real People (Principles of Land Law)*, London, 1981, стр. 29.

на тој имовини ослобођеној од траста³⁴. Дакле, бенефицијар може остварити своје право, како према купцу са стварним знањем о постојању траста, тако и према оном купцу који има посредно знање о трасту.

Што се тиче права бенефицијара на првом месту је његово право на *beneficial interest* (на пример, право бенефицијара на исплату пензије). Уколико трасти не испуни своју обавезу, бенефицијар може против њега подићи тужбу. Приликом повреде траста (*breach of trust*), која подразумева да трасти није учинио нешто што се од њега захтева или је учинио нешто на шта није овлашћен³⁵, бенефицијар може захтевати накнаду штете, а код грубих повреда замену трастија, па чак и да захтева од трастија да расформира траст и пренесе му *legal title*³⁶. Права бенефицијара су осигурана и принципом сурогације. Ако трасти користећи имовину траста купи Рембрантову слику, та слика представља сурогат траста и бенефицијар полаже право на ту слику. Ако трасти прода ту слику и од добијеног новца купи стан па га изнајмљује, а новац од станарине употреби за куповину аутомобила, онда бенефицијар полаже право и на стан, и на аутомобил³⁷. Ако трасти да стан и аутомобил на поклон, бенефицијар може да их захтева путем *equitable tracing*³⁸. Такође, у случају да трасти падне под стечај, његови повериоци не могу имати никакве захтеве према имовини која се налази под трастом³⁹.

У претходном делу видели смо да бенефицијар може остваривати своја права према купцима који имају стварно знање или посредно знање о постојању траста. Поред тога, бенефицијар може истицати своја права и против личних представника трастија (*executor and administrator*⁴⁰) који попуњавају место трастија после његове смрти. Такође, бенефицијар може истицати своја права и против повериоца трастија. Повериоци трастија не могу да се намире из имовине траста јер је трасти само формалноправни власник, док приходи од имовине припадају бенефицијару. На крају, бенефицијар може своје право истаћи и против трећег лица коме је трасти поклонио имовину и тиме извршио повреду траста. Са формалноправне тачке гледишта, пренос путем поклона је правно ваљан јер трасти има *legal title*. Али, како се *Equity Law* базира на савести, оно не може да

34 Исти је случај са хипотекарним повериоцем, ако је трасти ставио имовину под хипотеку.

35 Nathan, J. A.- Marshall, O. R., нав. дело, стр. 615.

36 Martin, J. E., нав. дело, стр. 544 и 599.

37 Becker, R., нав. дело, стр. 41.

38 Трасти има право да захтева од суда да се стечена имовинска корист врати у траст.

39 Matei, U., *Should Europe codify trust?*, *Themes in comparative law*, Oxford, 2002, стр. 239.

40 *Executor* је извршилац тестаментa са задатком да уновчи покретне ствари, исплати поверице тестатора, уновчи његова потраживања и остатак подели наследницима. *Администратор* је онај кога поставља суд када нема тестаментa, и он управља заоставштином у истом циљу као и *executor*.

штити поклонопримца. Било би неправедно да поклонопримац стекне својину на поклоњеној имовини која је ослобођена од траста⁴¹.

С обзиром на то, да бенефицијар има овако широка овлашћења, могло би се поставити питање природе његовог права, односно да ли је његово право *in rem* или *in personam*.

Бенефицијар има *equitable obligation* према трастију, односно бенефицијар има право да од трастија захтева повраћај предмета траста и испуњење обавеза које је одредио оснивач траста. Када се томе дода чињеница да је трасти, према обичајном праву, власник предмета траста, онда се мора рећи да је бенефицијарево право *in personam*. Али, ако погледамо круг лица према којима бенефицијар може истицати своје право (купци предмета траст са стварним или посредним знањем о трасту, лични представници трастија – *executor* и *administrator*, повериоци трастија и поклонопримци), морамо констатовати да је бенефицијарово право истовремено и *in rem* које делује *erga omnes*.

Класификација траста

Постоји неколико критеријума према којима се трастови могу поделити. Ми ћемо се сконцентрисати на две основне класификације – начин на који настају трастови и њихова сврха.

Према начину оснивања трастови се могу поделити на *express trusts*, *constructive trusts*, *resulting trusts* и *statutory trusts*.

Према сврси коришћења изричити трастови могу бити приватни (*private trusts*) и добротворни трастови (*charitable trusts*). Класификација трастова на приватне и јавне може се сматрати подкласификацијом експресних трастова. *Constructive trusts*, *resulting trusts* и *statutory trusts* спадају у приватне трастове.

Express trusts настају изјављеном вољом оснивача траста. Зато се они називају изричити трастови. У суштини, основно је правило да траст настаје изјављеном вољом оснивача, при чему настанак *constructive trusts*, *resulting trusts* и законских трастова (*statutory trusts*) представља изузетак од овог правила.

Constructive trust је траст наметнут од стране суда. Суд то чини у супротности са намерама странака да би се спречило неосновано обogaћење или превара (На пример, трасти прода предмет траста трећем, несавесном лицу које има стварно, директно знање да је имовина коју је купио под трастом - *actual notice of trust*. У том случају, суд ће установити *constructive trust* где ће то треће лице бити трасти у корист бенефицијара. Или, када трасти, од свог новца и новца који представља предмет траста, купи полису животног осигурања, а затим изврши самоубиство. Осигуравајућа кућа исплаћује новац трастијевој породици, а преварени бенефицијари траста могу тражити од суда да се, у погледу прихода из полисе, установи *constructive trust* за износ који је покојни трасти узео за куповину полисе.

41 Gray, K. J. – Symes, P. D., нав. дело, стр. 27 – 28.

Resulting trust настаје као последица понашања које се према правилима Equity Law посматра као еквивалент изјављеној вољи за оснивање траста односно, суд, на основу понашања странака, претпоставља да су оне желеле траст и сматра да је он установљен (ако приватни траст не важи из неког разлога, сматра се да трасти не држи ствар за корисника, већ за оснивача).

Statutory trusts настају на основу закона (према закону судија може наметнути траст особи која није способна да обавља послове због душевног обољења⁴²).

Употреба траста

Најчешће коришћену врсту приватног траста представља породични траст (family trust). То је инструмент који служи збрињавању чланова породице. Он се користи и у случајевима када лице не може да одлучи коме да додели имовину. Тада је оснивач преноси у траст да буде чувана док је он жив, а после његове смрти је добијају они које је он одредио. Може се основати породични траст да би се заштитила породична имовина од стечаја који је наступио због дугова једног или више чланова породичне групе (protective family trust)⁴³. Данас, предмет породичног траста често чине хартије од вредности, те се намеће потреба за једним или више трастија професионалаца (нарочито ако је у питању породични посао) који би управљали предметом траста као целином. Ипак, основна функција породичног траста тиче се смањења пореских обавеза. Имовина која доноси велик приход даје се у траст, на пример у корист ђака или жена – домаћица јер је њихов порез на доходак најмањи⁴⁴.

Данас, траст се најчешће користи ради управљања имовином и у комерцијалне сврхе. На пример, већ помињани Pension fond trusts, где се у неком предузећу оснива пензиони фонд у виду траста у корист запослених (што им обезбеђује право на старосну пензију, а члановима породице право на породичну пензију), а улогу трастија најчешће има неко предузеће.

У случају Unit trusts оснивачи, који су најчешће и корисници, дају новац трастију да купује хартије од вредности с циљем уласка на берзу уз релативно низак ризик. Трасти је најчешће нека траст компанија. Менаџери траст компаније купују хартије од вредности на којима право својине припада тој компанији. Корисници унапред плаћају цену по комаду (unit price – зато се и зове unit trust) коју одређује менаџер у складу са вредношћу тих хартија на тржишту. Приход од

42 Mental Health Act 1983, s. 95,96.

43 Trustee Act 1925, s. 33. Tettenborn, A., The trust in business: Property and obligation in England, XV Congrès Internationale de Droit Comparé (La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires), Bristol, 1998, стр. 36 – 37.

44 Исто, стр. 38.

хартија од вредности, умањен за накнаду која иде менаџеру компаније, добијају корисници, пропорционално броју јединица – комада које имају⁴⁵.

Неко ко жели да инвестира у хартије од вредности не мора да оснује unit trust, већ може да купи акције од инвестиционе компаније која се бави улагањем хартија од вредности. Ове компаније се називају investment trusts, мада оне у свом пословању не користе траст⁴⁶.

Даље, траст може да се користи као замена за предузеће. У ту сврху установљава се Business trust⁴⁷ (пословни траст). Предузеће се преноси на трастија који управља њиме у интересу корисника чији је положај сличан оном који имају акционари друштва. Корисници су, истовремено, и финансијери друштва⁴⁸.

Акционари једног предузећа могу пренети акције трастију да би остваривали своје интересе на скупштини акционара. На пример, да би створили уједињени блок акција који би им обезбедио већи утицај на скупштини акционара или да би се сазвала ванредна седница скупштине акционара⁴⁹. У такве сврхе користи се Voting trust (Траст ради гласања).

Траст се употребљава и приликом финансирања великих и скуких пројеката (Project financing), као што је набавка авиона за линијску пловидбу. У таквим пројектима ће у својству зајмодавца учествовати више банака. Тада је непрактично да се обезбеђење одређује за сваког појединачног зајмодавца. Зато се обезбеђење у целини додељује трастију чувару који ће га држати у трасту за сваког зајмодавца.⁵⁰

Client accounts (Раčуни клијената). Ако лице А (адвокати, агенти за продају непокретности, берзански посредници) у обављању своје делатности има свој службени или приватни рачун и посебни рачун клијената, онда то лице новац на рачуну клијената држи у трасту у њихову корист⁵¹. Тиме се отклања ризик могуће преваре или инсолвентности лица А. То је основна карактеристика

45 Hayton, D. J., *English Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe*, Extending the boundaries of trusts and similar ring – fenced funds, The Hague, 2002, стр. 35.

46 Tettenborn, A., нав. дело, стр. 54 – 55. Упореди са Гамс, А., нав. дело, стр. 308.

47 У САД познат као Massachusetts trust. О томе види више код Fratcher, F. W., нав. дело, стр. 40 и Владетић, С., *Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни послови*, Београд, 2010, стр. 229 – 230.

48 Гамс, А., нав. дело, стр. 308.

49 Tettenborn, A., нав. дело, стр. 63

50 Tettenborn, A., нав. дело, стр. 57. Hayton, D. J., нав. дело, стр. 36.

51 Агенти за продају непокретности, адвокати и берзански посредници имају законску обавезу да држе новац клијената на таквим рачунима. Solicitor Act 1974, ss. 32 – 33; Financial Services Act 1986, s. 55; Estate Agent Act 1979, s. 13.

траста према којој било ко може отворити рачун у своје име и држати га у трасту за другог⁵².

На крају ћемо нешто рећи и о добротворним трастовима (Charitable trusts). Добротворним сврхама би требало сматрати оне сврхе које су од великог значаја за једну друштвену заједницу. То је: помагање сиромашнима, побољшање образовања, унапређивање вере и друге сврхе које су корисне за друштвену заједницу, а не могу се сврстати у претходне три категорије⁵³. Циљ траста мора бити дозвољен, иначе траст неће важити⁵⁴. Уколико циљ добротворног траста није јасно изражен, то неће довести до укидања траста, већ тада суд има овлашћење да имовину намени у конкретну добротворну сврху која је најприближнија сврси коју је сетлор првобитно одредио. То је су – *grèss* доктрина⁵⁵. Код добротворног траста, као и код приватног, трасти има обавезу да оствари сврху због које је траст закључен. Међутим, код приватног траста о томе воде рачуна бенефицијари, а код добротворног Круна, преко јавног тужиоца⁵⁶.

Еластичност траста

Из досадашњег излагања видели смо да се траст може јавити у различитим облицима који служе различитим сврхама које међусобно немају никакве сличности. Овде су наведене само оне важније, а Фречер (Fratcher)⁵⁷ наводи чак 26 сврха траста. Међутим, сврхе у које се може употребити траст су неисцрпне. Набрајање сврха траста би изгледало као и набрајање свега онога што власник може да уради са својом ствари. Зато Мејтленд (Maitland) за траст каже: „То је институт велике еластичности и општости; еластичан и општ као уговор. Ово можда представља најважније достигнуће енглеских правника”⁵⁸.

Да је Мејтленд у праву показују примери земаља које су прихватиле траст, као што су: Шкотска, Квебек, Луизијана, Цејлон (Шри Ланка), Јужно Афричка Република и неке земље Латинске Америке⁵⁹. Такође, Лихтенштајн и Француска су, подстакнути интензивном сарадњом са земљама англосаксонског правног система, озакониле фидуцију која умногоме подсећа на траст⁶⁰.

52 Hayton, D. J., нав. дело, стр. 37.

53 Martin, J., нав. дело, стр. 381 – 382.

54 Гамс, А., нав. дело, стр. 309.

55 Pettit, P. H., нав. дело, стр. 199; Martin, J., нав. дело, стр. 450 – 451.

56 Tettenborn, A., нав. дело, стр. 39 – 40.

57 Fratcher, F. W., нав. дело, стр. 3 – 5.

58 Maitland, F. W., Equity, стр. 23.

59 Fratcher, F. W., нав. дело, стр. 93 – 104.

60 Лихтенштајн је, као једина земља у Европи, извршио свеобухватну рецепцију англоамеричког траста. Закон о привредним друштвима (Gesetz über Personen – Gesellschaftrecht, односно PGR), који је ступио на снагу 1926. године, регулише фидуцију (*treuhand*) и пословни

Који су разлози еластичности траста? Оснивач траста може трастију поверити велика овлашћења у погледу управљања и одлучивања. Тако трасти може имати овлашћење да из једне групе лица одабере бенефицијара и да одабере време када ће му исплатити приходе (као у случају discretionary trust – дискрециони траст). Али, трастијева овлашћења оснивач траста може и ограничити. Тако, оснивач може дати упутства трастију како да инвестира имовину траста и у којој мери или да одреди време када је трасти дужан да положи рачун и информише бенефицијаре⁶¹. С друге стране, нити би оснивач поверио толика овлашћења трастију, нити би траст био толико широко примењиван без осигураног правног положаја бенефицијара о коме смо претходно говорили. Дакле, траст карактерише уравнотежен правни положај трастија и бенефицијара.

Такође, у погледу предмета траста, као и његових учесника, траст представља еластично правно средство.

С обзиром на то шта све може бити предмет траста (покретне и непокретне ствари, службености, новац, бестелесне ствари као што су акције, обвезнице, менице, полисе осигурања, потраживања, робне марке, ауторска права, итд.), можда је најбоље рећи да све што може имати новчану вредност може бити предмет траста, уз једно важно ограничење. Имовина која се преноси у траст мора бити одређена. Интерес у имовини који још није настао не може бити предмет траста (будући род њиве, плате које ће бити зарађене у будућности, акције предузећа које ће бити стечене у будућности⁶²).

Оснивач и трасти може бити свако пословно способно физичко лице и правно лице. Бенефицијар може бити било које физичко или правно лице. То може бити и лице које још не постоји у време настанка траста, али за које постоји извесност да ће настати⁶³.

Оснивач траста не мора увек одређивати број трастија, трајање њихове функције и разлоге за њихов избор и смену. Он се на пример, може ограничити само на избор бенефицијара, при чему и он може бити један од њих. Траст је еластичан и у смислу што се за његово оснивање, углавном, не траже неки посебни услови. Писана форма тражи се у случајевима када је предмет траста земља и кад се траст оснива путем тестаментa, мада странке користе писану форму да би имали доказ о датуму оснивања и о условима траста.

траст. Закон о привредним друштвима регулише фидуцију у члановима 897 – 932. Овом закону је придодат закон о пословном трасту који је донет 1928. године. Пословни траст је регулисан чланом 932а, параграфи 1 – 170. 2007. године, Такође, и Француска је 2007. године законски регулисану фидуцију (Закон број 2007-211) која врши функције сличне англосаксонском трасту. Одредбе овог закона уврштене су у Француски грађански законик (чланови 2011 – 2031).

61 Becker, R., нав. дело, стр. 21.

62 Fratcher, F. W., нав. дело, стр. 28.

63 Гамс, А., нав. дело, стр. 306.

На крају, и са аспекта историјског развоја траст представља еластично правно средство. Као производ правичног права, траст је настао из потребе да се средњовековни формализам прилагоди потребама живота. Дакле, он није производ никаквих теоријских конструкција, већ практичних потреба. Управо то му је удахнуло дуговечност и широку употребу, те ће још дуго бити предмет интересовања правника како континенталног, тако и англосаксонског правног система.

Doc. Srđan Vladetić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

The Basic Characteristics Of Trust In Common Law

Summary

Trust is an original institute of English law which was established under the reign of Henry VIII, in the 16th century. Originally developed from the medieval institute of usa, this institute adjusted the formalism of the time to the real needs. It is not a result of some theoretical constructions but of practical needs. The essence of this institute is the conception according to which the trustee is the nominal owner that manages and disposes of the object put in his/her trust in favor of the beneficiary, who is the real owner or user. The basic characteristics of trust are: a balanced legal position of the trustee and the beneficiary, and a lack of strict limitations regarding the trust property and participants. These characteristics have had a significant impact on its elasticity, longevity and multiple applications. For these reasons, the institute of trust is still interesting to lawyers from the Anglo-Saxon as well as from the European-Continental legal system, particularly having in mind the proactive economic cooperation between the countries from these two legal systems.

Key words: *trust, divided ownership, types of trust, elasticity of trust.*

ПСИХОЛОШКЕ ПРЕПРЕКЕ СПОРАЗУМНОМ РЕШАВАЊУ ПОРОДИЧНОПРАВНИХ СПОРОВА¹

Апстракт: Циљ овог рада је да укаже на одређене проблеме који се могу појавити у току поступка посредовања у породичноправним споровима, чије превазилажење не подразумева поседовање искључиво правничких, већ и психолошких знања и вештина на страни посредника. Узорке многих баријера постизању споразумних решења породичноправних спорова аутор види у дејству психолошких фактора као што су претерани оптимизам, степен толеранције, односно склоности ка ризику или аверзија од губитка, реактивна девалуација, уништавање на сопственом схватању правде и сл. На крају чланка, потенцијалним медијаторима се нуде и конкретни приступи решавању идентификованих проблема.

Кључне речи: посредовање, породичноправни спор, психологија, споразум.

1. ПРАВНИ ОКВИР ПОСРЕДОВАЊА У ПОРОДИЧНОПРАВНИМ СПОРОВИМА

Посредовање или медијација је алтернативни начин решавања породичноправних спорова. Досадашња искуства су показала да учешће искључиво правника и судија, као и стручњака органа старатељства, у настојањима да се ови спорови споразумно реше не даје добре резултате због њихове неадаптираности и некомпетентности да одговоре изазовима са којима се том приликом суочавају, која је углавном последица њихове оптерећености крутом традиционалном процедуром.

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број 179046).

Породично посредовање има за циљ да стимулише комуникацију и смањи конфликт супружника на најмању меру. У овом поступку странке треба да уреде своје међусобне односе уз помоћ непристрасног трећег лица – посредника (медијатора), који нема овлашћења да доноси одлуке и намеће решења спора.

Породично посредовање је у српском праву једна оригинална процедура у коју се странке укључују слободно. Крајњи циљ је постизање споразума којим се или предупређује развод брака или уређују значајна питања везана за престанак брака, чиме би, пре свега требало да се омогући задржавање добрих односа детета са родитељима и осталим члановима породице, као и боље прилагођавање детета на одвојен живот родитеља.

Овај метод решавања породичноправних спорова заснива се на принципу добровољности, тако да његов успех зависи од воље супружника. Ако један или оба супружника не пристану на посредовање, или ако оно не би фактички имало сврхе (воља једног од њих није правно релевантна или није у прилици да своју вољу изјави), посредовање се неће спровести.

За спровођење поступка посредовања по правилу је надлежан суд. Међутим, медијација може бити поверена и надлежном органу старатељства, брачном или породичном саветовалишту, односно другој установи надлежној за посредовање у породичним односима.

Ако се посредовање спроводи пред судом, надлежан ће бити судија појединац. Овај судија не може касније, у парничном поступку, учествовати у доношењу одлуке којом се спор мериторно решава, осим ако је спор успешно решен применом медијације.

По пријему тужбе за поништење или развод брака, суд заказује рочиште за посредовање. Ако на ово рочиште не дођу оба супружника посредовање се неће спровести. У овом случају брачни спор ће бити решен у парничном поступку. Ако на заказано рочиште дођу оба супружника, поступак медијације се може спровести.

Судија који руководи посредовањем дужан је да препоручи супружницима да се подвргну психо-социјалном саветовању. Само ако супружници пристану на ово саветовање, поступак медијације се поверава органу старатељства, брачном или породичном саветовалишту, односно установи која је специјализована за посредовање у породичним односима.

Поступак посредовања се одвија у две фазе. Прва фаза, без обзира ко спроводи процедуру, назива се поступак за покушај мирења (мирење). Мирење се спроводи само у брачном спору који је покренут тужбом за развод брака. Сврха мирења је разрешење поремећених односа супружника без конфликта и без развода брака. Друга фаза се назива поступак за покушај споразумног окончања спора (нагодба). Сврха нагодбе је да се поремећени односи супружника поправе да би они могли нормално и без конфликта да функционишу након престанка брака.

2. РАЦИОНАЛНОСТ У ПРЕГОВАРАЊУ

Парничари и њихови заступници у грађанскоправним споровима углавном су упознати са принципима рационалног доношења одлука. Према овом моделу, пажљиво сагледавање ризика, користи и трошкова требало би да резултира економски оправданом одлуком о томе да ли ће се или неће закључити одређени споразум или предузети нека друга активност. У већини случајева овакав приступ показује се ефикасним, а нарочито ако се ради о играчима који су вештији у економској анализи и који нису емотивно оптерећени исходом. Са порастом емоционалних улога, међутим, управљање процесом рационалног доношења одлука постаје теже. Томе доприносе недодирљиви, некономски фактори који су својствени многим сферама друштвеног живота, а нарочито породичноправним односима.

Полазну тачку рационалног приступа доношењу одлука представља став да сваком могућем исходу одговара одређени новчани еквивалент. Студија коју су 1984. године објавили Прист и Клајн показује да се простом једначином може представити вољност тужиоца у парничном поступку да прихвати понуду за поравнање. Ова једначина гласи:

$$Pr(J) - Cr + Sp = \text{новчана корист од поравнања}$$

где Pr представља процену сопствених шанси тужиоца да победи у парници, J износ који би добио у парници, Cr тужиоцеве евентуалне парничне трошкове, а Sp трошкове вансудског решавања спора.²

Овакав рационалистички модел примењен је у теорији споразумног решавања спорова приликом конструисања појмова *BATNA* (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*), односно *WATNA* (*Worse Alternative to a Negotiated Agreement*).

Међутим, показало се да и многи други фактори имају значајан утицај на то да ли ће заиста и доћи до споразумног решења спора. Између осталих, истичу се они који се тичу тужиоцеве процене спремности туженог да се поравна, уштеда које би тужени остварио поравнањем, износа на које тужилац евентуално претендује а које тужени не признаје као свој дуг и сл.

Кајзер и остали, приликом израде недавно публиковане анализе, проучавали су 4.000 случајева, окончаних у раздобљу од 44 године, у којима је једна од странака одбила предлог за поравнање.³ Показало се да је 61% тужилаца и 21-24% тужених у парници остварило лошије резултате од оних које би постигли путем поравнања која су им нуђена, а чије су закључење одбили. Иако сличних истраживања која би се тичала искључиво породичноправних

² George L. Priest and Benjamin Klein, The Selection of Disputes for Litigation, 13 *J. Legal Stud.* 1, стр. 3-6 (1984).

³ Let's Not Make a Deal; An Empirical Study of Decision Making and Unsuccessful Settlement Negotiations, 5 *J. Empirical Legal Studies* 551-91 (Sept. 2008).

предмета није било, несумњива комплексност спорова, поред многих других проблема, несумњиво отежава процену изгледности на успех у парници. Тако је Мартин Ашер, професор економије са Универзитета Пенсилванија, приметио да психолошки фактори, као што је, на пример, аверзија према ризику, односно губитку, свакако играју значајну улогу приликом процене могућих исхода судских поступака.⁴

3. ПСИХОЛОШКИ АСПЕКТИ ПРЕГОВАРАЊА

Посленици друштвених наука дуго су проучавали психолошке димензије процеса преговарања. Пошто је конфликт, као психолошки комплексан феномен, језгро овог процеса, многобројни психолошки процеси својствени су преговарању и посредовању као споразумним методима решавања спорова. Ново поглавље истраживања отворио је Пруит, 1981. године, истраживањем психолошке димензије процеса преговарања.⁵ Овај теоретичар предложио је модел приступа конфликту који се заснива на спознаји, емоцијама и мотивацији.

Социјална психологија пружила је моделе мотивације које су многи, укључујући и Мука,⁶ проширили и применили на преговарање. Хауард Раифа је 1982. године сагледавао преговарање из концептуалне перспективе, која је поред рационалног, укључила и бихејвиорални моменат, којим су изграђени модели вероватних понашања људи.⁷ Спроведена су свеобухватна истраживања и студије о томе како когнитивне мапе и предрасуде, као што су укалупљивање, везивање и претерани оптимизам, изазивају одступања од рационалног модела.⁸

Људи немају увек способност да спознају и процесуирају чињенице неопходне за пружање рационалних одговора на друштвене изазове, и зато они врше процене и нагађају тако што примењују сопствене предрасуде на искуствене стимулусе. Ове процене и нагађања засновани су на сопственим искуствима. Когнитивне теорије креирале су листе предвидивих предрасуда које продукују неоптимално одлучивање и погрешне тактике.⁹ Ове предрасуде често су одлучујуће у породичноправним стварима, које, између осталог и превасходно, карактерише висок емоционални набој.

4 Glater, "Study Finds Settling is Better Than Going to Trial," Business Section, *New York Times*, August 7, 2008. година.

5 Pruitt, D. G., *Negotiation Behavior*, New York: Academic Press, 1981. година.

6 Mook, J. (2000). *Motivatio*.. New York: Prentice Hall, 2000. година.

7 Raiffa, H., *The Art and Science of Negotiation*, Cambridge, MA: Belknap, 1982. година.

8 Neale, M. A., & Bazerman, M.H., *Cognition and Rationality in Negotiation*. New York: Free Press, 1991. година.

9 Morris, M. W. & Gelfand, M. J., Cultural Differences and Cognitive Dynamics; Expanding the Cognitive Perspective on Negotiation. In *The Handbook of Negotiation and Culture*, Stanford, CA: Stanford University Press, стр. 45-66, 2004. година.

Људи имају ограничену способност разумевања сопствених емоција, а камоли емоција других.¹⁰ Они често не могу да схвате осећања других и позадину таквих осећања¹¹ и често погрешно процењују њихов интензитет.¹² Преговори често пропадају због претеране вере једне стране у сопствену способност предвиђања емоционалне реакције друге.¹³ Поред тога, постоји читав низ сложених процеса који се одвијају током процеса преговарања, који се односе на комуникацију, стил општења, однос снага преговарачких позиција, спољне утицаје и сл. Још комплекснијим преговарање чине утицаји контекста у којем се оно одвија, који може обухватити припадност одређеним групама, утицај трећих лица доступност технологије итд.¹⁴ Постоје и други чиниоци преговарања који су у већој мери производ калкулације и намере, а којима се настоји максимизирати исход и повећати предност која се односи на исход или сам ток преговарања.

На овом месту ове факторе нећемо сагледавати, већ ћемо настојати да допринесемо разумевању проблема и унапређењу вештина неопходних за превазилажење уобичајених препрека и баријера који се могу наћи на путу постизања споразума, а које изазивају фрустрације и незадовољство у поступку преговарања. Покушаји да се разумеју ове баријере резултирале су њиховом различитим категоризацијама. У овом раду бавићемо се некима од њих, као што су: настојање да се постигне решење које ће бити правично, реактивна девалуација, аверзија према губитку, претерана вера у исправност сопствених судова и предрасуде о другој страни. Ове категорије већ су идентификоване у литератури, посебно оној у којој су публиковани резултати истраживања спроведених у последњих тридесетак година.

Правни теоретичари, практичари и социолози још увек нису постигли сагласност око свеобухватног контекстуалног оквира за сву разноврсност бихејвиоралних манифестација психолошких препрека постизању споразума. Један од судија Врховног суда САД¹⁵ једном приликом је навео да иако је „развратност тешка за дефинисање, ја је препознајем када је видим.“ Зато, иако

10 Lowenstein, G.D., & Schkade, D., Wouldn't it be Nice? Predicting Future Feelings. In D Kahneman and E. Diener (Eds.), *Well-being: The Foundations of Hedonic Psychology*, New York: Russell Sage Foundation, стр. 85-105, 1999. година.

11 Ekman, P, Facial Expression and Emotion, *American Psychologist*, 48, стр. 384-392, 1993. година.

12 Keltner, D., & Robinson, R. J., Imagined Ideological Difference in Conflict Escalation and Resolution. *International Journal of Conflict Management*, 4, стр. 249-262, 1993. година.

13 Dunning, D., Griffin, D. W. Mijokovic, J.D., & Ross, L., The Overconfidence Effect in Social Predictions, *Journal of Personality and Social Psychology*, 58, 568-581, 1990. година.

14 Kramer, R. M., & Messick, D., *Negotiation as a Social Process*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1995. година.

15 Судија Potter Stewart.

правници за поједина понашања још увек немају адекватан назив, односно објашњење, они би свакако требало да буду у стању да их „препознају када их виде.“

4. ПРЕТЕРАНО ОПТИМИСТИЧКА ОЧЕКИВАЊА

Ова категорија претераног самопоуздања може попримити различите форме. Претерани оптимизам је природна црта људског карактера. Истраживачке студије су показале да су начелно људи претерани оптимисти када је у питању предвиђање исхода парнице, односно могућности закључења споразума. Овакав резултат означен је као „једно од најробустнијих открића у психолошким истраживањима.“¹⁶ Претерани оптимизам доводи до погрешне предикције будућих догађаја, као и нетачне процене изгледности позитивних или негативних догађаја у будућности. Претерани оптимизам у предвиђању будућих догађаја своје узроке може имати у природи пажње коју човек придаје позитивним и негативним чињеницама – на пример, већи нагласак ставља се на чињенице које су сагласне са жељеним исходом – као и у склоности да се прецењују сопствене способности. Дobar пример овога је чињеница да је у САД учесталост развода приближно 50%, а да парови који тек намеравају да ступе у брак шансе за развод у будућности процењују на 0%!

Доступност информација овде такође има значајну улогу – свакој страни много су ближи и познатији они елементи случаја који чине њену позицију јачом, а изгледност успеха већом, у односу на оне факторе који јој ослабљују положај или могу да доведу у питање њен успех. Зато учесници у спору, по природи ствари, потцењују значај онога што су непознанице, што им у великој мери онемогућава информисану процену вероватности одређеног исхода. Коначно, и сама потреба да се контролише сопствено окружење, као фундаментална људска потреба, доводи до тога да људи прецењују своју способност да контролишу будуће догађаје и исходе сопствених подухвата. Правницима је веома тешко да се баве овим питањима, па зато оклевање приликом чињења уступака, испољавање неслагања или неспоразуми могу бити схваћени као недостатак ентузијазма или агресивно заступање клијената. У сваком случају, неспорно је да су људи често претерани оптимисти када је у питању њихова сопствена способност да контролишу свој оптимизам.

5. ТОЛЕРАНЦИЈА РИЗИКА И АВЕРЗИЈА ПРЕМА ГУБИТКУ

Наша пројекција будућег задовољења одређеним резултатом у неким случајевима зависи од тога да ли предложени исход представља добитак или губитак. Социолошка истраживања показала су да су појединци мање спремни

¹⁶ Armour and Taylor, When Predictions Fail: The Dilemma of Unrealistic Optimism, in *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, стр. 334.

да прихвате идентичне исходе уколико они за њих значе губитак него ако представљају добитак.¹⁷ Са друге стране, доносиоци одлука већу ће тежину придати могућности губитка него еквивалентној изгледности добитка.

Најпростије говорећи, оквир већине спорова који се решавају пред судовима подразумева тужиоца, који нешто тражи, и туженог, који неће то да плати или да. Стога гледање сваке од страна на плаћање/примање, односно давање/узимање има пресудан утицај на то какав ће она значај придати одређеним уступцима. Када се људима понуди избор између 25% шансе да добију 1.000,00 динара (што математички вреди 250,00 динара) и сигурног добијања 240 динара, већина ће их се одлучити за ово потоње. Када је сценарио обрнут, тј. када се понуди избор између сигурног губитка од 750,00 динара и 75% шансе за губитак од 1.000,00 динара, иако обе ове могућности имају једнаку математичку вредност, већина ће се определити за ризик већег губитка. Зато се може закључити да су људи спремни да прихвате мање као гарантовани добитак, али да не желе да учине исти уступак да би избегли већи губитак. Људи се, дакле, радије опредељују за мање али сигурније, неголи за веће али ризичније добитке. Они су склонији ризику и толерантнији према њему ако је исход губитак.¹⁸ Ово се нарочито манифестује код странака које се радије опредељују за парничење него за поравнање изван суда, зато што ће радије прихватити ризик да изгубе него сигуран губитак. Са друге стране медаље су они који ће се радије поравнати и остварити мањи добитак него што ће се, зарад већег али неизвесног добитка, упуштати у парницу.

6. РЕАКТИВНА ДЕВАЛУАЦИЈА

Реактивна девалуација је потврђена психолошка манифестација теорије индуктивног отпора. Она претпоставља да ограничења слободе индивидуе изазивају афективну реакцију. Конкретније речено, сматра се да како једна опција постаје мање доступна, тако јој расте афективна вредност.¹⁹ У обрнутом смеру, а то је за преговарање од нарочитог значаја, постизање споразума отежано је тиме што страна верује да када она друга учини понуду, компромис или уступак у погледу нечега, оно у погледу чега је дошло до попуштања мора имати много мању вредност него што је то изгледало раније. Стара изрека да је трава увек зеленија на другој страни, може се проширити тако што ће се рећи да, чим та зеленија трава са друге стране пређе на нашу страну оградe, она више и није тако зелена. Постоји много разлога због којих се понуда, уступак или

¹⁷ Mnookin and Ross, *Strategic, Psychological and Institutional Barriers: An Introduction: in Barriers to Conflict Resolution* (Kenneth J. Arrow, et al., eds.), 1995. година.

¹⁸ Daniel Kahneman and Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Making Under Risk*, 47, *Econometrica* 263, 1979. година.

¹⁹ Jack Brehm, *A Theory of Psychological Reactance*, 1966. година.

компромис сматра мање вредним ако га учини друга страна. Најпре, природно је противникову вољност да нешто понуди, радије него да га задржи, видети као индикацију мале вредности добра у питању. Претпоставка је да друга страна зна нешто више него што ми знамо, па нас је зато довела у заблуду о правој вредности одређеног добра.

Неким стварима мала вредност се приписује из простог разлога што нам се не свиђа особа која их нуди. Постоје и објашњења према којима, због тога што предлог потиче од противника према којем странка гаји негативна осећања, до одбијања доводи искључиво жеља да противник не постигне оно што је наумио (неки ово означавају као инат). Коначно, тврди преговарачи могу обезвредити одређени уступак само из тог разлога што су успели да га постигну.

Инат имплицира да особа која одбија понуду једноставно не жели да друга страна оствари свој наум. Ово се неретко дешава у породичноправним стварима.

Тешки преговарачи могу одбити понуду и из разлога што је виде као знак да је друга страна спремна да чини још веће уступке. Овај аспирациони елемент, у ствари, значи да чињење уступка може довести до тога да нарасту противникови апетити због показане спремности на компромис.²⁰

Сваки од ових основа негативних реакција садржи емоционалну компоненту. Контекст породичног права набијен је емоцијама, као што су љутња, повређеност, љубомора, жеља за осветом. Из тог разлога, реактивни отпор у овим предметима може постати предоминантна црта процене интереса. Чињење великих уступака лако доводи до повећања аспирација и надувавања циљева противне стране, што ће изазвати повећање жеље за већом добити и много агресивнији приступ у преговарању. Овиме се успоставља следећа веза – мали уступци сматрају се безначајним, док се велики виде као индикатори спремности да се да много више – дакле, шта год помирљива страна чинила, изгубиће.

У већ класичној студији израђеној 1980. године, испитивани су ставови америчких грађана о предлогу да се смањи количина нуклеарног наоружања којим су располагали Совјетски Савез и Сједињена Америчке Државе. Од испитаника је тражено да се изјасне о прихватљивости предлога да се број нуклеарних глава најпре смањи за 50%, а потом, постепено, још и више. Када им је речено да је овакав предлог потекао или од неутралне особе или од америчког председника Роналда Регана, њихова реакција била је много другачија од оне коју су испољили када им је као предлагач представљен руски председник Михаил Горбачов. Позитиван став о идентичном предлогу имало је 90% испитаника када је као предлагач виђен Роналд Реган, 80% када је предлог представљен као понуда неутралног трећег лица, а само 44% када је као аутор предлога наведен руски председник Горбачов.²¹

20 8. R. Korobkin; *Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice*, 21 *Ohio St. J. on Disp. Resolution*, стр. 281, 2006. година.

21 Lee Ross, *Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution*, in *Barriers to Conflict Resolution*, стр. 26 и 28 (Kenneth J. Arrow et al., eds.), 1995. година.

7. УЛОГА НАИВНОГ РЕАЛИЗМА – УКАЛУПЉИВАЊЕ, ПРИСТРАСНОСТ

У људској је природи да се сопствено понашање доживљава као одраз нормалне перцепције објективне реалности, па се, због тога, субјективни циљеви и ставови виде као категорије засноване на релативно непристрасном и искреном доживљавању света који нас окружује, информација које примамо и проблема са којима се суочавамо. Надаље, ми верујемо да ће и други људи, под условом да су рационални и добронамерни, ствари доживљавати на исти начин као и ми ако располажу истим информацијама и да ће им требати оно исто време које је потребно и нама за процесуирање тих информација. Коначно, ако нека особа и не дели наше погледе на ствари, сматраћемо да је то због тога што јој недостају информације, и да ће чињењем довољног фонда информација доступним таквој особи проблем бити решен.

У супротном, сматраћемо да је та друга особа неспособна или да не жели да ствари види на прихватљив начин, да их посматра из чисто објективног угла и да дође до разумних закључака, и то због тога што она или није заинтересована за правичност, или јој недостаје здрав разум или је из другог разлога пристрасна па не може реалност прихватити онаквом каква она јесте. Ово доводи до онога што су Рос и Ворд означили као „наивно убеђење да други деле наш начин гледања на свет – нарочито када је такво убеђење усвојено свесно и селективно, а не неразумно и без дискриминације.“²²

Овакво гледање на ствари начелно резултира реакцијама на стрес, неприлике или проблеме, заснованим на сопственим перцепцијама изворишта намера друге стране. Дакле, наше реакције зависиће од тога да ли ми сматрамо да су поступци друге стране засновани на њеном карактеру или су последица утицаја спољних фактора. Истраживања показују да су реакције као што су љутња, непријатељство или сумња често резултат процене да је негативно понашање других изазвано њиховом природом или ставовима, а не спољним чиниоцима. Узроци горчине са којом је скопчана већина породичноправних спорова свакако обухватају и овакве представе.

И када се претрпи иста врста повреде, реакција ће бити различита ако се сматра да је разлог или мотивација њеног наношења у спољним факторима, у односу на ону која ће уследити када се ради о неспособности или непостојању воље починиоца да реалност схвати онако како ми то чинимо и да се понаша сагласно томе.²³ Последица тога је умањена могућност постизања споразума,

22 Lee Ross and Andrew Ward, Naïve Realism; Implications for Social Conflict and Misunderstanding, in *Barriers to Conflict Resolution*, стр. 26 и 28 (Kenneth J. Arrow et al., eds.), 1995. година.

23 Korobkin, op. cit.

због тога што жртва жели, не само да оствари своје легитимне правне циљеве, већ и да се освети изазивањем бола другој особи због њеног лошег понашања.

У већини случајева ми сматрамо да, када други настоје да нас повреде, они то чине због злих мотива или зато што су „лоши момци“ који изазивају бесмислене конфликте. Спорови који би се иначе лако решили могу постати екстремно тешки за превазилажење зато што простор за преговарање постаје ограничен када стране једна другу доживљавају на овај начин. Конкретно, понуде за споразум тада се третирају са скепсом, неповерењем и несразмерно јаком жељом да се од друге стране оствари већи уступак него што би то иначе било оправдано. Свака страна може сматрати да је она друга дужна да учини веће помаке и уступке, а када се са тим не успе, долази до потврђивања и оснажења већ постојећих предрасуда, што резултира још већим неповерењем и непријатељством.

8. ТРАГАЊЕ ЗА ПРАВДОМ

Следећа функција тзв. наивног реализма је у осећају стране у спору да проблеми и конфликти нису резултат неслагања, већ неправде. У мери у којој једна од страна сматра настојање да се реализује правдом важним, повећавају се и шансе да преговори скрену са пута, тј. да промаше свој циљ. У овом случају то може за последицу имати и одбацивање понуда које су за страну од несумњиве користи, чак и када су шансе за већи добитак у парници минималне.

Оваква реакција производ је повреде субјективног осећаја за правду. Ова црта у понашању такође је последица става да је наш поглед на свет једини исправан, а да су они који га не деле неинформисани, погрешно упућени или једноставно мизантропи. То доводи до тога да једна страна у спору, а некада и обе, сматрају да кораци које треба учинити ка споразуму не би требало да буду једнаки, већ да она друга страна има моралну дужност да учини веће уступке услед неједнакости њихових позиција у односу на идеал правичности. Стране сматрају да пројектовано кретање ка споразумном решењу спора треба да буде функција њихове процене снага аргумената правичности на страни учесника спора. Због тога што свако много боље познаје снагу него слабости сопствених аргумената и зато што се сопствени разлози виде као правични и исправни, стране, природно, диспропорционални удео правичности приписују себи, а то практично значи, и да траже несразмерно веће уступке од друге стране.²⁴

Овај проблем може бити и увећан дејством великог броја околности. Када се као предмет спора јављају не само о чињенице, већ и о вредносни судови (као у случају подизања детета), конфликт је изузетно тешко решити,

²⁴ Loewenstein et al., *Social Utility and Decision Making in Interpersonal Contexts*, 57 *J. Personality & Soc. Psychol.*, стр. 426, 1989. година; Waister et al., *New Directions in Equity Research*, 25 *J. Personality & Soc. Psychol.*, стр. 151, 1973. година.

зато што делују две врсте предрасуда. У породичноправним стварима, што се успешније индивидуални интереси страна могу превести у интересе детета, односно заједничке интересе родитеља и детета, стране ће у мањој мери осећати потребу да трагају за правдом за себе и у већој мери ће схватити значај очувања добрих односа у будућности.

Инкорпорисање најбољег интереса детета у дугорочне споразуме између родитеља, које узима у обзир субјективна осећања правде обе стране, може бити веома тешко, али када се такав споразум постигне он има веће шансе да буде одржив, тј. трајан. Међутим, некада је боље и не износити овакав циљ, будући да инсистирање на правичности може довести до поларизације међу странама и смањити шансе за споразумно решење спора.

Исходи који не задовоље имплицитно или експлицитно постављене захтеве правичности биће мање прихватљиви оној страни чији осећај за правичност није задовољен.

Настојање да се правичност креира или прерасподели често доводи до тога да у економском смислу потпуно рационалан модел решења постане неприхватљив са становишта личних осећања и релација. Кад обе стране сматрају да је правичност на њиховој страни, обично ни једна од њих није задовољна равноправним уделом у дистрибуцији ресурса.

9. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – ПРЕДЛОЗИ ПРАКТИЧНИХ ПРИСТУПА

Више је приступа којима се могу решити описани проблеми. Ипак, први и најкориснији од њих је да заступник или медијатор препознају да до конфликта не доводе само рационални разлози, односно поремећаји личности и девијације. Прихватањем и признавањем да и неки од претходно описаних психолошких принципа, који су својствени већини људи, могу бити на делу, отвориће се могућност примене и неких других приступа и начина интервенисања у спор.

Један од приступа је да се странама помогне да разумеју и стекну увид у сопствене предрасуде и заблуде. Већина појединаца себе сматра рационалним бићима и радије се не би суочила са чињеницом да начин на који доносе одлуке не потпада под манир разумности. Из овог разлога, заступник или медијатор требало би да пронађе прави начин да отвори конкретно питање које онемогућава постизање споразума.

Ако наивни реализам спречава једну страну да поступке друге схвати позитивно, биће погрешно да је друга стране или медијатор убеђује у добре намере противника у спору. Једном формиране идеје и представе тешко се мењају. Зато је можда бољи и има веће изгледе на успех приступ који подразумева Окрамов став да је „најчешће највероватније тачно најједноставније објашњење.“ Овим се може нагласити чињеница да су већина људи, у ствари, добри људи,

који се руководе принципима заснованим на добрим намерама, и да конфликт највероватније није последица карактера већ ситуације у коју је друга страна уплетена.

Заступник или медијатор могу сугерисати и неке могуће сценарије у којима би се понашање друге стране карактерисало као безазлено или руковођено околностима. Сврха не би требало да буде да се страна убеди у добре намере противника, већ једноставно да се пробуди сумња и потреба за преиспитивањем сопствених идеја и представа.

Интервенисање у ситуацијама када је једна од страна претерано оптимистична може бити тешко, зато што се упозоравањем на претераност оптимизма врло мало постиже. Већина људи претерано је оптимистична у погледу сопствене способности да избегне претерани оптимизам. Дискутовањем о предрасудама и давањем примера из других предмета страна се може навести да провери да ли оваква предрасуда постоји и код ње. Иако то често не доводи до радикалног напуштања заузетих ставова, може утицати на просуђивање.

Друга стратегија коју медијатори често примењују јесте да траже од страна или њихових заступника да говоре о слабостима својих позиција. Овај приступ, међутим, ретко успева са адвокатима. Алтернативно томе, медијатори могу тражити од адвоката да својим властодавцима презентују аргументе друге стране. На овај начин аверзија према губитку може постати пресудна.

Још једна од стратегија је тражити од стране да постане судија, питањима као што су: „како би судија, када има лош дан, оценио тај аргумент?“ Чињењем да страна почне да размишља у категорији „можда“, претерани оптимизам у исход конфликта може бити минимализован, зато што се више пажње обраћа на ствари које судији могу послужити да обеснажи, а не да подржи, њену позицију.

Коначно, највећи број адвоката прихватиће у одређеном тренутку да у аргументима стране коју заступају има и одређених слабости. Постепеним сагледавањем ових слабости стране и њихови заступници се могу навести да се више на њих фокусирају, чиме се уклања један од основних узрока претераног оптимизма.

Интервенције на плану реактивне девалуације много су комплексније услед тога што је много више изворишта овог феномена. Ако је до сумње довео недостатак информација, заступник или медијатор могу предузимати напоре да се овај проблем превазиђе (тражењем потребних информација од друге стране и њиховим предочавањем). Ако се реактивна девалуација манифестује повећањем апетита стране у спору, заступник или медијатор могу упозорити ту страну да осећају да се друга страна опасно приближила максимуму својих капацитета за постизање споразума. Ово се медијатору често приписује као скептицизам зато што обе стране знају да ће она друга тежити да медијатора доведе у заблуду у овом погледу. Ипак, овакав приступ често се показује делотворним и може

имати велику тежину у смеру редуцирања очекивања, односно повећања степена забринутости за исход.

Медијатор може проблем предупредити предлагањем начина долажења до решења, али то може изазвати и негативну реакцију обе стране. Тако, ако једна од страна осети том приликом да је њено поверење неправично злоупотребљено, она ће, разумљиво, бити мање спремна да прихвати предлог медијатора.

Заступници странака могу понудити и тзв. „шта ако“ сценарио, према којем се предлаже узајамна размена користи или кроз који се страна мотивише да одреди вредност различитих уступака чак и пре него што преговарање, односно посредовање, и почне.

Dejan Janićijević, PhD

Assistant Professor,

University of Niš, Faculty of Law

Psychological Obstacles to Settlement in Family Law Disputes

Summary

This paper aims at pointing out certain problems that may occur in the course of the mediation proceedings in family law disputes, overcoming of which does not involve the application of solely legal, but also psychological knowledge and skills on mediator's part. The causes of numerous obstacles to reaching agreement in family law disputes the author recognizes in the effects of psychological factors, such as optimistic overconfidence, risk tolerance or loss aversion, reactive devaluation, justice seeking etc. At the end of the paper, potential family law mediators are offered some specific approaches to solving these problems.

Key words: *mediation, family law disputes, psychology, settlement.*

Доц. др Зоран Радуловић, Висока школа ПЕП Београд UDK: 331.106.44:368.088
Мирослав Радуловић, Висока школа ПЕП Београд
Дејан Костић, директор Републичке Агенција за мирно решавање радних спорова

ПРЕСТАНАК РАДНОГ АНГАЖОВАЊА (ОДНОСА) ЗАПОСЛЕНИХ У ОСИГУРАЊУ

Апстракт: Осигурање као посебна људска активност заснована на начелима узајамности и солидарности је почела да заузима своје место у средњем веку (у подручјима насељеним Србима најпре се може навести пример поморског осигурања бродова у Дубровнику) да би се, као посебна научно наставна дисциплина могла одредити као материја новијег датума која је своје заокруживање доживела тек у XVIII веку.

Ипак, због животности и потреба правних субјеката да се, бар делимично, у одређеним случајевима и обиму, отклоне негативне последице (пре свега материјалне) одређених догађаја, осигурање је постало саставни део друштвеног живота свих земаља

Радно ангажовање у овој друштвено привредној области може се оцијенити као разноврсно, у складу са природом самог осигурања. Могућност квантификовања резултата рада агената осигурања условила је и форме њиховог радног статуса које се разликују и од положаја других запослених у самим осигуравајућим организацијама и од радноправног положаја запослених уопште. Разлике се крећу од радног односа до сасвим неформалног ангажовања које може престати фактички, без правне верификације. Ово се може назвати и инертирањем радног ангажовања. Запослени који по основу свог радног односа обављају послове у осигурању имају у свему права и обавезе као и други запослени тако да им припадају иста права (и имају исте обавезе, нпр. отказни рок) у случају престанка радног односа, као и примене других радноправних института у пракси.

Кључне речи: Осигурање, флексибилни облици запошљавања, радни однос, запослени у осигурању, престанак радног ангажовања запослених у осигурању.

Увод

Све привредне области, па и осигурање имају своју субјективну основу коју, пре свега, чине запослени у њој. Приликом разматрања престанка радног ангажовања запослених у овој друштвено привредној дисциплини потребно је размотрити и начине радног ангажовања уопште, посебно врсте ових активности у организацијама које се баве осигурањем имовине, лица и одговорности.¹

Чињеница је да у организацијама које се баве осигурањем постоје различити облици радног ангажовања – од радног односа као најпотпуније форме, па до флексибилних облика запошљавања.

Кад је реч о престанку типичног (стандардног) радног односа², по нашем мишљењу, потребно је посебно се осврнути на слободно изражену вољу послодавца или (и) запосленог за раскидањем њиховог, до тада постојећег - радноправног односа. Наиме, у случајевима престанка без примене начела добровољности (нпр. у случају смрти запосленог), јасно је да се ту ради о директном утицају законом одређених, јасних природних или правних околности које саме по себи производе наведену последицу и стога не изазивају пажњу у смислу потребе шире анализе. Као што је већ наведено, добровољност је битно обележје радног односа који се заснива на праву на рад и слободи рада. Такође, размотрићемо и неке карактеристичне, законом предвиђене, разлоге за престанак стандардног радног односа.

Слободно изражена воља субјеката радноправног односа значи могућност коју имају обе стране - да међусобни однос не само заснују него и да га раскину.

У вези са наведеним П. Јовановић наводи: “пошто је послодавац економски јача странка, то је логично да су правила у вези престанка радног односа, углавном, тако постављена и усмерена да штите превасходно интересе економски слабије стране у радном односу – радника”.³ Исти аутор, даље, сматра да “су врло мала ограничења слободе радника да изјавом своје воље раскине радни однос, док је слобода послодавца, у овом смислу регулисана многим правилима у националним законодавствима појединих земаља и на међународном плану”.⁴ *Ipsa facto* произилази да се радно право према питању заштите интереса запослених, па и кад се ради о отказу, мора односити *ex speciali gracia*. Поред престанка радног односа једнострано израженом вољом субјеката

1 Овим се не доводи у питање чињеница да постоје специјализоване организације за осигурање које се баве претежно неким од облика осигурања (нпр. аустријски Меркур слови као претежно добровољно здравствено (превасходно) и животно осигурање али се бави и неким другим формама осигурања).

2 Под тим термином подразумевамо радни однос на неодређено време и са законом прописаним (пуним) радним временом.

3 Јовановић П, Радно право, Службени гласник, Београд, 2003, стр. 333.

4 Исто.

радноправног односа у нашем правном систему, као и у многим другим, постоји и престанак истовремено израженом вољом оба субјекта – споразумни раскид радног односа. Такође, и наша легислатива, као и теорија, прихвата да се радни однос може раскинути непосредним дејством закона (по сили закона), као што је већ поменуто.

1. Престанак стандардног радног односа

Постоји више класификација престанка радног односа у нашој радноправној литератури које су, у већој⁵ или мањој мери ослоњена на наша позитивноправна решења. Тако Р. Брковић, сасвим комплементарно са постојећим законским уређењем, врши поделу на: престанак радног односа по вољи запосленог, споразумни престанак радног односа, престанак радног односа против воље радника (отказ од стране послодавца) и престанак радног односа по сили закона.⁶ Он наводи, критикујући законско одређење (у термиолошком смислу) истог, и један посебан институт – незаконити престанак радног односа.⁷ Престанак стандардног радног односа је, од настанка радног права предмет законског уређивања. У новије време долази до тенденције рестаурирања либералних поставки тржишта, па и у погледу експонирања супериорног положаја послодавца. Оправдање се налази у слободи привређивања. „Ако се, наине, послодавцима допусти да обављају свој посао онако како њима одговара, са минимумом интервенције са стране, они ће бити способни да се такмиче по глобалним мерилима.“⁸

2. Позитивноправна регулитива престанка радног односа у Србији

Важећим Законом о раду Републике Србије (даље: Закон) уређује се детаљно питање престанка радног односа при чему послодавац може (као и другим савременим радноправним системима запосленом да откаже уговор о раду ако за то „постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца. Могући разлози за отказ уговора о раду навени су у одредби члана 175. Закона.⁹

5 Види шире, Јовановић П, исто, стр. 335-355.

6 Брковић Р, Радно право, Приручник за полагање правосудног испита, друго измењено и допуњено издање, Пројурис, Београд, 2005. година, стр. 72-78.

7 Исто, стр. 76. Иначе, незаконити отказ је уређен одредбом члана 191. нашег важећег Закона о раду (“Службени гласник РС” број 24/2005). Даље: Закон.

8 Обрадовић Г, *Флексибилизација радних односа-узроци и границе*, Радно и социјално право, бр, 1/2008., Београд, стр. 205.

9 Према тој законској одредби то су:

- изражавање сагласности воља послодавца и запосленог да радни однос престане,
- отказом уговора од стране једне или друге стране,

Даље, престанак радног односа *ex lege* уређен је одредбом члана 176. Закона.¹⁰ Иначе, престанак радног односа, односно његово уређивање у директној је вези са осваривањем социјалне заштите коју проф. А. Петровић дефинише на следећи начин: „Чини се да се појмом „социјална заштита тако превладава англосаксонско значење појма „социјална сигурност“ (*social security*) и континентално-европско значење појма „социјално осигурање“ (*social insurance*).“¹¹

У осигурању је често у примени, као и у другим привредним областима престанак радног односа уз исказивање воље оба субјекта учесника. Иначе, наш законодавац је мало легислативног простора посветио споразумном раскиду радног односа¹² и отказу од стране запосленог¹³ због, како смо цитирали, “тога што у тим облицима егзистира воља економски слабије стране у радном односу – радника”¹⁴. Овим се нимало не умањује значај воље послодавца. Уосталом, ове форме раскида радноправног односа изазивају и мало спорова у пракси.

Као што је то у радноправној регулативи уобичајено, најдетаљније је уређено питање престанка радног односа уз једнострано изражавање воље послодавца – отказом од стране послодавца.¹⁵ То је једна од важнијих

-
- ако родитељ или старатељ лица млађег од 18 година захтева да радни однос престане,
 - смрт запосленог, и
 - кад запослени наврши 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, ако се послодавац и запослени друкчије не споразумеју.

10 Овај институт је познат у свим позитивноправним системима, а има своје општеприхваћено место и у радноправној теорији. Ти случајеви су:

- кад запослени изгуби радну способност;
- ако му се одлуком надлежног државног органа забрани обављање одређених послова, а нема могућности да му се обезбеди обављање других послова;
- ако због издржавања казне затвора или изрицања мере безбедности, васпитне или заштитне мере запослени мора да одсуствује са посла више од шест месеци и
- престанак рада послодавца.

11 Петровић А, *Социјална сигурност и људско достојанство*, Радно и социјално право, бр. 1-7-/2008., Београд, стр. 458.

12 Споразумни престанак радног односа уређен је само одредбом члана 177. Закона о раду. Новину представља увођење термина “писани” споразум као и то што је уведена обавеза послодавца да упозори радника на последице које настају у погледу остваривања, тј. губитка права по основу осигурања за случај незапослености.

13 Отказ од стране запосленог уређен је само одредбом члана 178. Закона о раду

14 Јовановић, исто.

15 У вези са наведеним, несумњиво је позитивно то што су таксативним набрајањем законски уређени случајеви у којима послодавац може дати отказ запосленом (чл. 179. Закона):

- 1) ако запослени не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради;
- 2) ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду;

класификационих тачака разграничења у којој долази до изражаја јавноправни карактер радног права.

Кад је реч о одредбама тачака 2) и 3) члана 179. Закона, ту се у првом реду може ставити једна примедба правнотехничког карактера. Наиме, најпре се одређује да се отказ може дати “ако запослени учини повреду радне обавезе...” а затим и у случају “да запослени не поштује дисциплину прописану актом послодавца...” Поставља се питање да ли се овде ради о суштински истој ствари непотребно разврстаној, односно поновљеној у две одредбе. Ово стога што извршавање радних обавеза, између осталог, подразумева и поштовање радне дисциплине. Ако се ствар постави обрнуто, долази се до питања: како неко може учинити повреду радне дисциплине, а да при том изврши све своје, уговором о раду, прихваћене радне обавезе?

Право отказа од стране послодавца због “чињења кривичног дела од стране радника”¹⁶ већ је изазвало доста контроверзи у вези са применом Закона о раду из 2001. године које су, тек после више проблематично окончаних судских поступака, на неки начин, превазиђене ставом Врховног суда. Стога сматрамо да би правно прецизнија формулација наведене норме гласила: “Послодавац може да откаже уговор о раду запосленом у случају ако запослени буде осуђен правоснажном судском пресудом за учињено кривично дело на раду или у вези са радом.” О томе би, по нашем мишљењу, законодавац могао да поведе рачуна при новелирању Закона.¹⁷

3) ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца;

4) ако запослени учини кривично дело на раду или у вези са радом;

5) ако се запослени не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока за неплаћено одсуство или мировање радног односа у смислу овог закона;

6) ако запослени злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад;

7) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у смислу члана 171. став 1. тач.

1) – 4) овог закона;

8) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези са чланом 33. став 1. тачка

10) овог закона; и,

9) ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла.

16 Види: Члан 179. тачка 4. Закона.

17 Наиме, непосредно по доношењу ранијег Закона о раду дошло је до извесног броја поступака у којима су послодавци дали, најпре, отказ радницима претходно подносећи кривичну пријаву против запосленог. Морамо се присетити да је до доношења Закона о раду из 2005. године важила одредба члана 109. Закона о раду из 2001. године која је гласила: “Запослени може да буде удаљен са рада ако је против њега покренут кривични поступак због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом или ако је учинио повреду радне обавезе која угрожава имовину веће вредности.” Одредбом члана 112. истог закона било је одређено да: “удаљење из члана 109. овог закона може да траје најдуже три месеца у којем периоду је послодавац дужан да запосленог врати на рад или да му откаже уговор о раду, ако за то постоје оправдани разлози из члана 101. став 1. тач. 3) до 5).” То је, у пракси, изазвало

Законодавац је нашао за сходно да изричито одреди које се то околности и ситуације не сматрају оправданим разлогом за отказ. Несумњиво да ово опредељење обезбеђује већи степен сигурности запослених од могуће самовоље послодавца кад је реч о отказу. Може се *aequa anim* узети да је извршено одређено усклађивање са међународноправном регулативом у области рада, односно, пре свега, са обавезама које проистичу из Конвенције бр. 135. о радничким представницима, односно ограничењима у погледу отказивања радног односа радничким представницима.¹⁸

3. Флексибилно радно ангажовање запослених у осигурању

Када се анализира радно ангажовање запослених у осигуравајућим организацијама, већ на самом почетку се намеће утисак да је претежно реч о тзв. Флексибилним формама осигурања. То значи да је већина лица ангажована на, може се рећи атипичан начин, због саме природе осигурања као делатности и начина на који се најефикасније и најцелисходније могу ти послови обављати. Наиме, ако се пође од чињенице да је рад, односно награђивање по учинку најстимулативније у смислу чињења радних напора запослених и остваривања организационих циљева, јасно је да и врста радног ангажовања мора бити у складу са тим. То значи да су, у случају обављања радних обавеза запослених у осигурању (у претежном броју примера радног ангажовања) непостојећи тзв. небитни елементи радног односа – радно место и радно време. Подсећамо да се под флексибилним формама запошљавања подразумева анагажовање које није стандардни радни однос, а то значи да се не ради раду са пуним, законом одређеним радним временом и на неодређено време. Тако, у ове облике рада са израженим облигационоправним елементима спада и радни однос на одређено време. Постоје становишта да довођење у питање опстанка радног

ситуацију да је послодавац подносио кривичну пријаву против запосленог, затим га удаљавао са рада јер је у пријави навођено да је учињено дело учињено на раду или у вези са радом, а затим му је, по законском решењу, давао отказ по протеку рока од три месеца, колико је најдуже могла да траје суспензија. Ипак, судска пракса је стала на, по нашем мишљењу, исправно становиште да је у наведеном случају могуће запосленом отказати уговор о раду само, и тек у случају, ако, и кад, буде правоснажном одлуком надлежног суда осуђен, а не већ у тренутку покретања тог поступка, односно подношења кривичне пријаве.

18 Ова Конвенција је усвојена 1971. године када је, ради њене примене, усвојена и Препорука бр. 143. о радничким представницима. Тако је међународним радноправним регулама уређена област заштите радничких представника, и то: појам радничких представника, заштита радничких представника, право на заштиту и специјалне мере заштите, олакшице које треба пружити радничким представницима, одсуствовање с посла, приступ радним местима у предузећу и др. Види шире: Шундерић Б, Право Међународне организације рада, Правни факултет у Београду, 2001. година, стр. 460 – 463.

односа као примарног облика радног ангажовања може угрозити опстанак социјалне државе.¹⁹

Због потребе целовитог сагледавања питања радног ангажовања запослених у осигурању потребно је, у извесној мери, задржати се на појму флексибилних облика запошљавања (рада).²⁰ Флексибилни облици запошљавања представљају данас једну од најактуелнијих тема радног права у свету. Међународна организација рада (даље: МОП) томе је последњих година посветила посебну пажњу усвојивши неколико докумената из ове области (Конвенција бр. 175 о раду са скраћеним радним временом, и Препоруку бр. 182 истог назива – из 1994. године; Конвенцију бр. 177 о кућном раду, и истоимену препоруку бр. 184 – од 1996. године; Препоруку бр. 189 о оснивању малих и средњих предузећа из 1998. године.²⁰

Важност ове проблематике није занемарила ни Европска унија (ЕУ), у оквиру које је 1991. године донета Директива о раду са непуним радним временом – 1997. година (која се базира на предходно закљученом колективном уговору за територију ЕУ) и Директива о раду на одређено време, од 1999. године (такође произашла из потписаног европског колективног уговора).²¹ Поред тога, највеће европске синдикалне организације (UNICE, ETUC, СЕЕР) управо преговарају о закључењу европског колективног уговора о привременим и повременим пословима.²²

Како наводи Б. Шундерић: “Флексибилни облици запошљавања су настали као последица увођења нових технологија у процес рада (аутоматизације, компјутеризације, роботизације) и реакција послодаваца на тзв. стандардни (типични) облик рада.”²³

19 Обрадовић Г, исто, стр. 201: „И широм Европе одрживост постојећег здања социјалне државе почело је да се доводи у питање.“

20 Наша земља није ратификовала нити прихватила ниједан од ових докумената.

21 Council Directive 1991/383/EEC; Council Directive 1997/81/EC; Council Directive 1997/70/EC. О овоме видети у: Erike Szyszczak, ECI Labour Law, UK, Essex, 2000, стр. 131, оп.цит. др. Сенад Јашаревић: Флексибилне форме запошљавања у Закону о раду, стр. 93. и др. Предраг Јовановић: Флексибилно запошљање и радни однос, Радно и социјално право, Удружење за радно и социјално право, бр. 1-3, Београд.

22 Јашаревић С, Флексибилне форме запошљавања у Закону о раду, Радно и социјално право, Удружење за радно и социјално право, бр. 1-3, Београд. 2002. године. стр. 92.

23 Марковић Б, Нове технологије, радничка класа и синдикат – и Др. Б. Шундерић, ибидем, стр. 244., и даље: - Стандардан или типичан облик рада јесте радни однос који је послодавац засновао са радником на неодређено време и са пуним радним временом. Увођење нових технологија изазвало је последице не само у организацији рада него и у систему запошљавања тј. радних односа. Било је потребно омогућити прилагођавање рада новим условима и новим захтевима које поставља нова технологија. Који су то захтеви? То су следећи: 1. подизање продуктивносоу рада; 2. смањење удела радне снаге у укупној цени производа; 3. стално и

У вези са тим извршен је утицај и на саму садржину основног појма радног права – радни однос, тако да постоји став “да би се максимално искористиле предности које даје нова технологија било је неопходно извршити флексибилизацију система радних односа.”²⁴

Даље, треба рећи да постоје аутори који сматрају је већ “уведена флексибилности у класичан радни однос”²⁵, што је између осталог, довело до максималног релативизирања значаја два “небитна елемента радног односа”,²⁶ а то су трајање радног односа и радно (пуно) време.²⁷

Иначе, у потпуности бисмо се сложили са ставом С. Јашаревића по питању (не) конкурентности флексибилних облика рада сталном радном односу²⁸.

Глобалне промене које се догађају у друштвеним и посебно друштвено економским односима производе и разне промене у садржини правних појмова и института. Брзи развој значајних друштвених (привредних) области као што су телекомуникације, саобраћај, посебно развој информационих технологија и др., наметнуо је одређене промене у области рада. Запослени који долази на посао у фабрику у тачно, од послодавца одређено време и ради одређени број сати, производи одређени број, мање или више квалитетних комада производа и за то бива награђен зарадом, све више уступа своје место једној другој категорији радника. То су радно ангажовани појединци који имају висок ниво познавања сегмената савремених технологија, при чијем раду постаје мање битно, па чак и небитно и радно место и радно време. Све је битнија специјализација преко које се постижу већи радни ефекти.

потпуно коришћење производних капацитета и 4. самим тим јачање конкурентне способности послодавца на тржишту. Нова технологија смањује потребе за радном снагом.

24 Шундерић,, исто, стр. 244.

25 Види шире: Брајић В, Радно и социјално право, бр. 1-3/2000., Београд, стр. 2., и даље: “Унутар класичног радног односа дошло је до увођења флексибилности на тај начин што је уместо континуираног рада у току радне седмице (и недељног одмора), уведен рад за викенд уз слободне дане у току седмице, или рад са повећаним бројем часова у току појединих дана, посебно викендом. Другу промену су извршиле нове информационе технологије, тако што се рад у радном односу “дислоцира”, (премешта) у кућу запосленог или неко друго место ван организације послодавца.”

26 Балтић А и Деспотовић М, исто, стр. 30-32.

27 Брајић В, исто, стр. 131.

28 Јашаревић С, исто, стр. 94.: “Делује као да је “флексибилни рад” конкуренција сталном радном односу. Ипак, није тако, већ је управо обрнуто. Наиме, услед кризе, промена у структури послова изазваних новом технологијом и великих осцилација у понуди и тражњи на тржишту рада, смањује се број радних места на којима се могу запослити радници у сталном радном односу. Са друге стране, из истих разлога повећава се потреба за флексибилним радним ангажовањем. Али, употребом флексибилних видова рада се увећава успешност економије у целини, те тако постепено расте и могућност трајног запослења.”

Технолошка и комуникациона повезаност света омогућила је да се догоди и глобализација пословања у условима које се послови могу обављајти, и често се обављају, неvezано од физичке удаљености послодавца и радника.

У тим условима је у области рада неминовно дошло до промена које су последице наведених друштвених процеса. Флексибилни (атипични) облици рада постају у све значајнијој мери и директан и посредан фактор смањења незапослености. Прво, велики број радника (“процењује се да у ЕУ преко 60 милиона радника ради у неком од нестандартних облика запошљавања”²⁹) већ сада непосредно ради преко флексибилних облика рада. Друго, “флексибилним радним ангажовањем повећава се општа економска ефикасност, па се стварају услови за повећано трајно запошљавање.”³⁰ Тако разматрајући један од облика флексибилних (атипичних) облика рада – привремене и повремене послове проф. Мирјанић наводи: “Обављање привремених и повремених послова је облик радног ангажмана који одговара условима који постоје на тржишту рада и обезбеђује већу запосленост и бржу флукуацију радне снаге.”³¹ При томе треба имати у виду став проф. Брковића који наводи “На овај начин поменути облици запошљавања постали су врста радног односа који се може засновати на неодређено или одређено време,”³² тако да би, приликом законских новелирања у овој области требало да се води рачуна о овој чињеници.

По нашем мишљењу, наведене чињенице о флексибилним облицима рада иманентне су и за организације које се баве осигурањем, али само посредно. Наиме, техничко технолошки развој је само пратећи елемент успостављања наведене форме радног ангажовања као претежне у осигурању. Битније је то што је валоризација радних резултата, квантитавно изражена кроз егзактне показатеље остаривања радне успешности, утицала да се створи систем радних односа који се разликује од уобичајеног по својој, пре свега, флексибилизацији.

4. Престанак радног односа запослених у осигурању

Радни однос извршилаца на пословима у осигурању не може се оквалификовати као једнозначан, односно истоврстан за сва радна места. Напротив, из досадашњег излагања се може закључити да постоји веома изражена различитост у погледу два основна начина остваривања радноправног статуса запослених у осигурању:

29 Флексибилни облици запошљавања у Републици Србији, Институт за мала и средња предузећа и Завод за тржиште рада, Београд, 1999., стр. 56.

30 Јашаревић С, исто, стр. 94.

31 Мирјанић Ж, Омладинско и студентско задругарство као облик радног ангажовања према законодавству Републике Српске, Зборник радова Омладинско (студентско) задругарство као флексибилни (специфични) облик радног ангажовања младих, Београд, 2004., стр. 52.

32 Брковић Р, исто, стр. 210.

а. Радно ангажовање запослених у осигуравајућим организацијама и стандардни радни однос

Кад се ради о лицима која су запослена у осигуравајућим организацијама, евидентно је да су многи од њих ангажовани по основу најпотпунијег и по раднике најпожељнијег облика запошљавања – радног односа. Историјски посматрано, може се констатовати да је овај вид радноправног регулисања дуго времена био преовлађујући с обзиром да је настао развијајући се заједно са радним правом.³³ То значи да су послодавци успостављали са запосленим правни однос у којем су утврђивана права и обавезе а отказ од стране послодавца је могао бити дат искључиво због немогућности запосленог да обавља одређене послове, његовог непридржавања, односно неизвршавања радних обавеза или због економских разлога постојећих на послодавачкој страни (технолошки вишак). Као најпримењиванији разлог може се оценити неизвршавање радних обавеза што се квантификовало кроз неизвршавање планираних радних резултата.³⁴

б. Радно ангажовање запослених у осигурању као скуп разноврсних облика радног положаја у оквиру саме делатности осигурања.

У складу са општим радноправним трендовима и у области осигурања је дошло до значајних трансформација у погледу начина регулисања радноправног статуса запослених. Тако је дошло најпре до „флексибилизације“ самог радног односа у смислу и појаве да, у одређеним случајевима сами запослени имају интерес да не буду искључиво уговорно везани за једног послодавца. Ово се посебно односи на стручњаке разних профила који су у стању квалитетно да обављају поједине послове везане битне за ову област (нпр. многи експерти у

³³ Радно право многи сматрају за „право којим се штити слабија страна у радноправном односу – радник“ (цит. П. Јовановић као и већина других аутора из области Радног права како код нас тако и у иностранству), те да је настало као плод синдикалне борбе радника кроз дужи период за издвајање раде области из окриља облигационог права. За разлику од тога, послодавци су, вођени разлозима економичности пословања покушавали да рад радника буде третиран као елемент привредних активности као и сви други трошкови, као и да се примени облигационоправни принцип сагласности воља уговорних страна. То би довело до фактичке неједнакости због евидентно надређеног положаја послодавца у правном, а, пре свега, економском смислу. Ипак, морамо констатовати да у либерално економским системима, а такви постоје у већини земаља у транзицији, грађанскоправни принципи који се манифестују у експонирању воље послодавца да закључи или не радни однос (што је савим оправдано) дотле да послодавац може да, по свом нахођењу, без законом прописане процедуре и разлога и да раскине радни однос. Чак често и не постоји прописан поступак остваривања права радника у организацији, већ се исто може оставривати или пред органима за миреење или пред судским органима.

³⁴ Нпр. незакључивање одређеног броја полиса у одређеном временском року.

областима кје су везане за аутарску функцију – статистичари, информатичари, инжењери и др.). Дакле, радни однос није више једини циљ свих потенцијалних уполсеника. Ипак, одређени послови који се обављају у осигурању, а који су карактеристични и за друге области привређивања, и даље се врше уз успостављање радног односа (менаџерски, финасијско рачуноводствени, административно – правни и др.). Такође, послови агената осигурања, иначе карактеристични за ову делатност, у одређеном броју случајева обављају се на наведени начин уз изражене специфичности у смислу потенцирања остваривања постављених организационих циљева. У погледу престанка радног односа лица која су у радном односу код осигуравајућих организација важе иста правила као и код других привредних субјеката с тим што постоје специфичности у погледу природе разлога који могући елемент престанка радног односа, о чему је већ било речи приликом разматрања радног односа у овој области.

5. Престанак радног ангажовања агената осигурања

а. Већ је изречено мишљење да су агенти осигурања веома битна категорија запослених у области осигурања не само по квантуму, већ и по значају за остваривање организационе успешности у целини. Неоспорно је да импулсивност успешности резулата рада агената осигурања даје и организација рада осигуравајућих друштава и агенција у смислу јасних правила на основу којих се валоризује рад ових извршиоца. У овом смислу треба истаћи да, поред директног материјалног вредновања постоји (посебно у агенцијама за осигурање) и веома профилисана валоризација путем „бодова“ која представља читав систем којим се уређују тзв. посредне стимулације. Наиме, ради се о томе да се рад сваког агента осигурања прати тако шти се утврђује вредност и број полиса осигурања које заључи, затим добија одређени број бодова који значе увећање удела агента у профиту по основу осигурања за сваку наредну полису који закључи (након „освајања“ одређеног броја бодова). Поред тога, постоје и посебне, нематеријалне³⁵ (по нашем мишљењу термилошки би адекватније било да се ови подстицаји зову неночане стимулације него нематеријалне) стимулције као што су путовања у егзотичне земље, додела сатова, скупочених аутомобила и сл. Дакле, при оваквом стању ствари јасно је да агенти осигурања нису примарно заинтересовани (за разлику од већине других лица) за остваривање врсте правне регулативе свог статуса (што би, пре свега, значило сигурност запослења), већ за остварење што већих финансијских резулата свог рада. Наравно да постоји

35 Ове стимулације су само условно нематеријалне (што је опште усвојен израз у теорији менаџмента људских ресурса) јер оне имају сасвим одређен материјални израз само што не представљају новчана давања, већ прецизна донаторства у стварима или услугама која, с друге стране имају јасну новчану вредност.

значајан број агената који се баве продајом у осигурању који те активности обављају у статусу лица у радном односу.³⁶

На крају, можемо констатовати да се у зависности од карактера радног ангажовања опредељује и престанак истог. Тако, у случају флексибилног рада престанак обављања радних активности има, у правном погледу сасвим другачију конотацију од радног односа. Дакле, у овом случају флексибилизација не значи и ситуацију која је против воље запосленог иако је несумњиво да је „циљ система социјалне сигурности да „човека ослободи немаштине тако да му гарантује сигурност прихода.“³⁷ Та дискрепанца је до те мере изражена да се може претпоставити да, у појединим случајевима и нема формалног израза престанка рада, већ једноставно долази до „замирања“ наведене радне активности што подразумева и могућност продужетка исте без икаквих формалности и невезано са протоком времена. У томе је највећа специфичност престанка радног ангажовања агената осигурања. С друге стране, агенти осигурања који су у радном односу имају сва права у погледу престанка тог статуса као и други запослени, с тим што треба истаћи да је логично што већини таквих лица радни однос престаје због неостваривања пројектованих организационих резултата а то значи (у погледу престанка радног ангажовања) корелацију са положајем агената који нису у радном односу.

ЗАКЉУЧЦИ

Осигурање као посебна друштвено привредна делатност својом природом карактер радног ангажовања запослених. Могућност квантификације рада лица која се баве продајом у осигурању утицала је на веома прецизно профилисање система награђивања, а ова околност, пак, на радни положај запослених.

Значајан број запослених у осигуравајућим организацијама има радноправни статус у потпуности индентичан са другим запосленим одакле призилази чињеница да је и питање престанка радног односа тих лица регулисано Законом о раду, односно другим прописима којима се уређује област рада.

Када је реч о агентима осигурања, највећа специфичност се садржи у томе што неостваривање пројектованих, односно жељених (од стране самог агента осигурања) резултата рада може узроковати престанак радног ангажовања без формалне компоненте којом би се верификовао престанак дотадашњих радних активности.

³⁶ Ипак, треба рећи да се ради о мањини и то агената осигурања вишег ранга који се потпуно професионално баве тим послом.

³⁷ Петровић А, исто, стр. 460.

У случају лица која која обављају послове на продаји услуга осигурања по основу радног односа може се контатовати да за њих важе општа радноправна правила.

ЛИТЕРАТУРА:

Балтић А. и Деспотовић М, Основи радног права Југославије, осмо имењено и допуњено издање, Београд, 1981. година,

Брајић В, Радно и социјално право, бр, 1-3/2000, Удружење за радно и социјално право Београд, 2000. година,

Брковић Р, Радно право, Приручник за полагање правосудног испита, друго измењено и допуњено издање, Пројурис, Београд, 2005. година,

Јовановић П, Радно право, Службени гласник, Београд, 2003. година,

Јашаревић С, *Флексибилне форме запошљавања у Закону о раду*, Радно и социјално право, Удружење за радно и социјално право, бр. 1-3, Београд. 2002. година,

Јовановић П, *Флексибилно запошљање и радни однос*, Радно и социјално право, Удружење за радно и социјално право, бр. 1-3, Београд, 2002. година,

Обрадовић Г, *Флексибилизација радних односа-узроци и границе*, Радно и социјално право, бр, 1/2008., Београд,

Петровић А, *Социјална сигурност и људско достојанство*, Радно и социјално право, бр, 1-7-/2008., Београд,

Радуловић, З, *Промене у садржини флексибилних форми запошљавања*, Радно и социјално право, Удружење за радно и социјално право, бр. 1-6, Београд, 2004. година,

Радуловић, З, *О праву на омакни рок*, Радно и социјално право, Удружење за радно и социјално право, бр. 1-6, Београд, 2006. година,

Шундерић Б, *Право међународне организације рада*, Београд, Правни факултету Београду 2001. година,

Шулејић П, *Право осигурања*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2005. година.

Флексибилни облици запошљавања у Републици Србији, Институт за мала и средња предузећа и Завод за тржиште рада, Београд, 1999. година,

Council Directiv 1991/383/EEC; Council Directive 1997/81/81/EC; Council Directive 199/70/EC. О овоме видети у: Erike Szyszczak, ECI Labour Law, UK, Essex, 2000.

Prof. Zoran Radulović, School of Business, Economy and Entrepreneurship, Belgrade
Miroslav Radulović, School of Business, Economy and Entrepreneurship, Belgrade
Dejan Krstić, Director of the Republic Agency for Peaceful Resolution of Labour Disputes

Termination of Employment In Insurance

Summary

Insurance is a specific human activity based on the principles of reciprocity and solidarity. As such, it started developing in the Middle Ages (the first example of insurance in the areas inhabited by the Serbs was the maritime insurance of ship in Dubrovnik); gradually, it was distinguished as a modern scientific and educational discipline whose subject matter was comprehensively framed in the 18th century.

For mundane causes, insurance has become an essential element of social life in all countries. It is primarily aimed at meeting the immediate needs of the legal subjects to remove, in particular cases and to a certain extent, the negative (mostly material) effects of certain events.

Employment in this socio-economic area can take various forms, in accordance with the nature of insurance itself. The employment status of insurance agents has been determined by the quantitative results of insurance agents' work, particularly having in mind that their employment status is different from the employment status of other employees working in insurance companies as well as from the position of other employees in general. The differences may imply any kind of status ranging from full time employment to completely flexible modes of employment which may be terminated at any time without being subject to formal dismissal procedure. This can also be referred to as the inertness of employment. The employees in the insurance sector have all the rights and obligations as other employees; therefore, in case of a dismissal, they are entitled to the same rights and obligations (such as a term of notice) as other employees, including the possibility of using other institutes of labour law.

Key words: *insurance, flexible modes of employment, labour relation, insurance employees, termination of labour relation in insurance.*

ПРВА КОНФЕРЕНЦИЈА ЗА РЕВИЗИЈУ СТАТУТА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА¹

Апстракт: У Кампали је 2010. године одржана прва ревизиона конференција која је разматрала амандмане на Римски статут и бавила се оценом дотадашњег рада Међународног кривичног суда. Конференција је усвојила амандмане о агресији и проширењу листе ратних злочина у немеђународним оружаним сукобима, док амандман о измени чл. 124 Статута није прихваћен. Приликом разматрања рада Међународног кривичног суда, идентификовани су главни проблеми са којима се ова институција среће и предложени су начини за њихово превазилажење.

Кључне речи: Римски статут, Међународни кривични суд, ревизиона конференција у Кампали, агресија, чл. 8 и 124 Римског статута.

I УВОД

Вишедеценијски напори за оснивање сталног међународног кривичног суда уродили су плодом 1998. године, када је на конференцији у Риму усвојен Статут Међународног кривичног суда (у даљем тексту „Статут“ или „Римски статут“). Након депоновања шездесетог инструмента о ратификацији (приступању), Статут је ступио на снагу 2002. године,² што је омогућило почетак рада Међународног кривичног суда (у даљем тексту „Суд“ или „МКС“). Као и сваки други међународни уговор, Римски статут представља компромис који су државе тешком муком постигле. Не желећи да брзи захтеви за ревизијом наруше постигнуто јединство, онемогућено је подношење било каквих амандмана у седмогодишњем периоду након ступања Статута на снагу. Међутим, истовремено свесне и његових недостатака, државе уговорнице су предвиделе одржавање

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

2 Статут има 119 држава уговорница, међу којима је и Република Србија.

ревизионе конференције на којој би се размотрили евентуални амандмани на Статут. Чланом 123 је предвиђено да ће таква конференција бити сазвана седам година након ступања Статута на снагу. У складу са тим, генерални секретар УН је, на основу одлуке Скупштине држава уговорница, сазвао конференцију за ревизију Статута, која је одржана у Кампали (Уганда), од 31. маја до 11. јуна 2010. године.

На конференцији је било присутно 87 делегација држава уговорница Римског статута, доста делегација из држава које нису стране уговорнице (у својству посматрача), као и представници многих међународних владиних и невладиних организација.³ Конференција у Кампали је разматрала поднете предлоге за ревизију Статута, али се бавила и оценом рада МКС и предлозима за његово унапређење.

II АМАНДМАНИ НА СТАТУТ

Конференција у Кампали је, на предлог Скупштине држава уговорница, разматрала три амандмана. Први се односио на дефинисање агресије и одређивање услова за остваривање надлежности МКС у погледу тог злочина, други се тицао увођења нових ратних злочина у чл. 8 Статута, док је трећим амандманом предложена измена чл. 124 Статута како би се државама онемогућило привремено искључење надлежности Суда за ратне злочине.

1. Агресија

Питање агресије је изазвало крупне несугласице међу учесницима конференције у Риму, што је резултирало већим бројем предлога за њено регулисање.⁴ Коначно решење унето у Римски статут представља компромис, на основу кога је Суд добио надлежност за злочин агресије, али је остваривање те надлежности одложено до усвајања дефиниције агресије и утврђивања услова под којима ће се та надлежност остаривати (чл. 5, ст. 2).

У циљу испуњења задатка из чл. 5(2) Статута, државе уговорнице су 2003. године оформиле Специјалну радну групу за злочин агресије.⁵ Током вишегодишњег рада ово тело је постигло потпуни консензус око дефиниције агресије, док је у погледу остваривања надлежности МКС над тим злочином остало доста нерешених питања, која су била изражена кроз бројне алтернативе

3 На конференцији је учествовало око 4600 представника држава и међународних организација.

4 Више о тим предлозима видети: Небојша Раичевић: Стварна надлежност Међународног кривичног суда, Страни правни живот, бр. 1-2/2005, стр. 323.

5 Official Records, Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session (first and second resumptions), ICC-ASP/1/3/Add.1, para 37.

у усвојеном тексту. Специјална радна група је свој извештај проследила 2009. године Скупштини држава уговорница Римског статута.

Тај извештај је био полазна основа за расправу на ревизионој конференцији у Кампали.⁶ Након вишедневног рада државе су усвојиле Резолуцију о злочину агресије,⁷ која садржи амандмане посвећене дефиницији агресије (чл. 8bis) и условима за остваривање надлежности МКС над тим злочином (чл. 15bis и 15ter). Поред тога, на конференцији су усвојени и амандмани на Елементе злочина⁸ везани за нови чл. 8bis,⁹ као и Објашњење усвојених амандмана о агресији.¹⁰

1.1. Дефиниција агресије

Као што је већ речено, дефиницију агресије је сачинила Специјална радна група за злочин агресије, и она је на конференцији у Кампали прихваћена без икаквих измена. Предложена дефиниција је усвојена без већих тешкоћа, и уграђена је у нови чл. 8bis, који носи наслов „Злочин агресије“.

Члан 8bis је подељен у два става. Први сав дефинише индивидуално кривично понашање (злочин агресије), док други наводи понашања држава која се сматрају актом агресије. Злочин агресије представља кажњиво понашање појединаца, док акт агресије представља понашање државе којим она крши правила међународног права. Наравно, подразумева се да без државног акта агресије нема ни злочина агресије, а самим тим ни личне кривичне одговорности. Другим речима, државни акт агресије је предуслов за постојање кривичне одговорности појединаца. Треба рећи да агресија као акт државе не представља *actus reus* злочина агресије, већ *actus reus* тог злочина чине акти појединаца који доводе до противправне употребе силе од стране државе (планирање, припремање, започињање или извршење агресије)¹¹.

6 На конференцији се тим питањем бавила Радна група за злочин агресије.

7 Official Records, Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, RC/11 (у даљем тексту „Official Records, RC/11“), Resolution RC/Res.6, The Crime of aggression.

8 Усвајање Елемената злочина је предвиђено чл. 9 Римског статута. Они детаљније регулишу кривична дела дефинисана у Римском статуту, и њихова је сврха да „помогну Суду у тумачењу и примени чл. 6, 7. и 8. Статута“. Нацрт тог документа је сачинила Припремна комисија за Међународни кривични суд, а коначно га је усвојила Скупштина држава уговорница на свом првом заседању 9. септембра 2002. године. Елементи злочина, као и његове измене, не подлежу ратификацији.

9 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.6, Annex II, Amendments to the Elements of Crimes.

10 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.6, Annex III, Understandings regarding the amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the crime of aggression.

11 Constantine Antonopoulos: Whatever Happened to Crimes against Peace?, Journal of Conflict and Security Law, vol. 6, no. 1, 2001, p. 61.

Према чл. 8bis, ст. 1, злочин агресије обухвата „планирање, припремање, започињање или извршење, од стране особе у позицији да ефикасно врши контролу или да усмерава политичке или војне акције државе, акта агресије који, по свом карактеру, тежини и обиму представља очигледно кршење Повеље Уједињених нација.“ У овој одредби се могу приметити два значајна ограничења, од којих се прво тиче круга лица која могу доћи у ситуацију да кривично одговарају (ограничење *ratione personae*), а друго сужава одговорност на само неке случајеве агресије (ограничење *ratione materiae*).

У дефиницији злочина агресије полази се од тога да њега могу извршити само највиши функционери, јер једино они могу ефикасно контролисати или усмеравати политичке или војне акције држава.¹² У суштини, то и јесте тачно, мада остаје отворено питање да ли се под круг тих лица могу подвести верске вође или крупни финансијски моћници. Када је у питању друго ограничење, цитирани ст. 1 садржи праг који треба бити задовољен да би постојало кривично дело агресије. Он тражи да постоји „очигледна“ (енг. *manifest*) повреда Повеље УН,¹³ чиме одступа од одредби чл. 2(4) Повеље. Тиме је Суд у неким ситуацијама онемогућен да спроводи кривични поступак, иако према чл. 2(4) Повеље постоји агресија. На овај начин само јасни случајеви агресије потпадају под домашај чл. 8bis.¹⁴ Чини се умесним поставити питање да ли постоје случајеви агресије који нису довољно опасни да би се МКС њима бавио. Тешко ко ће се сложити, осим агресора и њима блиских савезника, да постоје примери безазлених агресија чије починиоце не треба кривично гонити.

Ст. 2 под актом агресије означава „употребу оружане силе од стране државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе, или која је на било који други начин противна одредбама Повеље Уједињених нација“. За разлику од злочина агресије из ст. 1, за постојања акта агресије не постоји никакав праг који повреда мора задовољити.¹⁵ Након општег одређења акта агресије, наводе се и њени појавни облици, који су у потпуности

12 Зато се ово кривично дело назива и „злочин руководиоца“ (енг. *leadership crime*); Robert Heinsch: *The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?*, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, no. 2, 2010, p. 721.

13 Поставља се питање када ће постојати „очигледна“ повреда Повеље. У амандманима на Елементе злочина једино је речено да израз „очигледна“ представља објективну квалификацију. У документу који даје појашњење усвојених амандмана стоји да приликом оцене да ли постоји „очигледна“ повреда у обзир морају узети „карактер, тежина и размере“ повреде у питању.

14 Laura Marschner-Isabelle Olma: *The First Review Conference of the International Criminal Court*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, no. 9/2010, p. 532.

15 David Scheffer: *The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, no. 4, 2010, p. 898.

преузети из Резолуције Генералне скупштине УН бр. 3314¹⁶ из 1974. године.¹⁷ Треба истаћи да је за постојање кривичне одговорности нужно да се државни акт агресије заиста деси. Чак и ако је лице предузело неке кажњиве радње (планирање или припремање агресије), неће постојати његова одговорност уколико агресија не буде извршена.

Поред амандмана на Статут који се тичу агресије, на конференцији у Кампали усвојени су и амандмани на Елементе злочина везани за чл. 8bis, којима се прецизира дефиниција агресије и објашњавају услови за постојање личне кривичне одговорности. Осим тога, и један део Објашњења усвојених амандмана о агресији посвећен је дефиницији агресије (параграфи 6 и 7).

1.2. Остваривање надлежности

Остваривања надлежности МКС над злочинем агресије регулисано је у два члана. Први од њих уређује остваривање надлежности код поступка који се покреће на иницијативу држава уговорница или самог тужиоца - *proprio motu* (чл. 15bis), док се други односи на остваривање надлежности код поступка покренутог на иницијативу Савета безбедности у складу са главом VII Повеље УН (чл. 15ter).

Разматрање остваривања надлежности МКС над злочинем агресије на конференцији је изазвало бурну и дуготрајну расправу. Том приликом на површину су избила два крупна проблема. Први се тичао ступања на снагу усвојених амандмана, а други је био везан за однос МКС и Савета безбедности УН. За разумевање надлежности МКС у погледу злочина агресије, поред ова два проблема, треба разјаснити и које све државе потпадају под ту надлежност.

Када је у питању ступање амандмана на снагу, на конференцији су доминирала два схватања. Једни су сматрали да, пошто се ради о амандманима

16 Резолуција је дала дефиницију агресије, и то као акта државе, али није предвидела никакву одговорност за субјекте који су је извршили (ни за државу, ни за појединце).

17 Ради се о следећим актима: а) инвазија или напад оружаних снага једне државе на територију друге, војна окупација, макар и привремена, која произађе из такве инвазије или напада, или анексија територије или дела територије друге државе извршена употребом оружане силе; б) бомбардовање, или коришћење било ког оружја, од стране једне државе против територије друге државе; в) блокада лука или обале једне државе извршена оружаним снагама друге државе; г) напад оружаних снага једне државе на копнене, поморске или ваздухопловне снаге, или на поморску и ваздушну флоту друге државе; д) употреба оружаних снага једне државе које бораве на територији друге државе на основу споразума, противно одредбама тог споразума или продужетак њиховог присуства на тој територији после истека споразума; е) поступак једне државе која допушта да њена територија коју је ставила на располагање другој држави ова искористи за извршење агресије против треће државе; е) упућивање, од стране или у име неке државе, оружаних банди, група, нерегуларних бораца или плаћеника, да против друге државе врше оружане акције толико озбиљне да се могу изједначити са напред наведеним актима, или суштинска умешаност у те радње.

на чл. 5, треба применити чл. 121(5) Статута, као *lex specialis*, према којем “сваки амандман на чл. 5, 6, 7 и 8 овог Статута, за државе уговорнице које су прихватиле амандман, ступа на снагу годину дана након депоновања њихових инструмената ратификације или прихватања“. Други су, пак, тврдили да ови амандмани нису амандмани на чл. 5, те треба применити *lex generalis* за ступање амандмана на снагу садржан у чл. 121(4) Статута који захтева да 7/8 држава уговорница ратификује усвојен амандман како би он ступио на снагу. Оно што је још важно, након испуњења услова из чл. 121(4), амандман ступа на снагу за све уговорнице, с тим што држава која није прихватила амандман може одмах иступити из Статута. Из приказа ова два правила јасно се види да избор процедуре суштински одређује каснији статус држава које не ратификују амандмане.

На пленарном заседању ревизионе конференције државе су се коначно определиле за процедуру предвиђену чл. 121(5) Статута.¹⁸ Поред тога, и сами амандмани садрже неке додатне услове за њихово ступање на снагу и активирање надлежности МКС над злочином агресије.

Обједињавањем релевантних правила из чл. 121(5) и из самих амандмана, добија се листа услова који морају бити испуњени да би МКС могао остваривати надлежност над злочином агресије. У питању су следећи услови: а) ратификација амандмана од стране 30 држава уговорница;¹⁹ б) да од тридесете ратификације протекне година дана; и в) да државе уговорнице донесу одлуку о почетку остваривања надлежности Суда над злочином агресије, с тим што та одлука ни у ком случају не може бити донета пре 1. јануара 2017. године.²⁰ Ова одлука о активирању надлежности се доноси већином која се тражи за усвајање било ког другог амандмана на Статут, а то је најмање 2/3 већина.²¹ Из овога се види да МКС ни у ком случају не може судити за агресију пре 1. јануара 2017. године. Уколико се не оствари потребан број ратификација или не буде донета одлука о активирању надлежности, МКС неће моћи да суди за агресију, тако да ће сав труд из Кампале бити сведен на усвајање уговорне дефиниције агресије.

Уређење односа МКС и Савета безбедности инволвира крупне политичке интересе држава, нарочито оних великих. На конференцији у Кампали сталне чланице Савета безбедности су се залагале да тај орган има пресудну улогу код утврђивања постојања акта агресије, док су остале државе инсистирале да МКС буде независан код оцене да ли неки акт представља агресију. Приликом

18 Више о предлозима и дилемама видети: Astrid Reisinger Coracini: The International Criminal Court's Exercise of Jurisdiction Over the Crime of Aggression – at Last ... in Reach ... Over Some, Goettingen Journal of International Law, vol. 2, no. 2, 2010, pp. 765-769.

19 То је упола блаже у односу на услов за ступање Статута на снагу, где је захтевана ратификација од стране 60 држава.

20 Ова три услова су идентичана код оба члана (15bis и 15ter).

21 Чл. 121(3) Статута.

утврђивања односа ова два органа, амандмани из Кампале садрже различита решења зависно од тога да ли се кривични поступак иницира захтевом Савета безбедности, или се покреће на иницијативу самог тужиоца односно држава уговорница.

Када тужилац покреће поступак за злочин агресије по захтеву Савета безбедности (чл. 15*ter*),²² он је потпуно слободан у свом даљем деловању и није му потребно никакво додатно овлашћење Савета безбедности. Дакле, у погледу односа МКС и Савета безбедности, за злочин агресије важе она иста правила из Римског статута која важе и за друге злочине (геноцид, злочини против човечности и ратни злочини). Треба рећи да чл. 15*ter* не захтева од Савета безбедности да претходно утврди постојање акта агресије, па да тек онда подесе Суду захтев за покретање кривичног поступка. Савет безбедности може то и учинити, али та његова квалификација није предуслов за оствривање надлежности МКС за злочин агресије.²³

У другом случају, када се поступак иницира захтевом државе или се покреће по службеној дужности (чл. 15*bis*),²⁴ ситуација је сложенија. Када жели да отпочне истрагу, тужилац прво мора проверити да ли је Савет безбедности у тој ситуацији утврдио постојање акта агресије. Уколико је Савет безбедности то учинио, тужилац може отпочети истрагу. Међутим, уколико Савет безбедности ту ситуацију није оквалификовао као агресију, а то не учини ни у року од 6 месеци након обраћања тужиоца, истрага може отпочети само уколико Одељење за претходни поступак²⁵ то одобри. Дакле, чак и када Савет безбедности неку ситуацију није оквалификовао као агресију, МКС, уз наведени услов, може спровести кривични поступак и осудити починиоце.²⁶

У циљу очувања независности МКС, и чл. 15*ter*²⁷ и чл. 15*bis*²⁸ прописују да утврђивање постојања акта агресије од стране неког другог органа нема никаквог утицаја на одлучивање Суда. Дакле, чињеница да је Савет безбедности утврдио

22 Овај поступак своје правно утемељење има у чл. 13(б) Римског статута.

23 Astrid Reisinger Coracini: *op. cit.*, pp. 786-787.

24 Овај поступак своје правно утемељење има у чл. 13(а) и (ц) Римског статута

25 Према чл. 39 Статута, ово одељење се састоји од најмање шест судија. У кривичним поступцима за сва друга кривична дела тражи се само одлука Већа за претходни поступак, а не читавог Одељења.

26 Тиме амандман не уздиже утврђивање акта агресије од стране Савета безбедности (или неки други његов акт) на ниво *conditio sine qua non* за отпочињање кривичног гоњења за злочин агресије. Niels Blokker-Claus Kress: A Consensus Agreement on the Crime of Aggression: Impressions from Kampala, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, no. 4, 2010, p. 893.

27 Став 4.

28 Став 9.

постојање акта агресије, не обавезује МКС на било какво поступање.²⁹ Може се десити да Савет безбедности неки акт државе окарактерише као агресију, а да МКС закључи супротно и не предузме никакво кривично гоњење.

На крају треба подсетити и на чл. 16 Римског статута који Савету безбедности даје право да одложи истрагу или кривично гоњење пред МКС за било које кривично дело из Статута, укључујући сада и агресију. Према наведеном члану, Савет безбедности то одлагање може извршити на 12 месеци, уз могућност да одлагање понови неограничен број пута.³⁰

Као што је већ речено, треће питање које треба разјаснити у вези са остваривањем надлежности МКС за злочин агресије јесте круг држава у погледу којих се та надлежност остварује. Када се разматра тај проблем, такође, треба направити разлику између поступка из чл. 15*ter* и поступка из чл. 15*bis*.

Уколико се ради о чл. 15*ter*, Савет безбедности може пред Судом иницирати кривични поступак за злочин агресије који је проистекао из акта агресије било које државе. Дакле, у овој ситуацији кривични поступак се може водити за акт агресије извршен од биле које државе, како уговорнице Статута тако и неугворнице. Код ове процедуре државе немају никакву могућност искључења надлежности Суда за злочин агресије.

Када је у питању поступак који се покреће *proprio motu* или по захтеву уговорница (чл. 15*bis*), ситуација је доста сложенија. Надлежност МКС у овом случају, најпре, зависи од тога да ли је нека држава уговорница Римског статута или то није, а потом ако је уговорница, од њеног односа према амандманима и могућности оптирања из чл. 15*bis* ст. 4.

Државе које нису уговорнице Римског статута апсолутно су искључене из надлежности МКС коју он има сходно чл. 15*bis*.³¹ То значи да Суд неће моћи да суди ни за један злочин агресије почињен на територији државе неугворнице, нити од стране њених држављана. То је сасвим различито у односу на остала три злочина (геноцид, злочини против човечности и ратни злочини). Код њих МКС може судити и уколико су извршени од стране држављана неугворнице, под условом да су извршени на територији земље уговорнице, а исто тако, може судити и за злочине извршене на територији неугворница, уколико су извршени од лица која имају држављанство неке од уговорница.

Положај држава уговорница, као што је речено, зависи од тога да ли је нека уговорница ратификовала амандмане, као и од њеног односа према могућности оптирања из члана 15*bis*. Међутим, чак и када су ти чиниоци познати, због недовољне јасноће неких одредби усвојених у Кампали (чл. 15*bis*,

²⁹ То могу да буди и неки други међународни органи (Међународни суд правде, Генерална скупштина).

³⁰ Више о домашају чл. 16 Статута видети: William A. Schabas: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2004, pp. 82-85.

³¹ Чл. 15*bis*, ст. 5.

ст. 4 и параграф 1 Резолуције RC/Res.6) тумачених заједно са одредбама чл. 12 и 121(5) Статута, остаје дилема које све државе уговорнице потпадају под надлежност МКС за злочин агресије.

Чл. 12 установљава аутоматску надлежност МКС за кривична дела побројана у чл. 5, уколико су она извршена на територији државе уговорнице или од стране њених држављана. Према чл. 121(5), амандмани који ступају на снагу сходно процедури садржаној у њему везују само државе уговорнице Статута које те амандмане ратификују. Чл. 15*bis*, ст. 4 предвиђа да „Суд може, у складу са чл. 12, остваривати надлежност над злочином агресије, који потиче из акта агресије извршеног од стране државе уговорнице, осим ако је та држава уговорница претходно путем декларације поднете Секретаријату изјавила да она не прихвата такву надлежност“ (*opt-out* клаузула), док се у параграфу 1 Резолуције RC/Res.6 истиче да „свака држава уговорница може поднети изјаву поменути у чл. 5*bis* пре ратификације или прихватања“ амандмана.

Полазећи од различитог тумачења ових одредби, у доктрини се могу уочити два основна схватања по питању круга држава уговорница које потпадају под надлежност МКС за злочин агресије.

Према првом схватању, које наглашава значај чл. 12 Статута и одредби чл. 15*bis*, ст. 4 и параграфа 1 Резолуције RC/Res.6, тврди да су државе уговорнице још приликом ратификације Римског статута прихватиле надлежност МКС за злочин агресије.³² Код овог схватања се полази од тога да чл. 12 установљава аутоматску или инхерентну надлежност МКС за сва кривична дела поменути у чл. 5 Статута, укључујући и агресију.³³ Дакле, постоји претпоставка да МКС има надлежност за злочин агресије над свим државама уговорницама и она ће почети да се реализује чим се испуне услови за објективно ступање амандмана на снагу и буде донета активирајућа одлука. Када буде депоновано 30 инструмената о ратификацији амандмана и донета одлука 2/3 уговорница о активирању надлежности МКС, све државе уговорнице Римског статута ће аутоматски потпасти под надлежност МКС за злочин агресије. Држава уговорница која то не жели, може дати посебну изјаву предвиђену у чл. 15*bis* (4) и онемогућити да МКС над њоме остварује надлежност за злочин агресије произашао из акта

32 Постоји већи број интернационалиста који подржавају ово схватање: Claus Kreß-Leonie von Holtzendorff: The Kampala Compromise on the Crime of Aggression, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, no. 5, 2010, p. 1213; Hans-Peter Kaul: Kampala June 2010 – A First Review of the ICC Review Conference, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, no. 2, 2010, p. 665; Rogers S. Clark: Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, no. 2, 2010, p. 704; Astrid Reisinger Coracini: *op. cit.*, pp. 773-774; William A. Schabas: The Kampala Review Conference: A Brief Assessment, posted 17 June 2010, <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2010/06/kampala-review-conference-brief.html>, 25. 09. 2011;

33 Astrid Reisinger Coracini: *op. cit.*, pp.773-774.

агресије такве државе.³⁴ Међутим, и у тој ситуацији, МКС задржава надлежност за злочин агресије произашао из акта агресије извршеног против такве државе.³⁵

Према другом схватању, које се заснива на стриктном придржавању текста садржаног у чл. 121(5),³⁶ државе уговорнице које не ратификују амандмане апсолутно су изузете од надлежности МКС за злочин агресије.³⁷ Суд може остваривати надлежност за злочин агресије само над државама које су ратификовале амандмане из Кампале, из чега даље следи да Суд не може спроводити поступак за злочине извршене на територији држава уговорница које нису ратификовале амандмане или од стране њихових држављана. Дакле, овде постоји претпоставка да МКС нема надлежност за злочин агресије над државама уговорницама, а уколико оне желе да му такву надлежност признају учиниће то изричитим пристанком израженим кроз акт ратификације амандмана. На тај начин државама уговорницама се даје могућност укључујућег оптирања (енг. *opt-in*), где од њихове воље зависи да ли ће прећутно и даље остати изван

34 Код овог схватања се полази од претпоставке да МКС има надлежност за злочин агресије у односу на све државе уговорнице и да се „ћутањем“ оне саглашавају са таквом надлежношћу, а уколико то не желе, онда морају поднети изјаву из чл. 15*bis* (4).

35 Уколико се прихвати ово прво схватање, МКС ће имати надлежност у следећим ситуацијама: а) када држава уговорница која је ратификовала амандмане извршила акт агресије против државе уговорнице која је, исто тако, ратификовала амандмане; б) када држава уговорница која је ратификовала амандмане изврши акт агресије против државе уговорнице која није ратификовала амандмане; в) када држава уговорница која је ратификовала амандмане изврши акт агресије против државе уговорнице која је прихватила *opt-out* клаузулу; г) када држава уговорница која није ратификовала амандмане изврши акт агресије против државе уговорнице која је ратификовала амандмане; д) када држава уговорница која није ратификовала амандмане изврши акт агресије против државе уговорнице која је прихватила *opt-out* клаузулу; њ) када држава уговорница која није ратификовала амандмане изврши акт агресије против државе уговорнице која, исто тако, није ратификовала амандмане. Иако прихватају шире схватање о дејству усвојених амандмана, неки писци искључују ову последњу опцију из надлежности МКС, јер постоји ни једна од две јурисдикцион евезе из чл. 12 Статута; Astrid Reisinger Coracini: *op. cit.*, pp. 773-774;

36 Ово схватање више одговара чл. 40(4) и 30 (4б) Бечке конвенције о уговорном праву. Чл. 40(4) предвиђа да страна уговорница вишестраног уговора не може бити обавезна ни једном каснијом изменом тог уговора док она ту измену не прихвати, а чл. 30 (4б) прописује да у случају када обе државе уговорнице не прихвате измене, између њих остаје на снази првобитан текст уговора. Додуше, треба имати у виду да су ова правила Бечке конвенције диспозитивног карактера, те да сам уговор може предвидети и другачија правила.

37 Тиме су у поступку из чл. 15*bis* оне у потпуности изједначене са државама које нису уговорнице Римског статута. Ово схватање заступају: Robert Heinsch: *op. cit.*, pp. 738-740; Robert L. Manson; Identifying the Rough Edges of the Kampala Compromise, *Criminal Law Forum*, vol. 21, no. 3-4, 2010, pp. 423-432; Beth Van Schaack: The Aggression Amendments: Points of Consensus and Dissension, Working Papers - Paper 16, 2011, pp. 3-4, <http://digitalcommons.law.scu.edu/working/16>, 15. 10. 2011; Kevin Jon Heller: Opt-Ins and Opt-Outs, posted 21 June 2010, <http://opiniojuris.org/2010/06/21/opt-ins-and-opt-outs/>, 25. 10. 2011;

надлежности Суда за злочин агресије, или ће, пак, ратификацијом амандмана такву надлежност прихватити.

Код овог схватања, државе уговорнице немају разлог да дају изјаву из чл. 15bis (4) пре него што ратификују амандмане, јер оне пре тога и не потпадају под надлежност Суда за злочин агресије. Дакле, у овој ситуацији државе прво користе укључујуће оптирање, а затим, уколико желе да искључе надлежност МКС, прибегавају искључујућем оптирању (*opt-out*).³⁸ На прво поглед, овакво понашање држава, где ратификацијом прво прихватају надлежност МКС, па је потом давањем изјаве из чл. 15bis (4) искључују, не делује рационално. Ипак, може се пронаћи *ratio* таквог понашања. Уколико држава уговорница не ратификује амандмане, МКС неће уопште имати надлежност над том државом у погледу злочина агресије, било да се она појављује у улози агресора или жртве. Међутим, уколико уговорница ратификује амандмане, па поднесе наведену изјаву,³⁹ надлежност Суда се искључује само за злочине проистекле из акта агресије где је та држава агресор, али не и за акте агресије где је она жртва.⁴⁰

И за једно и за друго схватање постоје аргументи за и против. Треба очекивати да појашњењу домаћаја усвојених амандмана допринесу државе уговорнице, својим ставовима приликом ратификације амандмана и давања изјава из чл. 15bis (4). Није искључено да питање домаћаја усвојених амандмана буде предмет разматрања на неком од будућих заседања Скупштине држава уговорница Римског статута. Срећом, МКС не може остваривати надлежност над злочином агресије пре 1. јануара 207. године, тако да до тада треба очекивати да се разјасни које све државе потпадају под ту његову надлежност.

2. Остале измене Римског статута

Поред амандмана о агресији, било је и других предлога за измену Статута. На осмом заседању Скупштине држава уговорница изнети су следећи предлози: проширење ратних злочина и на употребу још неких врста оружја (чл. 8),⁴¹

³⁸ Код овог сценарија одређени проблем ствара одредба из Резолуције RC/Res.6 која предвиђа да изјаву из чл. 15bis (4) државе могу поднети „пре“ ратификације или прихватања амандмана.

³⁹ За још неке разлоге таквог понашања видети: Beth Van Schaack: *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰ Уколико се прихвати ово друго схватање, Суд ће имати надлежност за злочин агресије само у две ситуације: а) када држава која је ратификовала амандмане изврши агресију против држава која је, исто тако, ратификовала амандмане, а ни једна од њих није прихватила *opt-out* клаузулу, и б) када држава која је ратификовала амандмане изврши агресију против државе која је ратификовала амандман а потом прихватила *opt-out* клаузулу.

⁴¹ Осим Белгије, предлог за измену чл. 8 поднео је и Мексико. Он је захтевао да се ратним злочиним у међународним оружаним сукобима прогласи употреба нуклеарног оружја или претња да ће нуклеарно оружје бити употребљено. Мексико је утемељење за свој предлог нашао у резолуцији Генералне скупштине 1653 (XVI), бројним уговорима о ограничењима

брисање или модификовање чл. 124, проширење надлежности Суда на још нека кривична дела (чл. 5),⁴² јачање сарадње држава и Суда у погледу издржавања изречених казни затвора (чл. 103),⁴³ измена овлашћења Савета безбедности у погледу одлагања кривичне истраге и гоњења (чл. 16).⁴⁴

Међутим, од свих тих предлога, само су два доспела на дневни ред конференције у Кампали.⁴⁵ Први је био белгијски предлог за проширење чл. 8 инкриминацијом употребе појединих оружја у немеђународним оружаним сукобима, а други је био амандман на чл. 124.⁴⁶ Белгијски предлог је усвојен као амандман, док у погледу другог предлога није постигнута сагласност, тако да је чл. 124 остао непромењен.

нуклеарног оружја, саветодавном мишљењу Међународног суда правде, па и неким одредбама самог Римског статута; Official Records, Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Eighth session, ICC-ASP/8/20 (у даљем тексту „Official Records, ICC-ASP/8/20“), Anex II (Report of the Working Group on the Review Conference), Appendix II.

42 Постојала су и два предлога за проширење стварне надлежности МКС увођењем потпуно нових кривичних дела. Холандија је предлагала да се у надлежност Суда укључи кривично дело тероризма. Она је истицала да су због неспособности или неспремности држава многа дела тероризма остала некажњена. С обзиром да још увек не постоји општеприхваћена дефиниција тероризма, Холандија је предложила да се прихвати модел који је у Риму примењен код агресије – да се Суду одмах призна надлежност за дело тероризма, а да се примена те надлежности одложи до усвајања његове дефиниције; Official Records, ICC-ASP/8/20, Anex II (Report of the Working Group on the Review Conference), Appendix III. Тринидад и Тобаго и Белизе су сматрали да надлежност Суда треба проширити и на трговину наркотицима. Ове две државе су истицале да трговина наркотицима угрожава мир, правни поредак и безбедност држава, и да многе земље немају потребне капацитете да се супроставе том проблему. У таковој ситуацији комплементарна улога МКС би дошла до пуног изражаја; Official Records, ICC-ASP/8/20, Anex II (Report of the Working Group on the Review Conference), Appendix IV. Може се видети да предлоге за проширење надлежности МКС на још нека кривична дела дају, углавном, мале државе, којима одговара постојање неке међународне институције којој би такве случајеве могле проследити и спречити да, услед немоћи домаћих органа, крупни злочинци остану некажњени; Rogers S. Clark: *op. cit.*, p. 711.

43 Полазећи од лоших искустава међународних *ad hoc* кривичних трибунала у вези са прихватањем лица која треба да издржавају затворске казне, Норвешка је иницирала измену чл. 103, како би МКС предупредио такву ситуацију; Official Records, ICC-ASP/8/20, Anex II (Report of the Working Group on the Review Conference), Appendix V.

44 Јужноафричка Република је у име афричких држава предложила измену чл. 16 Статута како би се државама омогућило да од Савета безбедности, а под одређеним условима и Генералне скупштине, затраже одлагање кривичне истраге или гоњења; *Ibid.*, Appendix VI.

45 На ревизионој конференцији тим питањима се бавила Радна група за остале амандмане.

46 Белгијски предлог је доспео на дневни ред конференције услед снажне подршке осталих држава, а други услед одредбе о његовом аутоматском стављању на дневни ред ревизионе конференције.

2.1. Члан 8 Статута

Римски статут је у чл. 8 предвидео широку листу ратних злочина како у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима. Међу ратне злочине извршене у међународним оружаним сукобима сврстана су четири дела везана за употребу одређених врста оружја.⁴⁷ Насупрот томе, чл. 8 не познаје ни једну инкриминацију која се односи на употребу оружја у немеђународним оружаним сукобима.

Желећи да макар делимично уклони разлику између ратних злочина у међународним и немеђународним оружаним сукобима, белгијска делегација је на осмом заседању Ступштине држава уговорница предложила измену чл. 8 Статута. Својим амандманом је предложила да листа ратних злочина у немеђународним оружаним сукобима буде проширена са још три кривична дела: а) коришћење отрова и средстава која у себи садрже отровне супстанце; б) коришћење загушљивих, отровних или других гасова, као и свих сличних течности, материја или направа; в) коришћење муниције која се лако распрскава у људском телу, као што су меци са чврстом кошуљицом која не покрива у потпуности зрно метка или је зрно покривено али има засеке.⁴⁸ Увиђајући да овај амандман наилази на одобравање већег броја држава, Белгија је билатералним контактима успела да придобије још 18 држава које су подржале њен амандман. При томе, подршка је добијена од држава из свих региона света, чиме се настојало показати да амандман није само „европска ствар“, већ питање од универзалног значаја.⁴⁹

47 У чл. 8(2)б предвиђена су следеће злочине те врсте: (xvii) коришћење отрова и средстава која у себи садрже отровне супстанце; (xviii) коришћење загушљивих, отровних или других гасова, као и свих сличних течности, материја или направа; (xix) коришћење муниције која се лако распрскава у људском телу, као што су меци са чврстом кошуљицом која не покрива у потпуности зрно метка или је зрно покривено али има засеке; (xx) коришћење оружја, пројектила, материјала ... који су такве природе да могу проузроковати сувишне повреде или непотребне патње или по својој природи делују без разликовања кршећи међународно право оружаних сукоба, под условом да су таква оружја, пројектили, материјали ... потпуно забрањени и укључени у анекс овог Статута амандманом, у складу са одговарајућим одредбама прецизираним у члановима 121. и 123. Статута.

48 Белгија је на осмој Скупштини држава уговорница Статута поднела још два амандмана. Првим је предложила да се ратним злочинима прогласи употреба биолошког и хемијског оружја, као и антиперсоналних мина како у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима, док је други амандман садржао предлог да се ратним злочинима у међународним и немеђународним оружаним сукобима прогласе употреба оружја чији се фрагменти не могу открити рентгенским зрацима и употреба ослепљујућих ласера. Свесна да ова два амандмана не уживају довољну подршку, Белгија је од њих одустала; Official Records, ICC-ASP/8/20, Anex II (Report of the Working Group on the Review Conference), Appendix I.

49 Amal Alamuddin-Philippa Webb: Expanding Jurisdiction over War Crimes under Article 8 of the ICC Statute, Journal of International Criminal Justice, vol. 8, no. 5, 2010, p. 1223.

Приликом образлагања предлога, белгијски представник је на конференцији у Кампали истакао да три предложена кривична дела нису нека нова кривична дела изван надлежности Суда, те да се амандманом не тражи проширење домашаја постојећих кривичних дела већ само проширење надлежности Суда.⁵⁰ Како би показао да предложене инкриминације имају неспорно утемељење у важећем међународном праву, предлагач је истакао да забрана наведених оружја представљају обичајна правила.⁵¹ У Радној групи државе су највише дискутовале о забрани муниције која се лако распрскава, настојећи да појасне да се та забрана не односи на операције за спровођење закона (енг. *law enforcement operations*).

На пленарном заседању поводом измене чл. 8, за разлику од агресије, готово да није било дискусије. Амандман на чл. 8 је усвојен консензусом⁵² и он представља прву измену Римског статута. Усвојена резолуција о измени чл. 8 предвиђа да се три нова ратна злочина у немеђународним оружаним сукобима, онако како их је Белгија предложила, укључе у ст. 2(e) Статута, као нови подставови (xiii), (xiv) и (xv).

Поред амандмана на чл. 8 Римског статута, Резолуција RC/Res.5 садржи и допуну Елемената злочина, која се односи на три новоуведена кривична дела. Та допуна, заправо, представља преузети део Елемената злочина који се односи на ове инкриминације у међународним оружаним сукобима, уз потребна терминолошка прилагођавања.

Као што је већ речено, највећу пажњу је изазвала инкриминација употребе муниције која се лако распрскава у људском телу (дум-дум муниција). Државе нису оспоравале забрану у оружаним сукобима, али су се противиле њеној забрани у акцијама за спровођење закона, као што је спречавање антитерористичких напада, спашавање талаца, супростављање пиратима или пљачкашима. Код тих акција коришћење распрскавајуће муниције је целисходно јер се избегава страдање угрожених или недужних лица. Због техничких карактеристика ове муниције, не може доћи до рикошетирања зрна, нити до повреде других лица након пробијања циљане мете.

Сам текст усвојених амандмана не садржи никакве експлицитне изузетке у погледу овог злочина, али друге околности јасно указују да се инкриминација распрскавајуће муниције не односи на акције за спровођење закона. Најпре, да би неки злочин потпадао под домашај чл. 8 Римског статута он мора бити повезан са оружаним сукобом. Уколико нема оружаног сукоба, нема ни ратног злочина. Допуна Елемената злочина то недвосмислено потврђује предвиђајући да употреба дум-дум муниције „мора бити предузета у контексту немеђународног

50 Official Records, RC/11, Annex IV, Report of the Working Group on other amendments, para. 4.

51 Ibid., para. 5.

52 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.5, Amendments to article 8 of the Rome Statute.

оружаног сукоба и бити са њим повезана⁵³. Поред тога, Резолуција RC/Res.5 подсећа на неведену одредбу Елемената злочина, наглашавајући да та одредба „потврђује искључење ситуација за спровођење закона из надлежности Суда“.⁵⁴

Постоји једна специфичност ратног злочина употребе дум-дум муниције, која сужава одговорност и у ситуацијама када је она употребљена у немеђународним оружаним сукобима. За разлику од коришћења отрова и загушљивих гасова, за постојање кривичног дела употребе дум-дум муниције тражи се посебан психички елемент (*mens rea*). Сходно Елементима злочина, за постојање овог злочина неопходно је да извршилац буде „свестан да је природа метка таква да ће његова употреба непотребно повећати патње или повреде“.⁵⁵ Дакле, за постојање кривичног дела није довољна употреба дум-дум метака, већ је потребно да извршилац има свест о томе да ће употреба такве муниције довести до повећања патњи и повреда.⁵⁶

И код амандмана на чл. 8 Статута постојала је дилема које правило применити за његово ступање на снагу. У циљу примене јединственог решења, радна група која се бавила овим амандманом желела је да сачека решење тог проблема код амандмана о агресији. Међутим, пошто је било очигледно да ће се расправа у Радној групи за злочин агресије прилично одужити, одлучено је да амандман на чл. 8 буде подвргнут процедури из чл. 121(5) Статута.⁵⁷

Међутим, иако је код амандмана о агресији и амандмана о употреби забрањених оружја примењен чл. 121(5), ипак, услови и процедура за њихово ступање на снагу нису сасвим исти. За разлику од амандмана о агресији, код ступања на снагу амандмана на чл. 8 не тражи се критичан број ратификација,⁵⁸ нити је потребна активациона одлука неког форума. Према чл. 121(5) и ст. 2 преамбуле Резолуције RC/Res.5 амандман ће ступити на снагу за ону државу која га ратификује, и то годину дана након депоновања њеног инструмента о ратификацији. Поред тога, ст. 2 преамбуле Резолуције RC/Res.5 експлицитно каже да ће тај амандман важити само за оне државе уговорнице Статута које га ратификују, додајући да МКС неће имати надлежност за новоуведене ратне злочине у односу на стране уговорнице Статута које не ратификују амандман, као ни у односу на државе неугговорнице. Оваква одредба, за разлику од амандмана о агресији, јасно одређује круг држава за које амандман на чл. 8 важи.

53 Елементи злочина, чл. 8(2) (е) (хv), пара. 4.

54 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.5, Amendments to article 8 of the Rome Statute, para. 7.

55 Елементи злочина, чл. 8(2) (е) (хv), пара. 3

56 О недоумицама које носи ово ограничење видети: Amal Alamuddin-Philippa Webb: op. cit., pp. 1233-1236.

57 Можда је одлука радне групе која се бавила амандманима везаним за употребу оружја чак утицала на касније одређење Радне групе за злочин агресије.

58 Да би амандман о агресији ступио на снагу неопходно је да га ратификује 30 држава.

На крају, треба рећи да је значај амандмана на чл. 8 симболичне природе и да не треба очекивати да ће он довести до значајнијег кривичног кажњавања. До сада нико није одговарао за употребу поменутих средстава у оружаним сукобима. Чак ће неко можда иронично рећи да су државе уговорнице успеле да забране нека архаична оружја, а нису се бавиле много опаснијим оружјима чија је употреба много реалнија, попут антиперсоналних мина, касетне муниције, осиромашеног уранијума и нуклеарног оружја.⁵⁹

2.2. Члан 124 Статута

Чл. 124 даје могућност државама да приликом ратификације Римског статута посебном изјавом искључе надлежност МКС за ратне злочине извршене од стране њихових држављана или на њиховој територији (*opt-out* клаузула). Међутим, сам Статут је временски ограничио такво сужавања надлежности, одредивши да оно може трајати најдуже седам година након ступања Статута на снагу за дотичну државу. С друге стране, и држава која је прихватила ту могућност не мора чекати истек седмогодишњег периода, већ дату изјаву може повући у било које време. Оваква одредба је унета у Статут како би се, на неки начин, ублажила експлицитна забрана стављања резерви (чл. 120). Допуштањем ограниченог оптирања желео се привући што већи број држава да ратификују Статут. У досадашњем периоду само су Колумбија⁶⁰ и Француска⁶¹ искористиле могућност из чл. 124 и искључиле надлежност МКС за ратне злочине.

Свесне његових недостатака, државе су у самом члану 124 предвиделе да ће он аутоматски бити предмет пажње прве ревизионе конференције.⁶² Међутим, та одредба једино обезбеђује да овај члан буде размотрен, али не обавезује и да конференција оствари неки резултат на том плану.⁶³

На осмом заседању Скупштине држава уговорница било је различитих предлога поводом чл. 124 Статута. Неке делегације су тежиле да тај члан остане у непромењеном облику. Наводиле су да он омогућава масовнију ратификацију Римског статута, што ће допринети његовој универзалности. Чињеница да су дату могућност користиле само две земље, никако не значи да она у будућности неће бити чешће коришћена.⁶⁴ Друга група држава се залагала за брисање чл. 124 и онемогућавање даљег искључења ратних злочина из надлежности

59 William A. Schabas: The Kampala Review Conference: A Brief Assessment, <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2010/06/kampala-review-conference-brief.html>, 01. 11. 2011.

60 Седмогодишњи период за ову државу је истекао 31. октобра 2009. године.

61 Француска је 13. августа 2008. године повукла дату изјаву, чиме је за скоро годину дана скратила дејство своје првобитне изјаве.

62 То је једини случај где Римски статут предвиђа да ће нека његова одредба бити предмет обавезног разматрања на првој ревизионој конференцији.

63 Rogers S. Clark: *op. cit.*, p. 691.

64 Official Records, ICC-ASP/8/20, Anex II, para. 7.

Суда. Оне су то поткрепиле следећим аргументима: а) чл. 124 представља „прелазну одредбу“ која је историјске природе; б) ретка употреба говори о његовој бескорисности; в) он омогућава делимично искључење надлежности Суда, што је супротно чл. 120 Статута, који забрањује стављање резерви; д) чл. 124 је креиран у специфичном историјском тренутку како би се омогућило усвајање Статута, а сада такве посебне околности више не постоје.⁶⁵ Као средње решење, предложена је измена чл. 124 тако што би се одредио временски оквир у којем ће он још важити, а након истека тог периода, члан 124 би аутоматски престао да се примењује.⁶⁶

Имајући у виду различите ставове држава, Радна група за остале амандмане је предложила да чл. 124 остане у непромењеном облику.⁶⁷ На пленарном заседању конференције прихваћен је тај предлог, тако да ће будуће уговорнице Статута и даље имати могућност да искључе надлежност МКС за ратне злочине. Као уступак државама које су се залагале за брисање (измену) чл. 124, предвиђено је да он обавезно буде предмет разматрања на 14. заседању Скупштине држава уговорница, које ће бити одржано 2015. године.⁶⁸

Многе невладине организације присутне на конференцији биле су незадовољне задржавањем чл. 124,⁶⁹ а најдаље је у томе отишао представник *Amnesty International*, који је тај члан назвао „дозволом за убијање“.⁷⁰

III ОЦЕНА ДОСАДАШЊЕГ РАДА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Поред усвајања амандмана на Римски статут, конференција у Кампали је имала још један важан задатак - да оцени дотадашњи рад Суда и укаже на проблеме у његовом функционисању (енг. *stocktaking*). У том циљу, на конференцији су разматрана четири важна питања: а) нечело комплементарности б); утицај система створеног Римским статутом на жртве и заједнице погођене злочинима; в) сарадњу држава уговорница са МКС и међусобну сарадњу уговорница; и г) однос између мира и међународне кривичне правде. Приликом расправе о овим питањима није оцењиван само рад Суда, већ читав систем МКС, који укључује и државе уговорнице, Уједињене нације и цивилно друштво.⁷¹

65 Ibid., para. 9.

66 Ibid., para. 8.

67 Official Records, RC/11, Annex IV, Report of the Working Group on other amendments, para. 11.

68 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.4, Article 124.

69 Hans-Peter Kaul: op. cit., p. 662.

70 Laura Marschner-Isabelle Olma: op. cit., p. 534.

71 Hans-Peter Kaul: op. cit., p. 653.

Као резултат дискусије вођене на бројним панелима и округлим столовима, конференција је усвојила резолуције о комплементарности⁷² и заштити жртава,⁷³ као и декларацију која се тиче сарадње,⁷⁴ док у погледу међузависности мира и правде није усвојен ни један документ.

Из листе тема које су разматране може се видети да пажња није била фокусирана на чисто правне проблеме у раду Суда, већ на питања, која поред правне, укључују и неку другу проблематику (политичку, економску, социолошку). С обзиром да се рад по овим питањима одвијао у форми округлих столова и панела, експерти су у већој мери дошли до изражаја.

Према Римском статуту, примарну надлежност за суђење починиоцима кривичних дела из чл. 5 Статута имају национални судови. МКС делује тек уколико домаћи судови нису у стању или не желе да суде за та кривична дела, што његову надлежност чини комплементарном у односу на надлежност националних судови. Дискусија на конференцији је нарочито указала на потребу побољшања националних капацитета како би саме државе могле судити, што је означавано термином „позитивна комплементарност“.⁷⁵ У резолуцији усвојеној поводом овог питања је истакнуто да главна одговорност за кажњавање починилаца тешких злочина лежи на државама уговорницама. Поред тога, резолуција позива Суд, државе уговорнице, међународне организације и невладине организације да пруже помоћ како би се ојачали национални капацитети за суђење починиоцима злочина прописаних Статутом.⁷⁶

Резолуција која се односи на заштиту жртава и заједница погођених злочинима подсећа да поштовање права жртва представља суштинску компоненту правде, при чему се нарочито мора водити рачуна о: а) једнаком и ефикасном приступу правосуђу; б) заштити и подршци; в) адекватној и брзој надокнади штете за претрпљене повреде; и, г) приступу релевантним информацијама о злочинима и расположивим правним механизмима.⁷⁷ Државе се подстичу да права жртава предвиђена Римским статутом унесу у своје национално законодавство. Резолуција позива државе, међународне организације, компаније, појединце и друге ентитете да својим доприносима

72 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.1, Complementarity.

73 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.2, The impact of the Rome Statute system on victims and affected communities.

74 Official Records, RC/11, Declaration RC/Decl.2, Declaration on cooperation.

75 О томе више видети: Morten Bergsmo-Olympia Bekou-Annika Jones: Complementarity After Kampala: Capacity Building and the ICC's Legal Tools, Goettingen Journal of International Law, vol. 2, no. 2, 2010, pp. 791-811.

76 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.1, Complementarity.

77 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.2, The impact of the Rome Statute system on victims and affected communities.

омогуће Фонду за заштиту жртава⁷⁸ остваривање његових функција. Осим тога, од влада, заједница и невладиних организација се тражи да друштво учине осетљивим на потребе жртава, нарочито оних које су биле изложене сексуалном насиљу, као и да укажу на важност избегавања стигматизације и маргинализације таквих особа.

Успех МКС зависи од његове сарадње са државама уговорницама. Ова вертикална сарадња је *conditio sine qua non* за остварење међународне кривичне правде. Декларација о сарадњи признаје да најосетљивији, али и најважнији, сегмент вертикалне сарадње представља хапшење и изручење особа по захтеву Суда.⁷⁹ Током дискусије на конференцији је указано да сарадњу држава са Судом некада онемогућава или успорава одсуство адекватне националне легислативе. Као могући начин за отклањање тог проблема предложено је закључивање билатералних споразума између држава и МКС. Поред тога, државе се подстичу да размене искуства која су имала у ранијој сарадњи са Судом. У области сарадње усвојена је и посебна резолуција која позива државе да прихвате лица осуђена од стране МКС и омогуће издржавање затворске казне на њиховој територији.⁸⁰

Државе нису успеле да на крају расправе о односу мира и правде усвоје резолуцију нити декларацију, што и није изненеђујуће, с обзиром на комплексност и контроверзност тог проблема.⁸¹ Ипак, усвојен је резиме дискусија из кога се могу видети основни ставови дискутаната.⁸² Преовлађујући је став да мир и правду не треба посматрати као опречне категорије, већ као категорије које једна другу допуњују. Дискутантанти су се сложили да је правда често жртвована ради постизања мира, пошто је починиоцима злочина давана амнестија као уступак за окончање непријатељстава. Сви су се сагласили да оснивање МКС умањује могућност ценкања правдом током преговора о постизању мира. Међутим, чл. 16 Римског статута и даље оставља такву могућност, али не појединцима или државама већ Савету безбедности УН.

IV ЗАКЉУЧАК

Усвојени амандмани о агресији свакако представљају побољшање Римског статута, али им се могу упутити и значајне замерке. Захваљујући њима, међународно право је добило прву уговорну дефиницију агресије. Међутим, уношењем стандарда „очигледности“, МКС је онемогућен да кажњава за неке акте који према чл. 2(4) Повеље УН представљају агресију. Због увођења

78 Стварање овог фонда предвиђено је чл. 79 Статута.

79 Official Records, RC/11, Declaration RC/Decl.2, Declaration on cooperation.

80 Official Records, RC/11, Resolution RC/Res.3, Strengthening the enforcement of sentences.

81 Hans-Peter Kaul: *op. cit.*, p. 660.

82 Official Records, RC/11, Annex V(b), Stocktaking of international criminal justice - Moderator's Summary.

поменутог стандарда, МКС ће се бавити само јасним случајевима агресије, који су готово ишчезли, а неће моћи да спроводи кривично гоњење у многим случајевима употребе силе чија је правна основа врло спорна (хуманитарна интервенција, превентивни рат и слично). Код утврђивања надлежности Суда очекивало се више, макар од држава које немају агресорске намере. Чл. 15*bis* одступа од општег правила из чл. 12 Статута, искључујући из надлежности Суда акте агресије извршене од стране неуговорница, чак и када се као жртва појављује држава уговорница. Таквом одредбом задовољене су државе које нису уговорнице Статута, а занемарени су интереси уговорница. Значајне замерке се морају упутити усвојеним правилима која се односе на правни домаћај амандмана у односу на државе уговорнице. Када се та правила тумаче заједно са релевантним правилима Статута, тешко је доћи до правно неоспоривог одговора над којим све уговорницама МКС има надлежност за злочин агресије. Када је у питању однос МКС и Савета безбедности, може се рећи да амандмани садрже задовољавајућа решења, уз напомену да и у погледу злочина агресије важи лимитирајућа одредба из чл. 16 Статута која представља недопустиво мешање политике у право, допуштајући Савету безбедности да без ограничења одлаже истрагу или кривично гоњење.

Иако се односе на оружја чији је практичан значај миноран, измене чл. 8 Статута представљају одређени допринос постепеном брисању разлика између права које се примењује у међународним и немеђународним оружаним сукобима. У будућности треба настојати да тај члан буде проширен новим инкриминацијама употребе забрањених средстава и метода борбе како у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима. Што се тиче чл. 124, није постигнута сагласност око његовог укидања, у нади да ће могућност оптирања садржана у њему учинити Статут прихватљивим за још неке државе.

Doc. Nebojša Raičević, LL.D.
*Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

***The First Review Conference of
The International Criminal Court Statute***

Summary

The First Review Conference of the International Criminal Court Statute was held in Kampala in 2010. The Conference participants discussed the amendments to the Rome Statute and evaluated the operation of the International Criminal Court in the previous period. They adopted the amendments on aggression and on expanding the list of war crimes in non-international armed conflicts but they refused to accept the amendment proposing changes to Article 124. As for the operation of the International Criminal Court, this Conference identified the major problems this judicial institution had been facing and proposed appropriate measures to overcome these problems.

Key words: *Rome Statute, International Criminal Court, Review Conference in Kampala, aggression, Articles 8 and 124 of Rome Statute.*

ПРЕДМЕТ УПРАВНОГ СПОРА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

***Апстракт:** У раду, аутор разматра правни концепт предмета управног спора у законодавству Босне и Херцеговине. Тај концепт постављен је изузетно уско, у смислу да се управни спор може водити само против управног акта. Како у том погледу, Босна и Херцеговина представља изузетак у односу на земље у региону, у раду је дат и упоредни приказ правне регулације предмета управног спора у државама бивше СФРЈ, с циљем да се нашем законодавцу дају полазне основе при евентуалним измјенама односних позитивно-правних рјешења.*

***Кључне ријечи:** предмет управног спора, управни акт.*

Увод

Судска контрола управе путем управног спора представља најзначајнију и најразвијенију спољну правну контролу управе. У правном систему Босне и Херцеговине, материју управног спора уређују четири закона, и то: Закон о управним споровима Републике Српске¹, Закон о управним споровима Федерације Босне и Херцеговине², Закон о управним споровима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине³ и Закон о управним споровима Босне и Херцеговине.⁴ Наведеним законима, питање одређења предмета управног спора уређено је на истовјетан начин, у смислу да се управни спор може водити само против управних аката као појединачних аката којима се рјешава о правима и обавезама физичких и правних лица у управним стварима.

¹ Закон о управним споровима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 109/05 – у даљем тексту: ЗУС РС.

² Закон о управним споровима, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 9/05 - у даљем тексту: ЗУС ФБиХ.

³ Закон о управним споровима, „Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 4/00 и 1/01 - у даљем тексту: ЗУС БДБиХ.

⁴ Закон о управним споровима, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 19/02 - у даљем тексту: ЗУС БиХ.

Босна и Херцеговина је једна од ријетких земаља у којој је правни концепт предмета управног спора постављен изузетно уско. Многе државе, међу којима су и државе бивше СФРЈ, уважавајући међународно-правне стандарде у области управног права, управносудску контролу проширују, поред управних аката, и на друге појединачне правне акте, материјалне акте, па и на опште акте управе.

У раду, аутор даје критички осврт на правни концепт предмета управног спора у законодавству Босне и Херцеговине и истовремено излаже позитивно-правна рјешења држава бивше СФРЈ (прије свега, Републике Србије и Хрватске) с аспекта одређења предмета управног спора, с циљем да се босанскохерцеговачком законодавцу да полазна основа при евентуалним измјенама прописа који уређују судску контролу аката управе.

Такође, изложен је систем генералне клаузуле, као основни систем одређивања предмета управног спора, који законодавац у Босни и Херцеговини комбинује са системом негативне енумерације, с обзиром да се против одређених управних аката заштита не обезбјеђује у управном спору, већ у неком другом судском поступку, или пак, у неким случајевима уопште није предвиђена никаква судска заштита.

1. Управни акт као предмет управног спора

Управни спор као процесно-правни институт у правном систему Босне и Херцеговине, као што је то у свим савременим правним системима, представља изузетно значајан облик судске контроле управе.⁵ Зависно од позитивног права појединих земаља, предмет управног спора одређује се шире или уже. Тако, постоје одређене разлике између француског и германског система, које се испољавају генерално у односу на управни спор, па тако и у начину одређивања предмета управног спора.⁶

У Француској, предмет управног спора одређен је веома широко. Поред појединачних ауторитативних правних аката управе - управних аката, предмет

5 Важност судске контроле законитости управних аката наглашена је и у Препоруци Р (2004) 20 Комитета министара Савјета Европе државама чланицама, усвојеној 15. децембра 2004. године. У Препоруци, судска контрола одређује се као испитивање и утврђивање законитости управних аката и доношење одговарајућих мјера од стране суда, с тим да се под управним актима подразумијевају како појединачни, тако и општи правни акти управе, као и радње које управа предузима приликом вршења својих овлашћења, а које могу имати утицаја на права и правне интересе физичких и правних лица. Такође, према Препоруци, предмет управног спора може бити и одбијање или пропуштање одговарајућег чињења од стране надлежног органа, супротно законској обавези.

Вид. *Пракса Европског суда за људска права и примјена европских стандарда у управном праву Србије*, Врховни суд Србије, Београд 2007, стр. 143 и даље.

6 Д. Милков, *Управно право III, Контрола управе*, Нови Сад 2003, стр. 71-72.

управног спора могу бити и управни уговори⁷, али и општи акти управе (управни прописи).

У германским земљама, предмет управног спора одређује се на ужи начин. У Њемачкој, предмет управног спора је, прије свега, управни акт, односно оцјена његове законитости. Наравно, предмет управног спора може бити и пропуштање доношења управних аката (ћутање управе), али и оцјена законитости других поступања јавне управе, чиме је концепт управног спора знатно проширен. Предмет управно-судске контроле може бити и законитост подзаконских прописа и других општих аката донесених од стране надлежних органа држава чланица, јединица локалне самоуправе и других органа јавне управе, осим када је предвиђено да законитост подзаконских прописа оцјењује уставни суд поједине државе.⁸ У Аустрији, предмет управног спора знатно је ужи него у Њемачкој. У надлежности Управног суда је оцјена законитости управних аката,⁹ док се други облици дјелатности управе не могу оспоравати у управном спору, као ни законитост управних уговора. Такође, законитост општих правних аката управе контролише углавном Уставни суд (изузетак су упутства).

У правном систему Босне и Херцеговине, контрола законитости рада управе путем управног спора, не обухвата све акте управе. Општи акти управе (управни прописи), акти пословања, материјални акти управе не могу бити предмет контроле у управно-судском поступку, него само они акти који имају карактер управних аката. Према томе, правно одређење предмета управног спора у законодавству Босне и Херцеговине блиско је аустријском правном рјешењу. Управни спор може се водити само против (коначног) управног акта.¹⁰

Под управним актом, према одредбама важећих закона (ЗУС РС, ЗУС ФБиХ, ЗУС БДБиХ и ЗУС БиХ), подразумијева се акт којим органи управе и управне организације, као и организације са јавним овлашћењима, рјешавају о извјесном

⁷ О појму управног уговора, вид.: З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2009, стр. 186-192.

⁸ Наиме, у Њемачкој, предмет управног спора могу бити одређени општи акти управе, али су такође, поједини општи акти предмет уставно-судске контроле. Уколико је предвиђена уставно-судска заштита у конкретном случају, не може се водити управни спор, јер се према одредбама њемачке Уредбе о управним судовима, управни спор може водити „у свим јавно-правним споровима који нису уставне природе, ако законом рјешавање таквог спора није стављено у надлежност неког другог суда.“ Више о томе, у: D. Đerđa, „Neka гјешенја новог уредења управног спора у Хрватској“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2010, str. 69-70; Д. Милков, *op. cit.*, стр. 72.

⁹ Наравно, управно-судска тужба може се поднијети и због пропуштања доношења управних аката у законском року од стране надлежних органа (тзв. ћутање управе).

¹⁰ Вид. ст. 1. чл. 7. ЗУС-а РС, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 109/05; ст. 1. чл. 8. ЗУС-а ФБиХ, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 9/05; ст. 1. чл. 8. ЗУС-а БиХ, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 19/02 и ст. 1. чл. 6. ЗУС-а БД БиХ, „Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 4/00 и 1/01.

праву или обавези појединца или правног лица у некој управној ствари.¹¹ Из позитивно-правне дефиниције управног акта могу се извести обиљежја која карактеришу односни акт: то је правни акт, појединачни, ауторитативни акт, акт који доносе овлашћени субјекти у некој управној ствари.¹²

Међутим, правно одређење управног акта у пракси се показало недовољно прецизним, јер је превасходно везано за појам управне ствари, која у законодавству Босне и Херцеговине још увијек није дефинисана. И док ауторитативност, правно дејство и конкретност као обиљежја управног акта нису спорни ни у правној теорији, ни у пракси, управна ствар као кључно обиљежје управног акта и садржински критеријум за разграничење управног акта од других појединачних правних аката, то јесте. У пракси, често остаје нејасно зашто је једна правна ствар сматрана управном, а друга није.¹³ Из тих разлога, законско дефинисање управне ствари чини се неопходним, ради пружања бар неког оријентира надлежним судовима¹⁴ у препознавању предмета управног спора при испитивању тужби и пружању правне заштите. При томе, као полазна основа босанскохерцеговачком законодавцу могла би послужити дефиниција управне ствари дата у Закону о управним споровима Републике

11 Уп. ст. 2. чл. 7. ЗУС-а РС; ст. 2. чл. 8. ЗУС-а ФБиХ; ст. 2. чл. 8. ЗУС-а БиХ и ст. 2. чл. 6. ЗУС-а Брчко Дистрикта БиХ.

12 Да би један управни акт уопште могао бити предмет управног спора, он мора посједовати још једно својство које одређује сам законодавац-својство коначности. Коначност, као обиљежје управног акта, настаје услед немогућности коришћења редовних правних средстава у управном поступку. Тако, коначан је сваки другостепени управни акт, као и првостепени управни акт ако против тог акта законом није допуштена жалба у управном поступку.

У појединим земљама, међутим, тужилац није правно обавезан да претходно изјави жалбу на управни акт да би могао остварити право на управно-судску заштиту. Тако, у Француској странка може да поднесе или жалбу другостепеном органу (чиме не губи право на подизање тужбе против истог акта) или да непосредно поднесе тужбу против првостепеног акта. Ипак, у већини савремених правних система, управни спор може се водити само против коначних (у)правних аката (Њемачка, Аустрија, Белгија, Србија, Хрватска итд.)

13 Не улазећи у ширу расправу о појму управне ствари, може се рећи да је у правној теорији општеприхваћено становиште према коме је управна ствар појединачна неспорна правна ситуација о којој треба ауторитативно и непосредно одлучити. Више о појму управне ствари, вид.: I. Krbeč, *Upravni akt*, Zagreb 1957, стр. 16; Н. Бачанин, *Управно право*, Крагујевац 2000, стр. 265-268; С. Поповић, *Управни спор у теорији и пракси*, Београд 1968, стр. 101-102; З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд 2010, стр. 280-282.

14 Контрола законитости управних аката у правном систему Босне и Херцеговине у надлежности је редовних судова, односно окружних судова у Републици Српској, кантоналних судова у Федерацији БиХ, Основног суда у Брчко Дистрикту и Управног одјељења Суда Босне и Херцеговине на државном нивоу. Да би се избјегло непотребно оптерећење текста с одредбама из четири закона који уређују материју управног спора, у раду се користи термин „надлежни судови“.

Србије: „Управна ствар, у смислу овог закона, јесте појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди.“¹⁵

Поред одређења управне ствари, србијански законодавац, уважавајући међународно-правне стандарде у области управног права и препоруку Комитета министара Савјета Европе - Рец (2004) 20, о судској контроли управних аката, предвиђа шири концепт предмета управног спора. Наиме, према ранијем Закону о управним споровима Републике Србије¹⁶ предмет управног спора био је само појединачни акт којим се одлучивало о правима и обавезама странака у управним стварима (управни акт), док је данас управно-судска заштита проширена и на друге правне акте којима се рјешава у појединачним стварима, и то: на акте у погледу којих није предвиђена друга судска заштита и на акте за које је посебним законом предвиђено да уживају судску заштиту у управном спору.¹⁷

Пратећи токове савременог упоредно-управног права, и друге државе са простора бивше СФРЈ предвиђају шири предмет управног спора. Тако, хрватски законодавац предмет управног спора одређује веома широко,¹⁸ јер предвиђа да управно-судској контроли подлијеже законитост, не само управних аката, већ и других радњи које управа предузима приликом вршења својих овлашћења. Проширивање предмета управног спора на сва поступања управе свакако је похвално с аспекта заштите права грађана. Такође, пратећи Закон о опћем управном поступку којим су уређена специфична процесна питања управног уговора¹⁹, хрватски законодавац, као предмет управног спора наводи и управни уговор, конкретно оцјену законитости закључивања, раскидања и извршавања управног уговора, али и законитост подзаконских општих аката јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних лица која имају јавна овлашћења.²⁰ Интенцију проширивања предмета управног спора слиједи и

15 Вид. Закон о управним споровима, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 111/09, чл. 5. Хрватски законодавац, такође, даје дефиницију управне ствари. Вид. Закон о орџем управном поступку, „Народне новине“, бр. 47/09, чл. 2.

16 Закон о управним споровима „Службени лист СРЈ“, бр. 46/1996.

17 Општи акти јавне управе предмет су уставно судске заштите и контроле пред Уставним судом Републике Србије, док управни уговори нису правна категорија у овдашњем позитивном праву, па стога нису предмет судске заштите у управном спору. Вид. З. Томић, Коментар Закона о управним споровима са судском праксом, Београд 2010, стр. 175.

18 Вид. Закон о управним споровима, „Народне новине“, бр. 20/10.

19 Закон о орџем управном поступку, „Народне новине“, бр. 47/09, чл. 150-154.

20 Правна могућност Високог управног суда Хрватске да цијени законитост општих аката јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних лица која имају јавна овлашћења представља, иначе, велику новину у правном систему Републике Хрватске.

македонски законодавац²¹, као и црногорски и словеначки законодавац²², тако да је данас Босна и Херцеговина једина држава са простора бивше СФРЈ која предвиђа уски концепт предмета управног спора – управни акт.

Иначе, управно-судској контроли подлијежу сви управни акти,²³ што значи да је у правном систему Босне и Херцеговине прихваћен систем генералне клаузуле приликом одређивања предмета управног спора. У упоредном праву, постоји још и систем позитивне енумерације. Државе које прихватају систем генералне клаузуле, допуштају вођење управног спора против свих управних аката (уз одређена одступања која се испољавају у виду тзв. негативне енумерације), док је у државама које прихватају систем позитивне енумерације, вођење управног спора допуштено само против одређених, таксативно

21 Тако, предмет управног спора у Македонији, поред појединачних аката државне и локалне управе и организација које врше јавна овлашћења, могу бити и прописи Владе када се њима уређују појединачни односи. Такође, одлуке Предсједника Републике и одлуке Скупштине могу бити предмет управног спора када је ријеч о рјешењима којима се врше именовања и разрешења. Управно-судској контроли, поред осталог, подлијежу и одређена рјешења донесена у прекршајном поступку, као и управни уговори. Управним уговорима, македонски законодавац назива концесионе уговоре о вршењу јавних услуга, уговоре о јавним набавкама који су од јавног интереса, као и сваки други уговор у коме је једна од уговорних страна државни орган, организација са јавним овлашћењима, јавно предузеће или општина, а чији је циљ закључивања јавни интерес или обављање неке јавне службе. Вид. Закон за управните спорови „Службени весник на Република Македонија“, бр. 62/06, чл. 1, 2. и 9.

22 Вид. Закон о управним споровима, „Службени лист РЦГ“, бр. 60/03, чл. 2 и Закон о управном спору „Uradni list Republike Slovenije“, бр. 105/06.

23 У начелу, подјела управних аката на поједине врсте (позитивни и негативни, конститутивни и декларативни управни акти итд.) нема значаја за одређивање предмета управног спора, јер је предмет управног спора-управни акт. Међутим, с обзиром да се у управном спору може контролисати само законитост управног акта (не и цјелисходност), то се, ипак, приликом одређивања предмета управног спора као релевантна, јавља подјела управних аката на правно везане управне акте и управне акте донесене по слободној оцјени (дискрециони управни акти). – О дискреционим управним актима, вид.: I. Krbek, *Diskreciona ocjena*, Zagreb, 1937; З. Томић, *Дискрециона оцена у управном праву*, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/06, стр. 187-203. Управно-судској контроли подлијежу правно везани управни акти у цјелини, али и правно везани дијелови управних аката донесених по слободној оцјени (надлежност органа, поштовање правила поступка, форме акта и правних граница дискреционе власти доносиоца акта), али не и цјелисходност саме дискреционе оцјене. Иначе, правну могућност оспоравања и управних аката донесених по слободној оцјени законодавац изражава специфичном законском формулацијом „Ако је надлежни орган, рјешавајући по слободној оцјени прекорачио границе овлашћења која су му дата законом и одлучио супротно датом овлашћењу.“- Вид. чл. 10. тач. 5. ЗУС-а РС, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 109/05; чл. 12. тач. 5. ЗУС-а ФБиХ, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 9/05; чл. 11. тач. 4. ЗУС-а БиХ, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 19/02 и чл. 10. тач. 4. ЗУС-а БДБиХ, „Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 4/00 и 1/01.

набројаних управних аката.²⁴ Савремени правни системи углавном прихватају систем генералне клаузуле као основни систем одређивања предмета управног спора, с обзиром да тај систем у знатно већој мјери доприноси остварењу циља управног спора-заштити субјективних права грађана и правних лица и заштити опште законитости.

Треба истаћи, систем генералне клаузуле најчешће се комбинује са системом негативне енумерације, што значи да је вођење управног спора могуће против свих управних аката, односно у свакој управној материји, а законом се изричито набрајају одређени акти против којих није дозвољено вођење управног спора. Док је у упоредном праву проширивање предмета управно-судске контроле допринјело знатном ограничавању случајева негативне енумерације, законодавац у Босни и Херцеговини предвиђа три таква случаја.²⁵ Прије свега, управни спор се не може водити против управних аката донесених у стварима у којима је судска заштита обезбјеђена ван управног спора (у парничном, ванпарничном или другом судском поступку).²⁶ Иначе, овај изузетак од правила да се управни спор може водити против свих коначних управних аката предвиђен је у свим државама бивше СФРЈ, јер би било бесмислено постојећу судску заштиту проширивати и допуштањем вођења управног спора. Управни спор не може се водити ни у стварима у којима је према изричитој одредби закона управни спор искључен.²⁷ Углавном су у питању управне ствари „у које су законом, из одређених правно-политичких разлога уграђена широка дискрециона овлашћења органа.“²⁸ Међутим, и у таквим случајевима управни спор се може водити ако је орган при доношењу управног акта прекорачио границе своје надлежности.²⁹ И, трећи случај негативне енумерације тиче се

24 Позитивна енумерација се, у ствари, своди на набрајање области друштвеног живота у којима, када се донесе управни акт, незадовољна странка може покренути управни спор.

25 Вид. чл. 9. ЗУС-а РС, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 109/05; чл. 11. ЗУС-а ФБиХ, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 9/05; чл. 10. ЗУС-а БиХ, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 19/02 и чл. 9. ЗУС-а БДБиХ, „Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 4/00 и 1/01.

26 Овај изузетак од правила да се управни спор може водити против свих коначних управних аката предвиђен је и уставним прописима. Видјети, нпр. Устав Републике Српске, чл. 113. ст. 3. <http://narodnaskupstinars.net/cir/pas/ustav.htm>.

27 И овај изузетак предвиђен је уставним прописима. Тако, Устав Републике Српске садржи одредбу према којој се „Само законом... може, изузетно, у одеђеним врстама управних ствари, искључити управни спор“ (чл. 113. ст. 4.).

28 З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2009, стр. 353.

29 Овде се, прије свега, имају у виду ситуације када је о ствари рјешавао стварно или мјесно ненадлежан орган, као и када је о ствари рјешавао надлежни орган, али је приликом доношења акта прекорачио границе овлашћења датих му прописом.

аката највиших органа власти у Босни и Херцеговини, односно ентитетима³⁰ које они доносе непосредно на основу уставних овлашћења (одн. статутарних овлашћења у Брчко Дистрикту). Ради се о тзв. политичким актима о чијој садржини и врстама траје дискусија у нашој правној науци.³¹ Против таквих аката није допуштено вођење управног спора, не због високе позиције органа који их је донио, него због врсте ствари која је Уставом тим органима дата у рјешавање, а које су претежно политичког карактера.³² Уколико највиши државни, односно ентитетски органи донесу управне акте на основу одредбе неког закона или другог прописа, против таквих аката може се водити управни спор.

2. Ћутање управе као предмет управног спора

Поред управног акта, предмет управног спора може бити и тзв. „ћутање управе“. У правној теорији, „ћутање управе“ дефинише се у ужем и ширем смислу. У ужем смислу, под „ћутањем управе“ подразумијева се пропуштање законских рокова за доношење управних аката, док „ћутање управе“ у ширем смислу подразумијева пропуштање законских рокова за предузимање свих облика управне дјелатности.³³

Према позитивном праву Босне и Херцеговине, управни спор може се покренути, под одређеним условима, и када надлежни орган није донио одговарајући управни акт поводом захтјева, односно жалбе странке.³⁴ Произилази,

30 То су Парламентарна скупштина БиХ и Предсједништво БиХ, односно у Републици Српској Народна скупштина РС и предсједник или потпредсједници РС, у Федерацији Босне и Херцеговине, домови Парламента Федерације БиХ и предсједник или потпредсједници Федерације БиХ, односно законодавно тијело кантона, а у Брчко Дистрикту, Скупштина Дистрикта.

31 Вид. З Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд 2010, стр. 173-175; Н. Бачанин, *op. cit.*, стр. 583-585; П. Димитријевић, *op. cit.*, стр. 241-242.

32 Р. Марковић, *Управно право*, Београд 2002, стр. 401. У правном систему Босне и Херцеговине, то су акти о избору, именовану, постављењу или разрјешењу одређених лица (министара, амбасадора итд.). Иначе, у упоредном праву, тзв. политички акти не покривају увијек исту садржину. Тако, нпр. у Шпанији акт унутрашње безбједности сматра се политичким актом, док у Индији акт којим се одбија издавање путне исправе (пасоша) има карактер политичког акта. Вид. М. Камарић, I. Festić, *Управно право*, Сарајево 2004, стр. 492.

33 Вид. П. Димитријевић, *Одговорност управе за нечиђење, са посебним освртом на „ћутање“ управе*, Источно Сарајево 2005, стр. 56–57; М. Рађеновић, *„Ћутање управе“ у југословенском праву*, Бања Лука 1988, стр. 2. „Ћутање управе“ у ужем смислу представља класично схватање овог правног института, иако се такво схватање ограничава само на један сегмент у раду управе-доношење управних аката.

34 Вид. чл. 8. ЗУС-а РС, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 109/05; чл. 10. ЗУС-а Федерације БиХ, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 9/05; чл. 9. ст. 2. ЗУС-а БиХ, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 19/02 и чл. 8. ЗУС-а БДБиХ,

босанскохерцеговачки законодавац „ћутање управе“ схвата у ужем смислу. При томе, „ћутање управе“ правно третира као одбијање захтјева, односно жалбе странке, тј. као да је донијет негативан управни акт. У том погледу, законодавац у Босни и Херцеговини слиједи већину савремених законодавстава, с тим да се у појединим од њих, ради потпуније правне заштите грађана, „ћутању управе“ придаје шире значење. Илустрације ради, хрватски законодавац „ћутање управе“ схвата у ширем смислу, јер правну заштиту обезбјеђује, не само у случају недоношења појединачних аката, већ и у случају пропуштања свих других поступања које јавноправно тијело, према закону, треба предузети.³⁵

Закључна разматрања

Обим правне заштите физичких и правних лица од дјеловања јавне управе огледа се, прије свега, у начину одређења предмета управног спора. Већина савремених правних система предвиђа шири предмет управно-судске контроле, у смислу да се у управном спору може контролисати законитост, како појединачних правних аката, материјалних радњи, тако и одређених општих аката управе.

Законодавац у Босни и Херцеговини пак, приликом одређивања предмета управног спора заступа ужи концепт, јер као предмет управног спора одређује само (коначне) управне акте, али не и друге акте и радње управе. Зато је, у циљу потпуније и ефикасније правне заштите права грађана, потребно извршити одређене измјене и допуне закона који уређују судску контролу аката јавне управе. То се, прије свега, односи на дефинисање управне ствари и проширивање предмета управног спора. Иако је проширивање предмета управног спора, на концу, ствар законодавне политике, тиме би се показао степен развоја правне свијести о значају овог облика судске контроле управе.

„Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 4/00 и 1/01. „Ћутање управе“ регулисано је и другим законским одредбама, али се у раду разматра само са становишта предмета управног спора.

35 Вид. *Zakon о управним sporovima*, „*Narodne novine*“, бр. 20/10, чл. 3, ст.1. тач. 3.

Sanja Golijanin, LL.M.

Senior Assistant,

Law Faculty, University in Eastern Sarajevo

***The Subject Matter Of Administrative Procedure
In The Legal System of Bosnia and Herzegovina***

Summary

In this paper, the author considers the legal concept of the subject matter of administrative procedure in the legislation of Bosnia and Herzegovina. The concept has been defined in exceptionally narrow terms, which implies that an administrative proceeding may be initiated only against an administrative act. Given the fact that the definition provided in the legislation of Bosnia and Herzegovina is an exception as compared to the legislations of other countries in the region, the author of this paper provides a comparative overview of the legal regulations on the subject matter of administrative procedure in the former SFRY countries. The aim of this paper is to provide the legislator with relevant points of reference and benchmarks for possible changes of respective legal solutions.

Key words: *subject matter of administrative procedure, administrative act.*

ЗАКОНСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА КОНВАЛИДАЦИЈУ УГОВОРА О ПРОМЕТУ НЕПОКРЕТНОСТИ

Апстракт: Предметним радом аутор анализира законску регулативу уговора о промету непокретности, односно претпоставке под којима је могућа његова конвалидација. При том, указује и на потребу мењања одредбе Закона о промету непокретности. Наиме, проблем накнадног оснажења уговора о промету непокретности који није закључен у законом прописаној форми (форми јавне исправе), разрешава се применом одредбе тог Закона која конвалидацију уговора о промету непокретности, између осталог, условљава и обавезом поштовања права прече куповине. Овакво решење чини се неоправданим. То због тога што ималац права прекупа свакако не може бити оштећен у свом праву, будући да сасвим довољно штите норме Закона о промету непокретности. Ако се при решавању овог питања пође од става да уговор због повреде права прече куповине не може бити конвалидиран, тада је искључиво и једино пружена заштита имаоцу права прекупа који можда и није заинтересован за његово вршење. Па ипак, тиме неизбежно бива повређен основни принцип *acta sunt servanda*, бива нарушено начело савесности и поштења у уговорним односима, и напослетку, бива створена изузетно тешка и неправична ситуација за саме уговорне стране које су своје обавезе извршиле у целости или у претежном делу.

Кључне речи: уговор о промету непокретности, форма, конвалидација.

УВОД

Уговор о промету непокретности је изузетно значајан инструмент правног промета којим се врши располагање непокретностима, односно, којим се међу учесницима у правном промету одвија пренос субјективних права и обавеза на земљишту, зградама, посебним деловима зграда и другим грађевинским објектима.¹ Општи услови, неопходни за настанак пуноважног облигационог

¹ “Док су компоненте коришћења ствари и уживања њених плодова предмет изучавања стварног права (»правне статике«), право располагања је централни појам облигационог

уговора уопште, па и овог, односе се на *способност уговарања* (да су по среди пословно способне странке),² *сагласност воља* (да су воље уговарача дате слободно, истински, озбиљно и на уобичајен начин),³ *предмет* (који мора могућ, допуштен и одређен или одредив)⁴ и *основ* (разлог обавезивања уговарача увек мора да постоји и мора бити допуштен).⁵ Тако, уговор о промету непокретности настаје у тренутку када уговорне стране, под наведеним условима, постигну сагласност о његовим битним елементима,⁶ и то о предмету (непокретности) и цени (с тим што код уговора у привреди цена није битан елемент, јер ће се овај уговор сматрати пуноважним и кад цена није одређена, нити одредива).⁷ Међутим, пуноважност овог уговора условљена је и једним посебним условом – законском формом у којој воље уговорника морају бити изјављене. Према одредбама Закона о промету непокретности, основна форма уговора о промету непокретности је квалификована, односно форма јавне исправе – писмена редакција уз оверу потписа уговарача од стране суда. У супротном, уговор не производи правно дејство.⁸ Реч је, дакле, о типично формалном уговору код којег испуњење предвиђене форме представља битан, конститутиван састојак уговора (*essentialia negotii*), односно код којег непоштовање предвиђене форме (тзв. форма *ad solemnitatem*) има за последицу ништавост уговора.⁹

права («правне динамике»). Право располагања је право уступања свих или неких својинских овлашћења. Правни промет у појединачном облигационом односу је, на неки начин, правни синоним за израз «право располагања», будући да значи исто, уступање дела или целине својинског овлашћења, теретно или бестеретно, другом правном субјекту.“ Јожеф Салма, Облигационо право, Нови Сад, 2009, стр. 127 - 128.

2 Вид. чл. 54 - 59. Закона о облигационим односима (“Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 59/89 и “Службени лист СРЈ” бр. 31/93), у даљем тексту: ЗОО.

3 Вид. чл. 28. у вези са чл. 60 – 66. ЗОО.

4 Вид. чл. 46 – 50. ЗОО.

5 Вид. чл. 51 – 53. ЗОО.

6 Вид. чл. 26. ЗОО.

7 Вид. чл. 454. ст. 1. у вези са чл. 462. ст. 2. ЗОО.

8 Чл. 4. ст. 1. и 2. Закона о промету непокретности („Службени гласник Републике Србије“, бр. 42/98 и 111/09), у даљем тексту: ЗОПН.

9 Поједини аутори сматрају да се овде не ради о ништавим, већ о непостојећим уговорима које погађа санкција враћања по правилима стеченог без основа. Међутим, непостојећи уговори су само теоријска конструкција (ЗОО познаје само ништаве уговоре). „Они су, наиме, обухваћени категоријом ништавих уговора. Такво просуђивање је исправно не само због практичних, него и због логичко-семантичких разлога. Може се, наиме, говорити о *непостојању уговора*, али не и о *непостојећем уговору*, јер је то појам који је противречан самом себи. Тзв. »непостојећи уговор« није уговор; он је само извануспешан или недовршен покушај да се уговор закључи. Будући да уговора нема, није могућа ни његова класификација.“ Јаков Радишић, Облигационо право – општи део, Београд, 2004, стр. 171.

У савременом праву конвалидација¹⁰ представља накнадно оснажење рушљивог уговора путем одрицања права на поништај од стране лица којима закон то право даје.¹¹ Код ништавих уговора, којима се вређају одређени јавни интереси и који су погођени енергичном правном санкцијом, у принципу, не постоји могућност њиховог „оздрављења“ протеклом времена или вољом странака или ког другог узрока ништавости.¹² Према томе, институт конвалидације се, по правилу, веже за рушљиве, а само изузетно и ништаве уговоре. Један од тих изузетака је и законска могућност накнадног оснажења писмених уговора о промету непокретности. Наиме, суд може признати правно дејство уговора о промету непокретности који је закључен у писменој форми, иако на њему потписи уговорача нису оверени од стране суда, уколико су испуњени законски услови, и то: да је уговор испуњен у целини или претежним делом, да није повређено право прече куповине и да није повређен принудни пропис.¹³

У даљем раду размотрићемо сваки овај услов понаособ.

1. ПИСМЕНА ФОРМА УГОВОРА О ПРОМЕТУ НЕПОКРЕТНОСТИ

Први услов за конвалидацију уговора о промету непокретности јесте писмена форма. Дакле, не могу бити накнадно оснажени уговори о промету непокретности закључени усмено. У том смислу се изјашњава и судска пракса.¹⁴

10 “Конвалидација (*convalidatio*) је новолатинска реч, изведена од глагола *convalescere* који значи оздравити, ојачати, окрепити се, а у праву – учинити ваљаним посао који дотле није био правоваљан. (...) Питање да ли правни посао који је у време предузимања био неваљан, може касније, протеклом времена, односно променом неких околности, постати ваљаним (конвалидирати) – наметало се рано у римском праву. Одговор је био начелно негативан што је у складу са правилом да правни посао ваља просуђивати узимајући у обзир околности, правне прописе и све потребне претпоставке према времену његовог настанка. Правило (*regula Cantoniana*) које је о томе створило римско право гласи: оно што је у почетку било неваљано, не може протеклом времена постати ваљано (*quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit*). Ако, наиме, у часу предузимања обавезе недостају битне претпоставке за правни посао, конвалидирање није могуће.“ Анте Ромац, Римско право, Загреб, 1987, стр. 234 - 235.

11 „Накнадно оснажење је могуће код рушљивих уговора због тога што се код ових уговора првенствено вређају интереси самих уговорника или и других законом одређених лица, тако да се та лица, с обзиром да се ради о њиховом интересу, могу одрећи заштите коју им закон пружа.“ Слободан Перовић, Облигационо право, Београд, 1986, стр. 476.

12 Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, Коментар Закона о облигационим односима, књига I, Београд, 1980, стр. 367.

13 Чл. 4. ст. 3. ЗОПН.

14 „Уговор о промету непокретности који није сачињен у писменој форми прописаној законом, није правно ваљан основ за стицање права својине на непокретности. У конкретном случају, потписи уговорних страна нису оверени код суда, па уговор нема правно дејство без обзира што је извршен. Извршен уговор има значај код захтева за реституцију“. Пресуда

Под писменом формом уговора подразумева се писмена редакција уговора на одређеној исправи која је написана руком, писаћом машином или другим средством и која је својеручно потписана од уговорних страна које се обавезују.¹⁵ Елементи писмене форме су текст изјаве и потписи уговорних страна.

Текст изјаве мора бити изражен одговарајућим, признатим словним знацима који се на одговарајућем материјалу (хартија или сурогати хартије или други материјал који не доводи у питање озбиљност изјаве воље) чине својеручно или механичким средствима (писаћа машина, компјутерски штампач, и сл.).¹⁶ При том, текст изјаве не мора бити садржан у једном јединственом акту (*unitas scripturae*). Довољно да свака страна потпише примерак исправе намењен другој страни,¹⁷ односно, довољно је да се из изјава воља види постигнута сагласност о битним елементима уговора. Такав став заузима и наша судска пракса.¹⁸ Захтев писмене форме испуњен је и ако стране измеђају писма или се споразумеју телепринтером или неким другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве.¹⁹

Интересантно је питање да ли је писмена форма испуњена у случају када странке саставе само признаницу. Овде може бити од помоћи древно правило Јустинијановог кодекса *falsa demonstratio non nocet*.²⁰ Ако странке у једном писмену наведу битне елементе уговора и ако се из писмена види њихова сагласност о тим елементима, онда је писмена форма испуњена без обзира што

Врховног суда Србије, Гзз 157/86 од 26.11.1986. године, М. Убавић, нав. дело, стр. 149. „Усмени уговор о продаји непокретности не производи правно дејство и нема законских услова да буде конвалидиран. Продавац, чијом кривицом није дошло до закључења ваљаног уговора, дужан је вратити цену, и то не у нормалном износу који је примио, већ ревалоризовану према вредности непокретности у тренутку доношења судске одлуке“. Пресуда Окружног суда у Краљеву, Гж.111/88 од 19.5.1988. године, *Ibid.*, стр. 159.

15 Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 61.

16 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2009, стр. 344.

17 Чл. 72. ст. 3. ЗОО.

18 “Како је продавац ставио свој потпис на једном писмену, а купац на другом, а оба писмена имају све остале елементе купопродајног уговора, јер је описано земљиште које се продаје, а наведена је и цена, то је уговор о купопродаји пуноважан, без обзира што се потписи продавца налазе на једном, а потписи купца на другом одвојеном папиру.” Одлука Врховног суда Србије објављена у Политици од 19.12.1960. године, извор: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 62, фуснота 208. Вид. и пресуду Врховног суда Војводине, Рев. 494/81 од 16.10.1982. год.

19 Чл. 72. ст. 4. ЗОО. Вид. и чл. 13. ст. 2. Швајцарског закона о облигацијама.

20 *Gaius – D. 35, 1, 17*, рг. – Нетачно изражавање не штоди. Ако се направи грешка у неким детаљима, а иначе је јасно на шта се мислило, такав нетачан опис не утиче на ваљаност правног посла.

су странке то писмено назвале признаницом.²¹ Овакав став је заступљен и у судској пракси.²²

Писмени уговор је закључен у часу кад исправу потпишу сва лица која се њиме обавезују.²³ Када је реч о двострано формалном уговору, исправу потписују обе уговорне стране, с тим да свака понаособ може потписати примерак исправе намењен другој страни.²⁴ И овде је, међутим, спорно питање какво је правно дејство признанице која је потписана само од једне стране. Пракса и доктрина дају различите одговоре. Суд заузима становиште да „чак и када би признаница текстуално изражавала уговор, ипак не би било пуноважног уговора кад нема потписа друге стране без обзира што је та друга страна управо купац коме је предата признаница и који је по тој признаници делимично исплатио куповну цену.“²⁵ Супротно становиште је, пак, заступљено у правној литератури. Ако се из признанице види сагласност о битним елементима и ако је она потписана од продавца и предата купцу, треба рећи да је у таквом случају уговор пуноважно закључен. Признаницу издаје продавац пошто купац делимично или потпуно исплати куповну цену. Практично, такво писмено потписује само продавац и предаје га купцу.²⁶ Под хипотезом да је пре издавања признанице коју је једини

21 С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 103.

22 „Писмена признаница о плаћеној купопродајној цени ако садржи ознаку непокретности која је предмет купопродаје и потписе продавца и купца представља уствари писмени уговор, иако није оверен код суда, ако су испуњени услови из члана 2. Закона о изменама и допунама Закона о промету непокретности.“ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2101/90 од 2.10.1990. године, Љубомир Вукотић, *Сврха форме уговора о промету непокретности*, Правни живот, бр. 11-12/91, стр. 1408. „За оцјену уговора није битно како је уговор назван ни који су изрази у њему употребљени, већ је битно оно што су странке тиме хтјеле очитовати.“ Пресуда Окружног суда Загреб, Гж. 3635/59 од 2.10.1959. године, Миленко Убавић, *Уговори о промету некретнина*, Београд, 1994, стр. 152.

23 Вид. чл. 72. ст. 1. ЗОО. Упор. параграф 126 Немачког грађанског законика. Ово правило садржи и члан 499. став 1. Општег имовинског законика за Црну Гору (у даљем тексту: ОИЗ): „Наређује ли закон за неку врсту уговора да буду писмени, тада сви имаоци који су по уговору дужни нешто извршити, треба својеручно исправу да потпишу.“ Исто правило садржи и члан 13. став 1. Швајцарског закона о облигацијама: „Уговор за који је писмена форма прописана законом, мора носити потпис свију лица која њиме треба да буду обавезана.“

24 “Тако код уговора о поклону исправу потписује само поклонодавац пошто само он из тог уговора прима обавезу.” С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 63. Исто важи и за уговор о јемству који је такође једнострано формалан.

25 Пресуда Савезног врховног суда Рев. 606/59 од 6.10.1959. године, Збирка судских одлука, књ. IV, ст.3 бр. 401; Сличан је став заузео и Окружни суд у Ваљевоу, пресуда Гж. 943/91 од 17. 7. 1991. године: „Признаница не представља уговор о преносу непокретности носилаца права својине пошто не садржи потписе оба уговарача, што је битан састојак уговора.“ Драгољуб Петровић, *Форма уговора о промету непокретности*, Правни живот, бр. 9-10/93, стр. 879.

26 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 345.

потписао, продавац учинио још и понуду имаоцу права прече куповине, а затим да је уговор извршен у целини или претежном делу, тиме би, чини се, били испуњени сви услови за конвалидацију уговора о промету непокретности. Међутим, како је уговор о промету непокретности, по природи, двострано обавезни уговор, треба имати у виду правило да ће се сматрати закљученим у часу када га потпишу сва лица која се њиме обавезују. Стога се у овом питању приклањамо становишту судске праксе.

Потпис физичког лица ће се сматрати потпуним када се састоји од личног имена (пуно име и презиме),²⁷ а потпис правног лица биће потпун када се састоји од назива²⁸ (пословно име) правног лица, седишта и потписа органа овлашћеног за заступање (директора, статутарног заступника или прокуристе).²⁹

Уговор се, по правилу, потписује својеручно. Механичко средство за потписивање (тзв. факсимил) допуштено је само уколико је такав начин потписивања уобичајен у пословном саобраћају, а то ће, најчешће, бити случај у привредно – правним пословима.³⁰ Ако је реч о неписменом лицу, тада ће се прихватити рукознак (отисак десног кажипрста) оверен (писменом потврдом) од стране два сведока или од стране суда, односно другог органа.³¹ Потпис се ставља на крају, односно испод текста изјаве, јер је општеприхваћено правило да потписника обавезује само оно што се нађе изнад његовог потписа.³²

У вези с овим, интересантан је случај када између усмено постигнуте сагласности уговарача и оне коју су изразили у писменој форми постоји несклад, нарочито када се у писмени текст уговора свесно и намерно уноси нижа, односно виша купопродајна цена непокретности. Уговорне стране то углавном чине у циљу смањењу фискалних обавеза, јер се на промет апсолутних права плаћа порез

27 Потпис може бити наведен и у скраћеној форми (нпр. почетно слово имена и презиме, или само презиме, или само име, или чак само познати псеудоним), али са становишта теорије и праксе треба избегавати ове скраћене форме како би се избегли и евентуални спорови у вези са веродостојношћу потписа.

28 “Назив је име неког некомерцијалног правног лица (установе), а комерцијална правна лица (привредна друштва) имају *пословно име*.” Даница Попов, Грађанско право (општи део), Нови Сад, 2009, стр. 123.

29 Обавезни елементи које пословно име правног лица мора да садржи су: ознака имена у пуном, скраћеном или модификованом облику, ознака делатности (нпр. дрвна, металска), ознака облика привредног друштва (нпр. ад, доо), седиште (место из ког се управља пословима друштва) и ознака посебног статуса (“у стечају”, “у ликвидацији”). Вид. чл. 16 – 30. Закона о привредним друштвима („Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/04).

30 Према § 886 АГЗ механички израђен својеручни потпис (факсимил) признаје се само „где је то у пословном саобраћају уобичајено“; слично и члан 14. став 1. Швајцарског закона о облигацијама.

31 Вид. чл. 72. ст. 2. ЗОО.

32 Ипак, од овог правила, доследно критеријуму циља форме, постоје два изузетка. Више о томе види чл. 71. ст. 2. и 3. ЗОО.

у проценту који зависи од вредности непокретности, па се тада поставља питање да ли важи оно што је написано или оно што је стварно уговорено.³³ Иако, с обзиром на когентне норме Закона о порезу на имовину, таква пракса уговорника постаје беспредметна,³⁴ питање је какве су правне последице таквог уговарања у домену нашег проблема. Водећи рачуна о потреби ограничења обима овог рада, нећемо се упуштати у анализу различитих ставова које је судска пракса последњих година заузимала о том питању, већ ћемо издвојити важећи начелни став врховних судова, према којем је „*пуноважан усмени споразум о цени иако је у писменом уговору о продаји непокретности означена друга цена.*“³⁵ У овом контексту, значајно је поменути да у судској пракси постоји проблем поступања и у случају када усмени споразум странака о предмету продаје (непокретности) не одговара ономе који је унесен у писмено (нпр. у писменој редакцији уговора наведен је предмет продаје 5 ари, а омеђена површина на терену износи 6 ари). Поставља се питање да ли се као предмет продаје сматра површина наведена у уговору или она која је одређена на терену. Према становишту врховних судова, релевантна је права воља странака која је постојала у моменту увођења купца у посед непокретности, дакле, „*купац стиче право својине на непокретности у оном стању и обиму како му је продавац показао у моменту увођења у посед*“.³⁶

33 Овде није реч о неподударану стварне воље уговарача и оне која је писмено изражена услед тога што је дошло до грешке у писању самог уговора, нити услед тога што су код уговарача постојале мане воље.

34 Према одредби чл. 27. ст. 1. и 2. Закона о порезу на имовину („Службени гласник Републике Србије“, бр. 76/91, 20/92, 76/92 и 20/93), основица пореза на пренос апсолутних права је уговорена цена у тренутку настанка пореске обавезе, уколико није нижа од тржишне вредности. У случају да надлежни порески орган утврди да је нижа, има право да у року од 60 дана од дана пријема пореске пријаве, односно од дана сазнања пореског органа за пренос, утврди пореску основицу у висини тржишне вредности.

35 Заједничка седница Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда одржана 23. X 1990. године у Суботици, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/91, стр. 93.

36 Пресуда Врховног суда Војводине, Рев. 279/88, М. Убавић, нав. дело, стр. 163. „Уговор о продаји земљишта, које је приликом закључења уговора одређено у нарави и предато у посед купцу, односи се само на то земљиште и када је у уговору погрешно означена већа површина продатог земљишта од оне коју стварно има.“ Пресуда Врховног суда БиХ, Рев. 660/86 од 22.7.1987. Билтен Врховног суда БиХ, бр. 4/87, стр. 20, одлука бр. 30. „Када је купац пре закључења писменог уговора видио земљиште које ће бити предмет овог уговора, а и продавац му показао границе (међе) тог земљишта које купује, онда купац не може са успјехом тражити да му продавац преда у државину површину земљишта која је означена у уговору, односно земљишта које представља разлику између површине означене у уговору и оне која је предата купцу у извршењу овог уговора.“ Пресуда Врховног суда Републике Српске, Рев. 93/93 од 26.10.1993. године и Рев. 91/97 од 16.11.1997. године, Билтен судске праксе Врховног суда Републике Српске, бр. 1/99.

У сваком случају сматрамо да ова спорна питања о цени и предмету продаје, увек треба тумачити у смислу у коме могу имати извесно правно дејство, а не у смислу у коме немају никакво дејство. То је старо правило које има извор још у Дигестама.³⁷ То значи да суд не би требало да ова питања решава у правцу поништавања уговора сматрајући да странке нису постигле сагласност о цени, односно о предмету продаје, као његовим битним елементима, већ би требало да испита заједничку намеру уговарача и да њихову сагласност разуме онако како то одговара начелима облигационог права.³⁸ При том, треба напоменути да није довољна проста подударност садржина воља која може бити и случајна, него се претпоставља да је свака изјава воље баш учињена и дата с обзиром на другу изјаву и у циљу слагања и подударања с њом.³⁹

2. УГОВОР О ПРОМЕТУ НЕПОКРЕТНОСТИ КОЈИ ЈЕ ИСПУЊЕН У ЦЕЛИНИ ИЛИ У ПРЕТЕЖНОМ ДЕЛУ

Није спорно да је уговор о промету непокретности испуњен у целости када је продавац предао непокретност купцу,⁴⁰ а купац платио цену продавцу.⁴¹ Но, поставља се питање када ће се сматрати да је уговор испуњен у претежном делу.

Ово се питање цени кроз све уговорне обавезе страна. Да би се могло сматрати да је извршен претежни део уговора, није довољно да обавезу изврши само једна уговорна страна, већ је потребно да и једна и друга страна изврше претежни део својих обавеза.⁴² Тако се, уобичајено, сматра да је купопродајна цена исплаћена у претежном делу ако је исплаћено више од једне половине цене. Што се тиче предаје непокретности у државину, сматраће се да је она извршена када је купац стекао фактичку власт на ствари.⁴³

37 Улп. 80, Диг. 45,1. *Actus inter pretandus est potius ut valeat quam ut pereat* – Један акт треба тумачити пре да вреди него да отпада. Вид. и чл. 1157. Француског грађанског законика.

38 Вид. чл. 99. ст. 2. ЗОО.

39 Лазар Марковић, Облигационо право, Београд, 1997, стр. 176.

40 Вид. чл. 467. ст. 1. ЗОО.

41 Вид. чл. 516. ст. 1. ЗОО.

42 Пандоре Диме - Илијевска, *Конвалидација уговора о купопродаји непокретности*, Правни живот, бр. 10-12/88, стр. 1675.

43 *Ibid.*, стр.1674. „Да би се сматрало да је спорни уговор о промету непокретности извршен у претежном делу, нужно је да су обе престације извршене у претежном делу, што овде није случај будући да је тужени исплатио само половину купопродајне цене, а не више од половине.“ Решење Врховног суда Војводине, Рев. 13/89, Младен Косовац, Уговорни односи кроз судску праксу, Београд, 1991, стр. 33.

3. ПОШТОВАЊЕ ПРИНУДНОГ ПРОПИСА⁴⁴

Воља уговарача, односно њихова обећања морају се кретати у оквирима принудних, императивних прописа. Принудни прописи који ограничавају слободу воље могу бити разноврсне природе: грађанскоправни, односно приватноправни прописи, домаћи и међународни, али и кривични, управноправни, и то не само законски, већ и подзаконски акти.⁴⁵ Не треба изгубити из вида да и ЗОО садржи когентне норме – већина основних начела која се могу непосредно применити, као и правила о одштетном праву имају карактер принудних норми.

С обзиром да уговори који се противе принудним прописима не морају бити санкционисани ништавошћу, јер закон може упућивати на другу санкцију „или прописати шта друго“, треба указати на то да императивна норма може бити „савршена“ (*perfecta*) – то је она у којој је предвиђена као санкција за повреду само ништавост; „више него савршена“ (*plus quam perfecta*) ако предвиђа истовремено ништавост, као грађанску санкцију, и казнену санкцију; и „мање него савршена“ (*minus quam perfecta*) ако за повреду предвиђа само казну при чему уговор остаје пуноважан.⁴⁶

Из обавезе суда да на ништавост уговора пази *ex officio*,⁴⁷ произилази и његова обавеза да по службеној дужности „надзире“ поштовање принудних прописа.

4. ПОШТОВАЊЕ ПРАВА ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ

Право прече куповине је право његовог имаоца да му власник ствари, када одлучи да је прода, (првом) понуди да је купи пре свих осталих евентуалних купаца, а ако власник (продавац) то не учини или након понуде и њеног одбијања од стране овлашћеног лица ствар прода под повољнијим условима неком трећем, ималац права прече куповине може побијати дејство такве продаје тражећи

44 “Законска ограничења слободе уговарања постала су нужна зато што је слобода уговарања у дијалектичком односу сама себе ограничавала, а често и укидала.” Густав Радбрух, Филозофија права, Београд, 1998, стр. 150.

45 Вид. О. Антић, нав. дело, стр. 420. “Принудни прописи су један статичан правни појам, јер је њихов број, ма колико велики, увек одређен у датом тренутку у једној држави (...), односно тај појам је непосредно везан за *numerus clausus* позитивно правних прописа који у материји уговора имају за последицу апсолутну ништавост, која може погодити уговор у целини или само неке његове клаузуле.” *Ibid.*, стр. 421.

46 Б. Благојевић, В. Круљ, нав. дело, стр. 293.

47 „У новијој швајцарској литератури заступљено је, међутим, мишљење да би неважност уговора због непоштовања прописа о форми ваљало сматрати као неважност *sui generis* о којој би суд требао да води рачуна само на захтев одређеног лица. (Guhl- Merz- Kummer, Das Schweizerisches Obligationenrecht, Zurich, 1980, стр. 103.“ цит. према : Ј. Радишић, нав. дело, стр. 114.

да се ствар уступи њему под истим условима.⁴⁸ Дакле, ову институцију чине два овлашћења – *право првенства* које подразумева обавезу сопственика да, уколико одлучи да прода своју ствар, најпре учини понуду имаоцу права прече куповине (оно се појављује пре него што је уговор настао) и *права прекупа* које се појављује као санкција услед повреде права првенства (оно настаје тек ако је између сопственика и трећег лица закључен пуноважни уговор о купопродаји).

За разлику од законског права прече куповине које је у нашем правном систему дуго било предимензионирано у области промета непокретности, као привредно најзначајнијих добара,⁴⁹ важећи Закон о промету непокретности предвиђа право прече куповине само у корист сувласника непокретности, те сувласника и власника суседног пољопривредног земљишта.⁵⁰

Оправданост постојања законског права прече куповине сувласника непокретности није спорна ни у теорији, ни пракси. „Свест о овој обавези је нарочито јака ако је други сувласник уз то још и из круга блиске родбине, блиски сродник. У нашим условима у великом броју случајева се баш и појављује блиски сродник; то су обично ранији санаследници. Тада поред осећања правне обавезе постоји и морална обавеза и обичај да се тако поступи.“⁵¹ Када је реч о постојању законског права прече куповине пољопривредног земљишта, у условима равноправности свих облика својине и привредних субјеката, сматрамо да је општим интересом оправдано да се оно не уситњавања, већ, напротив, да се његов комплекс очува и укрупњава ради што рационалније пољопривредне производње. Ово због тога што је пољопривредно земљиште најзначајнија врста земљишта, природно богатство и добро од општег интереса које човечанству обезбеђује егзистенцијалне услове, а чије су расположиве површине природом дате и ограничене.⁵²

48 Раденка Цветић, *Право прече куповине*, Београд, Нови Сад, 2002, стр. 24. „Настанак и развој института права прече куповине везан је за постојање колективне својине на земљишту и време када је земља била основни и најважнији услов привређивања друштвене заједнице груписане по крвном сродству (генитална организација). У таквим условима сродници (породица) и шира заједница су заинтересовани да се земљиште не отуђује јер се његово поседовање поистовећује са опстанком. Поред егзистенцијалног, земља је имала и политички значај, јер су се сва јавна права појединца (слобода, друштвени и политички положај, уживање политичких права) темељила на поседовању земљишта.“ *Ibid.*, стр. 33.

49 *Ibid.*, стр. 266.

50 Вид. чл. 5. и чл. 6. ЗОПН.

51 Радомир Ђуровић, *Право прече куповине сувласника некретнина*, Југословенска адвокатура, бр. 6/1963, стр. 18-19. цит. према: Р. Цветић, нав. дело, стр. 104.

52 „Развојем цивилизације све више долазе до изражаја потребе за искоришћавањем пољопривредног земљишта у непроизводне сврхе – за развој градова, потребне градске и индустријске инфраструктуре, путне, каналске и друге мреже. Порастом становништва и индустријске производње, несклад између расположивих површина пољопривредног земљишта и све израженијих животних и привредних потреба за храном и сировинама,

Сматраће се да није повређено право прече куповине уколико је продавац, пре отуђења непокретности, имаоцу права прече куповине учинио понуду за закључење уговора.⁵³ Понуда, која се свим имаоцима права прече куповине доставља истовремено, мора да садржи податке о непокретности, цени и осталим условима продаје и, као таква, везује продавца 15 дана од дана када је пристигла понуђеном. Понуда и изјава о њеном прихвату морају бити учињени препорученим писмом. Ако се ималац права прече куповине, у наведеном преклузивном року, не изјасни уопште или се не изјасни на прописан начин, продавац може непокретност продати другом лицу, али не под повољнијим условима. Уколико ималац права прече куповине не прихвати понуду, а власник ту непокретност не прода ни трећем лицу у року од годину дана од дана неприхватања понуде, дужан је да у случају поновне продаје непокретности изнова учини понуду имаоцу права прече куповине.⁵⁴

Ако се анализира мера у којој право прече куповине ограничава власника ствари на коју се то право односи, долази се до закључка да се ради само о ограничењу слободе избора саговорача и то под претпоставком да ималац овог права заиста и оствари своје право.⁵⁵ Међутим, извесно ограничење постоји и у погледу садржаја уговора, јер у ситуацији када ималац права прече куповине није прихватио понуду, власник више није апсолутно слободан да одреди услове продаје, јер не може продати непокретност трећем лицу под повољнијим условима у односу на оне које је нудио имаоцу права прече куповине.

Уз пуно поштовање, разумевање и залагање за постојање и заштиту законског права прече куповине управо онако како га је законодавац поставио у ЗОПН, мишљења смо да њиме, ипак, није оправдано условљавати конвалидацију уговора о промету непокретности. Наведени став образлажемо, најпре, тиме што је истим Законом предвиђена потпуна заштита имаоца права прекупа у случају када уговор о продаји непокретности није закључен у законом прописаној форми, а непокретност предата купцу у државину. У ситуацији таквог фактичког промета, ималац права прекупа може, у преклузивном року од једне године од дана сазнања за продају непокретности, а најкасније у року од две године од дана закључења уговора, тужбом код суда захтевати поништај уговора, те да се непокретност њему прода под условима из понуде. При томе ће једино бити

намеће потребу да се пољопривредна производња, на земљишту као константи, организује на тај начин да обезбеди што интензивније коришћење земљишта.“ Ранко Кеча, Земљишно право и правни режим пољопривредног земљишта, Нови Сад, 1993, стр. 11.

53 “Условне продаје код права прече куповине одређује продавац, лице које чини понуду, а ималац права понуде може понуду само да прихвати или одбије.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4027/93, Т. Крсмановић, нав. дело, стр. 457.

54 Вид. чл. 7 - 9. ЗОПН.

55 Р. Цветић, нав. дело, стр. 267.

дужан да истовремено са подношењем тужбе, положи код надлежног суда износ у висини тржишне вредности непокретности на дан подношења тужбе.⁵⁶

Према томе, ималац права прекупа, уколико испуни своје законске обавезе (благовремено поднесе тужбу уз истовремено депоновање купопродајне цене⁵⁷), независно од савесности трећег лица – купца,⁵⁸ успешно ће исходити куповину непокретности која би му припала да продавац није повредио његово право првенства. Ова могућност откупа редовна је последица повреде законског права прече куповине. Осим тога, поред чињенице да је успео да откупи ствар, ималац права прекупа ће према продавцу моћи успешно исходити и накнаду штете коју је претрпео због повреде, и то по правилима вануговорне одговорности за штету.⁵⁹ Тиме ће интерес имаоца права прекупа сасвим извесно бити потпуно заштићен уколико га он буде иницирао.

Такође, ако имамо у виду да важећи ЗОПН не садржи правило према којем је суд обавезан да по службеној дужности пази на поштовање права прече куповине, долазимо до закључка да уговорне стране и у сваком другом случају могу изиграти ово право тако што ће закључити уговор о промету непокретности у законом прописаној форми (писмена форма и овера уговора). Пуноважност њиховог уговора тиме неће бити доведена у питање, осим ако ималац права прекупа устане са тужбом у преклузивном року. Због свега овога, не видимо *ratio legis* одредбе која конвалидацију извршеног уговора о промету непокретности условљава још и поштовањем права прече куповине.

⁵⁶ Вид. чл. 10. ст. 4. 5. и 6. ЗОПН.

⁵⁷ “Спорно је да ли је ималац права прече куповине дужан да цену уплати заједно са подношењем тужбе или може цену да уплати после подношења тужбе, али да то буде у року од једне, односно три године. Овај проблем судска пракса је решила тако што је заузела становиште да ималац права прече куповине не мора цену да уплати истовремено са подношењем тужбе, већ то може учинити до закључења главне расправе под условом да то буде у року од једне, односно три године (сада две године – примедба аутора)“ Драгољуб Петровић, *Промет непокретности*, Правни живот, бр. 10/97, стр. 318.

⁵⁸ “Када се ради о повреди права првенства у случају законског права прече куповине, будући да се публицитет овог права постиже објављивањем (и ступањем на снагу) закона којим се установљава, нема сумње да ималац права прече куповине увек може остварити право прекупа. Наиме, чињеница да се ради о законском праву прече куповине треће лице увек чини несавесним и оно не може спречити остварење права прекупа имаоца права прече куповине позивајући се да није знало за постојање права и његову повреду.“ Раденка Цветић, *Место права прече куповине у грађанском законнику*, Актуелна питања грађанске кодификације, Зборник радова правног факултета у Нишу, 2008, стр. 190.

⁵⁹ Чл. 185. у вези са чл. 189. ЗОО.

Jovana Pušac, LL.M.

Assistant,

Faculty of Law, University of Banja Luka

Legal Presumptions For Convalidation of Real Estate Contracts

Summary

In this paper, the author analyses the legal regulations of real estate contract, i.e. pre-requisites for its convalidation. In that context, the author points to the need for modifying certain provisions of the Real Estate Act. Namely, the problem of convalidation of a real estate contract, which has not been entered into in a legally prescribed form (public instrument form) can be solved by applying a provision from this Act which preconditions the convalidation of the real estate contract by, inter alia, the obligation of observing the right to prior purchase. Such a solution seems unjustified, namely, being sufficiently protected by the Real Estate Act, the holder of the right to prior purchase certainly cannot be harmed in his right. If, in an attempt to solve this problem, we start from the assumption that the contract cannot be convalidated due to the infringement of the right to prior purchase, then legal protection shall be exclusively and solely rendered to the holder of the right to prior purchase, who may not be even interested in its implication. Nevertheless, the basic principle pacta sunt servanda is thus being infringed as well as the concept of conscientiousness and fairness in contractual relations; eventually, the contracting parties are thus placed in an extremely difficult and unfair situation even though they have completely or partially performed their duties.

Key words: *real estate contract, form, convalidation.*

ПРАВО НА САМОПОМОЋ У ЗАШТИТИ ДРЖАВИНЕ¹

Апстракт: У грађанском праву државина има посебно значење. Иако је само фактичка власт, у стању је да створи низ правних предности за онога ко је у поседу ствари, па и да се под одређеним условима преобрази у најзначајније субјективно право – право својине. Говорећи о правним предностима државине, ми у ствари говоримо о њеним функцијама, међу којима посебно издвајамо заштитну функцију, јер је најзначајнија и најобухватнија по свом домаћају. Право је сваког држаоца, па и манљивог, да штити свој посед. По правилу, државина се штити државинским тужбама, а само изузетно путем самопомоћи. То је супсидијеран начин заштите, којим се замењује државна интервенција у околностима у којима није могуће обезбедити брзу и ефикасну заштиту путем суда. Самопомоћ се заснива на претпоставци нужности, због чега је потребно да држалац реагује одмах или, макар, у кратком року после повреде. У нашем праву је захтев нужности донекле релативизован роковима у којима држалац може повратити одузету ствар, па у овом раду анализирамо да ли се самопомоћ предузета у субјективном року од тридесет дана и објективном од једне године и даље креће у границама допуштене, неопходне и нужне заштите поседа сопственом снагом.

Кључне речи: државина, судска заштита, допуштена самопомоћ, рокови самопомоћи.

Увод

По најједноставнијој, али и најпрецизнијој дефиницији, државина или посед (лат. *possessio*) је фактичка власт на ствари, која се може али и не мора заснивати на неком субјективном праву или правном основу који држаоца снабдевају, осим фактичком влашћу, и овлашћењем да је врши. Овлашћење држања ствари (*ius possidendi*) називамо правом на државину и треба га јасно разликовати од државине као фактичке власти: једно је право, друго је чињеница.

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046.

У грађанском праву државина има посебно значење. Под њом подразумевамо фактички однос лица према ствари, независно од тога да ли је тај однос израз неког субјективног права или правног овлашћења. Држалац је свако лице које врши фактичку власт на ствари, осим ако поступа по упутствима другог, за кога врши фактичку власт; такво лице је детентор или притежалац, а држалац је онај за кога се фактичка власт врши.²

Као фактичка власт, државина се појмовно супротставља правној власти која извире из субјективног права.³ У стварности се правна власт, изражена кроз овлашћење да се ствар држи, и фактичка власт најчешће испољавају истовремено, тако да је лице које држи ствар на то и правно овлашћено. Будући да је независна од субјективног права и да може постојати и када њега нема, државина је у стању да самостално произведе правне последице. Њена „моћ“, која је моћ факта, не престаје, понекад и не слаби, чак и ако се фактичко и правно стање разилазе, тј. када државина није истовремено и испољавање права на државину. Државина, као споља видљива чињеница, говори у прилог нашег става да је онај који поседује и правно овлашћен да то чини, па се у одређеним ситуацијама и ради правне сигурности, признају правне последице радњи које је предузео и манљиви држалац, који је до ствари дошао силом, преваром, злоупотребом поверења (*vi, clam, precario modo*). Под одређеним условима пуноважне су и правне радње које је предузело треће лице, верујући у привид права што га је створила државина, привид да се вршењем фактичке власти манифестује неко субјективно право, најчешће право својине.

Државина је појмовно самостална; правни поредак је посматра независно од права, посебно права на државину, и отуда њена снага да створи правне последице, независно од тога да ли се правна и фактичка власт подударују или се разилазе. Право на државину указује на правни подтекст вршења фактичке власти, део је неког стварног права или облигационог права које, између осталог, овлашћује свог титулара и на успостављање стварноправне власти на ствари (нпр., право закупа, послуге, оставе, залог, лизинга). Државина се разликује од ових права по томе што је она фактички однос човека према ствари, настаје овладавањем ствари – успостављањем фактичке власти,⁴ а престаје уколико се

2 По Закону о основама својинскоправних односа, државину (ствари) има свако лице које непосредно врши фактичку власт на ствари. Лице које по основу радног или сличног односа, или у домаћинству врши фактичку власт на ствари за друго лице, а дужно је да поступа по упутствима овог другог лица, нема државину. В., чл. 70. ст. 1. и чл. 71. Закона („Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96).

3 С. Крнета, „Посјед“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, „Сл. лист СФРЈ“, Београд, 1978, ред.: О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић, стр. 1010.

4 Државинска власт се исказује укључивањем ствари у сферу своје власти тако да се на њу може утицати, и искључити утицај трећих лица. Краткотрајна и пролазна веза са ствари није државина. Када је одређено понашање манифестација државинске воље, просуђује се на основу околности случаја и схватања у правном промету. Ове чињенице нарочито

ова физичка веза прекине. За стицање неких права (нпр., својине или заложног права на покретним стварима) или испуњавање неких уговорних обавеза (нпр., из уговора о закупу), по закону, потребна је предаја ствари. Ни тада, међутим, није утицај на ствар непосредна последица тог права или правног посла. Ово су основи из којих произлази право на државину и захтев за предају ствари у посед; до предаје ствари, овлашћено лице је (само) титулар права, није држалац и не може уживати погодности које пружа државина као чињеница, не правна, али за право релевантна.⁵

Правне предности државине исказане кроз функције које врши

За државину се каже да није право, посебно не право својине, али да је за право релевантна чињеница (државина је испољено *имање* ствари, а својина потпуно и искључиво *припадање* ствари, материјално и правно⁶), и да држаоцу доноси низ предности, омогућавајући му да из своје фактичке позиције изведе одређене правне последице, различитог значаја и интензитета.

Право је од најранијих дана везивало за државину значајне правне последице, које су се обликовале према конкретним правним, пре свих, својинским односима, и у зависности од друштвених прилика и потреба. У праву, државина врши битне функције: публициитета, претпоставке о својини и услова за стицање својине на покретним стварима, функцију континуитета и заштитну функцију,⁷ која се сматра најзначајнијом. Оне су разноврсне, али повезане заједничким кореном – спознајом да је државина најчешће израз одређеног права, или на праву заснованог интереса, и да се признањем државини правног значаја, заправо, штите та права и правни интереси.⁸ Ово једино не важи за заштитну функцију државине, јер се државина штити као таква – проста, реална чињеница, па и онда када није подржана правом или интересом који право признаје. Самосталност државинске заштите и њена независност од права

су значајне за оцену државине на непокретности, чија природа не дозвољава непрестану фактичку везу и просторну блискост са ствари, које се лакше постижу код покретних ствари. Зато се о државини увек закључује не само на основу понашања држаоца, већ и трећих лица и спољних знакова подобних да „говоре“ у прилог њеног постојања (нпр., плуг на њиви). Више у: Н. Р. Westermann, *BGB – Sachenrecht*, 11., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, стр. 17-19.

5 Једино код *traditio brevi manu* и *constitutum possessorium* државина се стиче на основу сагласности, али зато што је онај коме треба предати ствар на основу тог споразума, већ њен држалац.

6 Н. Р. Westermann, нав. дело, стр. 15.

7 Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, треће издање, Пунта, Ниш, 2009, стр. 56-58.

8 F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1977, стр. 45.

на државину, чини достојном заштите фактичку власт сваког држаоца, па и оног који ју је успоставио на незаконит – манљив начин. Сваки посед, наиме, ужива правну заштиту, па и посед лопова, ма како ово било непојмљиво представи обичног човека да право треба да нас штити од оних који се противправно понашају.

Посебна заштита државине настала је у римском праву, одакле се пренела на европско континентално право, тако да је и данас, у већини правних система, државина заштићена. Државина се штити од узнемиравања и одузимања, речју – од сметања у вршењу фактичке власти, у посебном поступку у коме није дозвољено износити приговоре правне природе којима се указује на недостатак овлашћења на државину тужиоца или на право туженог на ствар. У државинском поступку се расправља само о фактичким питањима, не и правним, чиме државина, као фактички однос, испољава „нарочиту самосталност и висок степен независности од правних овлашћења.“⁹ Заштитна функција државине је за многе ауторе једина правна последица државине, јер се признаје свакој државини, независно од правног основа и начина стицања.¹⁰

За државину се везују и други правни учинци. Њихов значај није ништа мањи од заштитне функције државине, али им је мањи домашај, јер је за њихово наступање, осим вршења фактичке власти на ствари, потребно испуњење додатних претпоставки у погледу правног основа државине, савесности држаоца и протеча времена. Додатни захтеви, који се постављају осталим функцијама државине, сужавају круг држалаца који се на њих могу позвати, што није случај са заштитом државине, коју ужива сваки држалац. Институт одржаја се, на пример, заснива на државини, која се, након протеча законом одређеног времена, може преобразити у најзначајније субјективно право – право својине. Претпоставка за наступање ове правне последице или функције континуитета је државина одређеног квалитета, и то је онај додатни услов који искључује све држаоце чијој државини недостаје пуноважан правни основ и законит начин стицања или, макар, савесност. Дејство државине код одржаја се испољава на подручју права; државина је само један од елемената чињеничног стања предвиђеног за наступање правне последице – стицања права својине. Заштита државине, са друге стране, произлази из чистог факта поседовања ствари, и зато

9 С. Крнета, нав. дело, стр. 1011.

10 Схватање немачког теоретичара Ранде, чије је изучавање поседа незаменљива литература у овој области (в., нпр. *Der Besitz* из 1895). Он је представник апсолутних теорија о државини, поред Пухте и Виндшајда. По њима је основ државинске заштите у поседничковој вољи. По теоретичарима релативних теорија, државина се штити ради спречавања насиља (Савињи) или као неопходна допуна заштите својине (Јеринг, по коме је државина „спољни бедем“ својине; без заштите државине, својина би била „најнепотпунији и најнеспретнији институт на свету“, R. von Jhering, *Über den Grund des Besitzschutzes*, 1896, стр. 45, нав. према: С. Крнета, нав. дело, стр. 1014).

се ова функција истиче, не као једина, али као најзначајнија правна последица вршења фактичке власти.

У литератури се наводе и друге предности државине, које нису малобројне, и зато је тешко изразити их јединствено. У новијој литератури се, уместо о предностима државине, говори о њеним функцијама.¹¹ Ми смо их већ побројали (функција публицитета, претпоставка о својини, услов за стицање својине на покретним стварима, функција континуитета), а сада ћемо их кратко и објаснити.

Државина је средство испољавања неких субјективних права, у првом реду, већине стварних права. Државина чини видљивим ова права и основ је претпоставке о праву на ствари. То је њена функција публицитета, која трећим лицима омогућава испуњење обавезе уздржавања од узнемиравања у мирном вршењу фактичке власти.

„Видљивост“ државине омогућава да се на основу ње створи претпоставка да је држалац титулар права чију садржину фактички врши. Најчешће је то право својине, па се за државину узима да је претпоставка о својини. Треће лице, које се у доброј вери поуздало у привид права на основу државине, не сме да трпи штетне последице неподударања фактичке са правном влашћу на ствари. Његовим правним радњама предузетим на основу државине признаје се правни учинак, па и правна заштита у случају спора. Заштита у неким случајевима може бити толико широка да укида право власника. Тако делује државина покретне ствари у случају стицања својине од невласника.¹²

На темељу публицитетне функције државине, омогућено је и њено транслативно дејство, с обзиром да се за стицање својине на покретним стварима захтева и предаја ствари у посед (аквизицијска или аквизитетна функција државине).¹³

11 Видети, нпр., Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, нав. дело, стр. 54-58; N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo, svezak prvi, drugo izm. i dop. izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2007, стр. 227-233.

12 В. чл. 31. ЗОСПО. Поуздање у претпоставку да је држалац овлашћен да пуноважно располаже са ствари, треће савесно лице, коме је ствар отуђена, штити и ако нису испуњени услови за стицање својине од невласника. Треће лице је, наиме, дужно да врати ствар њеном власнику, али је његов положај битно повољнији од положаја несавесног држаоца. Оправдано веровање овог лица да је државина доказ о својини онога ко му је ствар отуђио, непосредно утиче на начин успостављања пређашњег стања и евентуалну одговорност за промене на ствари коју враћа власнику.

13 В., чл. 34. ст. 1. ЗОСПО. О овим и осталим функцијама државине, више у: Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, нав. дело, стр. 54-58; N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, нав. дело, стр. 227-233.

Разлози и особености заштите државине

У праву се штити сваки посед, па и посед манљивог држаоца.¹⁴ Овакав поступак законодавца оправдавају разлози због којих се државина штити и специфичности њене заштите.

Већ је указано на две групе теорија о природи државине, одакле су изведени и разлози због којих се штити. По једнима, основ државинске заштите лежи у заштити личности или воље држаоца – штитећи државину, правни поредак заштићује право или вредност која припада држаоцу (апсолутне теорије о заштити државине); по другима, државина се штити ради спречавања насиља или ради допуне својинске заштите (релативне теорије о заштити државине).¹⁵

У савременом праву, правној пракси и правној теорији, државини се приписује искључиво фактички карактер. Државина није право, али има значајне правне последице; по броју субјеката у односу на које могу да наступе те последице, најзначајнија је заштитна функција државине.

Већина савремених теоретичара права оправдава заштиту државине, па и оне најлошије (манљиве државине), разлозима правне сигурности и правног мира. Државина се штити у општем интересу, који налаже да се фактичко стање, ако одступа од правног, не сме самовласно мењати. Државина није право, често је она сама повреда неког права (ако је држалац насилно успоставио фактичку власт), али није на заинтересованим субјектима да сами о томе просуђују и тобожњи несклад између фактичког и правног самовољно отклањају, већ треба да се обрате суду да он реши њихов спор око државине. У савременом праву начелно је искључена самопомоћ као метод остваривања и заштите права, постојећег или претендованог; организовање и пружање правне заштите је задатак државе, који се спроводи преко органа које је она основала и за чији је рад одговорна. Пружајући заштиту баш свакој државини, правни поредак има за циљ очување спољњег мира, јер би без државинске заштите постојала стална опасност да тобожњи титулар права примени насиље да би прибавио државину. Ради спречавања спровођења „сопствене правде“, мора се од насиља (насилне повреде државине) заштитити и оно фактичко стање које није засновано на праву, па макар да је „насилник“ онај коме припада право на државину.¹⁶

Правна заштита која се пружа државини је веома специфична. Она је привремена; осим изузетно, судском одлуком (у форми решења) не решавају се правна, већ само фактичка питања, посебно се не одлучује о праву својине

14 Манљиви држалац једино не ужива заштиту према ономе од кога је државину стекао на манљив начин, а овај је благовремено повратио допуштеном самопомоћи. В., чл. 78. ст. 2. ЗОСПО.

15 В., Д. Стојановић, *Стварно право*, осмо изм. и доп. издање, „Сл. лист СФРЈ“, Београд, 1991, стр. 19-20.

16 *Ibid*, стр. 18.

на ствари. О томе се може одлучивати у другом, својинском поступку, јер решење из државинског спора не прејудицира одлуку о праву на ствари, није *res iudicata* за правна питања, тиме ни сметња да се фактичка ситуација, која одступа од оне која би по праву требало да постоји, усклади са њом. Заштитна функција је најјаче оправдање великог значаја који државина има у праву: штитећи последњи миран посед, законодавац жели да брзо и ефикасно успостави нарушени правни мир држаоца, без испитивања да ли му припада право чију садржину фактички извршава, јер је државина редовно израз неког права на ствари. Уколико постоји несклад између овлашћења на државину и државине, допуштено је водити посебан, својински поступак, у коме ће се, осим о фактима, расправљати о праву, и пре свега о праву.¹⁷

Штитећи државину независно од права на државину, правни поредак свесно преузима ризик да ће се у неким ситуацијама заштита пружити и лицу које је не заслужује, јер је његова државина манљива (лопов, узурпатор, утајивач). Заштита манљивог држаоца се остварује на штету онога коме припада правно овлашћење вршења фактичке власти, због чега је привремена (провизорна). У посебном, својинском поступку, наиме, отклониће се несклад између фактичке и правне ситуације у корист овлашћеног држаоца – титулара права на државину. Када се смисао државинске заштите (заштита правног мира) доведе у везу са другим поступцима, пре свега својинским, у којима се такође штити државина, али посредно – заштитом субјективног права које овлашћује на државину, и који су пројектовани са циљем да отклоне несклад правног и фактичког, чинећи државинску заштиту временски ограниченом, постаје нам прихватљиво да право на правну заштиту признамо баш сваком држаоцу. Законодавац је „мислио унапред“ и претпоставио да се иза државине може сакрити и онај ко на њу нема право; креирајући друге поступке за заштиту државине заштитом права на државину, учинио је несигурном правно заштићену позицију неовлашћеног држаоца: оно што је добио у државинском поступку, изгубиће у поступку за заштиту права својине или другог, стварног или облигационог права, које овлашћује на државину.

Уобичајено се државинском заштитом користи овлашћено лице чију државину прати одговарајући правни основ или субјективно право. Правни поредак мора да преузме ризик да ће за њом посегнути и онај коме не припада

¹⁷ Разлогу превенирања самовлашћа, који можемо означити основним разлогом заштите државине, поједини аутори додају и друга оправдања, заснована на самој суштини државине као фактичког односа према ствари, који омогућава да се ствар економски искоришћава. Државина садржи елементарни, примарни однос са ствари, који омогућава укључивање ствари у сферу своје власти како би се ствар користила. Изван тог фактичког односа, нема државине. Такав садржај даје јој снагу и виталност, и она их не губи чак ни уз правне односе, који су апстрактни и могу да опстану и без фактичке власти. Тако, С. Крнета, *Улога и значај посједа у нашем праву*, дисс., Сарајево, 1963, стр. 84, нав. према: С. Крнета, „Посјед“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, стр. 1014.

право на ствар коју држи, јер се заштитом и такве државине спречава самовласно остваривање права. Титулар права на државину је дужан да уз помоћ суда оствари своје право; ако то учини самовласно, у поступку покренутом против њега државинском тужбом, биће му наложено да врати ствар ономе од кога је одузео, па макар тај био и манљиви држалац. Његова реститутивна обавеза, која је исход државинског поступка, представља санкцију за извршено самовлашће и он је мора испунити, без обзира што је овлашћен на државину ствари. Своје право треба да штити пред судом, а не сопственом снагом, јер је самовласно остваривање права велика опасност по стабилност правног поретка.

Самопомоћ је само изузетно дозвољена и под веома рестриктивним условима. Већина држава је задржала самопомоћ као могући облик државинске заштите и прописала услове под којима се може вршити. То је био неопходан уступак, предвиђен за ситуације у којима постоје препреке употреби редовног правног пута (обраћање суду). Баланс могућој злоупотреби права на самопомоћ постигнут је подвргавањем самопомоћи строгим правним правилима. Она омогућују држави да контролише поступке појединаца у одбрани њихове правне или само фактичке позиције и санкционише их ако излазе из оквира допуштене самопомоћи.

Начини и услови заштите државине

Сваки држалац под одређеним условима ужива правну заштиту. Државина се штити као факт, пре свега као чињеница господарења ствари, независно од постојања права на државину и њеног правног основа. Господарење, или вршење фактичке власти на ствари, исцрпљује се у држаочевом утицају на ствар и искључивању утицаја трећих лица. Слично је радњама власника, али са једном, битном разликом: вршећи фактичку власт, власник увек остварује један од прерогатива свог права својине (овлашћење држања, *ius possidendi*) и манифестује *стварноправну* власт на ствари; држаочева власт, такође, може бити израз неког права које овлашћује на држање ствари, али може бити и само реална – фактичка власт, када није подржана субјективним правом нити правним основом. У пољу заштите државине, чињеница недостатка правног основа или права на државину није правнорелевантна, и ниједном држаоцу се она не може ускратити указивањем на непостојање или неважност правног основа или начина успостављања фактичке власти. У овом смислу треба схватити законску одредбу да сваки држалац ствари и права има право на заштиту од узнемиравања или одузимања државине (сметање државине), и то је „опште место“ већине важећих кодификација, наслеђено из римског права.¹⁸

¹⁸ В., чл. 75. ЗОСПО, § § 859-862. Немачког грађанског законика, § § 344, 346. Аустријског грађанског законика, чл. 926-929. Швајцарског грађанског законика, чл. 2282-2283. Француског грађанског законика, чл. 21. Закона о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске.

На исти начин се и у судској пракси интерпретира круг субјеката овлашћених на државинску заштиту.¹⁹

Државина се штити од недопуштеног утицаја на ствар којим се мења дотадашње мирно вршење фактичке власти. Повреда државине манифестује се или као одузимање ствари, радњама којима се прекида постојећи фактички однос држаоца према ствари, заузимањем или спречавањем приступа ствари,²⁰ или као узнемиравање. Сметање државине које није праћено одузимањем ствари, већ променом дотадашњег обима или начина вршења фактичке власти (постављањем савладивих препрека, отежавањем приступа, забрањивањем, истицањем права у погледу ствари),²¹ обухваћено је појмом узнемиравања, од кога се држалац такође има право заштитити. Нема сметања државине уколико је радња сметања извршена на основу закона, одлуке органа или уз допуштење држаоца ствари, јер јој недостаје обележје недопуштености, противправности.²² Повредилац (тужени) свој поступак може оправдати правним овлашћењем, изведеним из правног акта надлежног органа, из неког стварног права или облигационог, који му омогућавају утицај на ствар која је у поседу другог лица. Од таквог, допуштеног утицаја на ствар, које је оправдано правом на захват у туђу државину, тужилац нема право да се брани, већ је дужан да га трпи, па и да пропусти неке радње којима туженог омета у остваривању садржаја овлашћења које (тужени) има поводом исте ствари.

¹⁹ „Сметање државине представља сваки акт којим се онемогућава или омета нормално вршење фактичке власти на ствари која сачињава државину. У том поступку суд расправља и одлучује по тужби само за заштиту фактичког поседа. Без значаја је да ли у конкретном случају тужилац има право службености пролаза спорним путем и у које сврхе. За основаност тужбеног захтева битна је само околност да ли је тужилац користио спорни пут и да ли га је тужени онемогућио или омео“, ВСС, Гзз. бр. 264/75, нав. према: Д. Стојановић и Д. Петровић, *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, 5. издање, „Сл. лист СФРЈ“, Београд, 1991, стр. 369.

²⁰ На овај начин дефинисано је одузимање ствари у чл. 70. ст. 1. Нацрта Законика о својини и другим стварним правима, који је израдила Радна група оформљена 2003. г. актом Министарства финансија и економије Владе Републике Србије (Решење бр. 119-01-178/2003-05 од 27. 10. 2003). Законом о основама својинскоправних односа није прецизирано шта се има сматрати одузимањем ствари; то је задатак суда, који ће према околностима случаја оценити да ли је тужени својим поступцима прекинуо фактичку везу са ствари дотадашњег држаоца и над њом засновао своју фактичку власт. Појам одузимања државине непокретности треба шире интерпретирати и под њега, пре свега, подвести акте онемогућавања приступа непокретности или заузимања.

²¹ Ни радње узнемиравања нису ближе одређене у ЗОСПО-у. Наведено прецизирање, преузето из одредбе чл. 70. ст. 2. поменутог Нацрта Законика, не представља затворену листу, јер се државина може узнемиравати и на други начин, што се цени према врсти ствари, стању пре и после наводне повреде и осталим околностима случаја.

²² В., чл. 70. ст. 3. Нацрта Законика о својини и другим стварним правима из 2003. године.

У нашем праву усвојен је римски систем заштите државине: државина се штити државинским тужбама или интердиктима (*interdictum recuperandae possessionis* и *interdictum retinendae possessionis*) и само изузетно путем самопомоћи.²³

Заштита у посебном судском поступку покренутом неком од државинских тужби представља редован правни пут заштите државине. На законска решења државинског поступка утицала је фактичка природа државине. Штити се последње мирно фактичко стање поседа, у поступку који је врло једноставан, сумаран и хитан, без расправљања о правним питањима, посебно о праву на државину, правном основу државине (законита или незаконита државина), савесности или несавесности држаоца, или захтеву за накнаду штете. Предмет утврђивања, расправљања и доказивања само су два фактичка питања: последњи миран посед и настало сметање. Остала питања остају за испитивање у другим поступцима, пре свега оним покренутим неком од својинских (петиторних) тужби.²⁴

Циљ посесорне заштите је да се што пре успостави последњи миран посед, и сва правила о судској заштити државине стављена су у службу брзог и ефикасног остварења овог циља. Има ситуација у којима прети непосредна опасност повреде државине или је повреда у току (нпр., лопов ухваћен на делу). Тада чекање на реакцију правосуђа није најбоље решење, јер треба брзо реаговати и отклонити претећу опасност или напад у току. Ово су изузетне ситуације, које судску заштиту чине илузорном, неефикасном или неблаговременом, а неопходно је брзо реаговање. Законом је тада држаоцу допуштено да посед заштити сопственом снагом (силом), користећи се допуштеном самопомоћи.²⁵ Он је овлашћен да сам успостави пређашње стање, враћањем одузете ствари од онога код кога се налази или одбијањем напада који је у току.

Самопомоћ као начин заштите државине у домаћем праву

Најопштије речено, самопомоћ је одбрана свог права, или тобожњег права, сопственом снагом. То је изузетан и ванредни облик правне заштите, који је допуштено употребити и за заштиту државине, и признаје се сваком држаоцу и

23 В., чл. 76. и 77. ЗОСПО.

24 „Суд пружа заштиту према последњем стању државине и насталом сметању, при чему није од утицаја право на државину, правни основ државине и савесност држаоца“, чл. 78. ст. 1. ЗОСПО. Утврђење да је тужилац био последњи држалац ствари и да га је тужени сметао у мирном вршењу фактичке власти (самоиницијативно или по налогу другог лица) улази у чињеничну подлогу судске одлуке којом се туженом налаже да успостави пређашње државинско стање или да тужиоцу врати одузету државину ствари, и забрањује да понови такво или слично сметање, под претњом изрицања новчане казне. Могу се изрећи и друге мере потребне за заштиту од даљег сметања. В., чл. 79. ЗОСПО.

25 „Држалац има право на самопомоћ против онога ко га неовлашћено узнемирава у државини или му је одузео, под условом да је опасност непосредна, да је самопомоћ нужна и да начин њеног вршења одговара приликама у којима постоји опасност“, чл. 76. ЗОСПО.

притежаоцу. Држалац је, наиме, овлашћен да сопственим радњама спречи сваки неовлашћени напад на своју државину, као и да отклони опасност која јој прети, и он се овим овлашћењем може користити било да му се државина повређује одузимањем ствари, било узнемиравањем поседа. Будући да се држалац ослања на сопствену снагу, мора водити рачуна да остане у границама допуштене самопомоћи, прилагођавајући интензитет употребљене силе силини напада или интензитету претеће опасности.

Мера дозвољене самопомоћи зависи од околности под којима се врши. Законом су одређени услови под којима је дозвољено државину заштитити сопственом снагом, чиме је посредно одређен и појам допуштене самопомоћи. По чл. 76. ЗОСПО-а, држалац има право на самопомоћ против онога ко га неовлашћено узнемирава у државини или му је одузео, под условом да је опасност непосредна, да је самопомоћ нужна и да начин њеног вршења одговара приликама у којима постоји опасност. Изван ових услова, самопомоћ није допуштена, као што није допуштено ни прекорачити границе самопомоћи, радњом или средством одбране који нису примерени силини напада, претећој опасности и осталим околностима повреде државине. Прекорачење законом постављене границе у употреби властите силе, негира самопомоћ као допуштени метод заштите.

Законом је самопомоћ уређена као јединствени институт: на уопштен начин је сваком држаоцу допуштено да државину штити сопственом снагом, поштујући услове да је опасност непосредна, да је самопомоћ нужна и да начин њеног вршења одговара приликама у којима постоји опасност (правило сразмерности). У правној теорији је уочено да се сопственом снагом државина може заштитити на два начина – у виду дефанзивне и офанзивне самопомоћи. Држалац који употребом своје снаге *брани* посед од претеће опасности или напада док још траје, поступа у самоодбрани, па се самопомоћ предузета у оваквим околностима тако и назива – самоодбрана или дефанзивна самопомоћ (*Besitzwehr*). Држалац може да реагује и пре него што је започео напад уколико је изванредан, а самопомоћ неопходна да би се нападач спречио; у овом случају, држалац поступа превентивно. Право на самоодбрану је посебан облик нужне одбране и сваки држалац може да отклони противправну радњу повреде државине која још није завршена, тј. док још није изгубио државину. Његов поступак је дефанзивни, одбрамбени.

Међу теоретичарима права постоји сагласност о неспорној допуштености самоодбране, чак и ако се повређује друго добро (под условом сразмерности напада и одбране, који подразумева и да се не сме жртвовати добро већег значаја ради одбране мање значајног добра), јер је држаочев поступак изазван околностима на које он нема утицаја, а мора се од њих бранити. Дилему изазива други облик самопомоћи – офанзивна самопомоћ, која се предузима пошто су напад или опасност прошли и успостављено ново фактичко стање. Потреба за

офанзивном самопомоћи постоји када је држаоцу ствар одузета или је истиснут са непокретности, и лице које је на овај начин повредило туђу државину постало нови држалац ствари. Једини начин да ранији држалац сопственом снагом поврати ствар је да је и сам *одузме* од оног у чијој је државини (*Besitzkehr*), да поступи самовласно, због чега се самопомоћ извршена на овај начин означава и као самовлашће.

Временски оквири вршења самопомоћи

Офанзивна самопомоћ имплицира временски размак између повреде државине и радње којом се државина штити, од чије дужине зависи да ли ћемо поступак, сада већ бившег држаоца, моћи да назовемо допуштеном самопомоћи или не.

Појмовна претпоставка самопомоћи је истовременост повреде и радње којом се отклања; држалац треба хитно да реагује, да државину брани док напад још траје или све док не престане опасност која прети да угрози његов миран посед. Уколико је одузета ствар, право на самопомоћ траје још неко време, чију би дужину требало одредити према сврси установљавања права на самопомоћ.

Самопомоћ је, наиме, замена за судску заштиту државине. То је супсидијеран начин заштите, којим се замењује државна интервенција у околностима у којима није могуће обезбедити брзу и ефикасну заштиту путем суда. Околности које онемогућавају или обесмишљавају обраћање суду (јер прилике у којима се брани државина захтевају неодложну, брзу реакцију), не смеју екстензивно да се тумаче да се не би прошириле границе самопомоћи и изменила једна од њених појмовних претпоставки - нужност. Ако је ствар одузета, самопомоћ би требало вршити у веома кратким роковима, зато што је након одузимања успостављено ново државинско стање и оно за трећа лица има изглед мирне државине. Држалац заправо треба да реагује одмах после напада и да сустигне оног ко му је одузео ствар, јер је онда свима јасно зашто му је дозвољено да „узме правду у своје руке“. Вршење самопомоћи после тога је спорно, посебно у роковима који су предвиђени у нашем праву. Законом о основама својинскоправних односа рокови самопомоћи нису изричито, већ посредно одређени, одредбама којима се ускраћује државинска заштита тужиоцу који је од туженог одузео ствар силом, преваром или злоупотребом поверења, а тужени је повратио у року од тридесет дана од сазнања за одузимање и учиниоца, најкасније у року од једне године од насталог сметања.²⁶ Док ови рокови теку, тужиочева државина према туженом, претходном држаоцу, није мирна и он би могао поново да успостави свој посед, одузимањем ствари, без бојазни да

²⁶ Чл. 78. ст. 2. у в. са чл. 77. ЗОСПО. Одредбом је уређено једно ефикасно одбрамбено средство туженог, познато под називом приговора манљивости тужиочево државине, али само према туженом! Латински назив овог приговора гласи *exceptio vitiosae possessionis ab adversario*.

ће подлећи у државинској парници.²⁷ Процесна позиција туженог осигурана је приговором манљивости државине.

Да ли је оправдано вршење самопомоћи у овако дугим роковима какви су предвиђени у нашем закону? Јасно је да ће их користити држалац који је изгубио државину ствари не би ли је вратио (одузета му је покретна ствар или је истиснут са непокретности), дакле, пошто је напад прошао, а такву самопомоћ означили смо самовлашћем или офанзивном самопомоћи. Да ли треба допустити да се државина уопште и штити на овај начин, зато што „самовласни поступак држаоца изазива нелагодност, јер је насилан и ремети привидно мирну државину“²⁸? Што је више времена протекло, теже је оправдати поступак (бившег) држаоца који у одбрани државине посеже за самопомоћи. Ново фактичко стање се усталило и у јавности створило уверење о законитом начину стицања државине ствари њеног садашњег држаоца, иако је он, заправо, манљиви држалац. Пређашње фактичко стање могуће је успоставити једино депосесирањем онога у чијем је поседу ствар, а присутним сведоцима то не делује као правно допуштен чин, већ неовлашћено и самовласно нарушавање туђег поседа.²⁹ Оправдано је, стога, запитати се да ли поступак „одбране“ државине, који у роковима што их прописује ЗОСПО може бити само офанзивна самопомоћ, остаје у оквирима појма самопомоћи и испуњава све услове под којима је она допуштена. Подсетимо, самопомоћ чини допуштеном: непосредност опасности, нужност употребе сопствене силе (јер судска заштита или није могућа, или не благовремено, што је чини неефикасном) и сразмерност између напада и одбране.

Услов непосредне опасности није испуњен ако је напад већ прошао и успостављено ново државинско стање. Време протекло од напада до вршења самопомоћи директно утиче на њену неопходност: што је више времена протекло, мања је потреба да се пређашњи посед успостави одузимањем ствари, и ранији држалац треба да подигне државинску тужбу и затражи помоћ суда. Дакле, ни други услов, услов нужности, често није испуњен ако се самопомоћ не врши одмах после одузимања ствари. На крају, остаје трећи услов, по коме радња одбране државине треба да буде сразмерна интензитету напада и осталим околностима у којима прети опасност. Држаоцу није дозвољено да на туђу силу реагује сопственом прекомерном силом, користећи такво средство одбране или начин који су претерани, а могао се напад отклонити другим, примеренијим методом. Како оценити потребну сразмерност ако је опасност прошла и није могуће упоредити њен интензитет са употребљеном сопственом снагом? И ко треба да процени шта је сразмерно и одговара приликама? То не би смео да буде

²⁷ Под условом да је садашњи држалац исто лице које је туженог лишило државине, тј. да ствар у међувремену није предата другом.

²⁸ М. Орлић, „Заштита државине (поседа)“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4, 1979, стр. 303.

²⁹ *Ibid*, стр. 303.

онај ко посеже за самопомоћи, јер је он „судија у својој ствари“, по правилу је пристрасан и не може адекватно проценити силину своје одбране, која, када се предузима дуго после повреде државине, и сама представља напад на државину.

Законодавац је од самопомоћи начинио изванредни облик заштите управо због претеће опасности спровођења сопствене правде, и упутио сукобљене стране да повере решавање свог спора непристрасном органу, редовно суду. Продужавањем субјективног рока на тридесет дана, а објективног на једну годину, у оквиру којих заштита државине сопственом снагом још увек задржава квалификатив допуштене самопомоћи, релативизује се нужност самопомоћи и њен супсидијеран карактер у систему средстава правне заштите. Неспорно је да модерна законодавства допуштају самопомоћ у заштити државине, али се предност даје самопомоћи ради одбране од напада у току или опасности која још траје; ако је ствар одузета, рок се продужава за још неко време, колико је потребно да се сустигне повредилац и одмах успостави посед пређашњег држаоца. Погледајмо решења из упоредног права.

Уређење института самопомоћи у упоредном праву

Самопомоћ је правно признат начин заштите државине у већини европских кодификација грађанског права. По правилима Аустријског грађанског законика, држалац је овлашћен да сразмерном силом одбије претећу опасност или напад у току, уколико би судска заштита поседа била прекасна. Законодавац уређује, пре свега, право држаоца на самоодбрану (дефанзивну самопомоћ), упућујући га да у свим осталим случајевима затражи помоћ органа надлежних за старање о јавном миру.³⁰

Самопомоћ је допуштена и у Немачком грађанском законнику; њоме се може користити држалац, помоћник у поседу и притежалац, ради успостављања пређашњег поседа који је повређен недопуштеним самовољним одузимањем ствари, истиснућем са непокретности или узнемиравањем у вршењу фактичке власти. Ако је држаоцу покретна ствар већ одузета, допуштено му је да поврати њен посед само ако сустигне лице које га је лишило државине или које је ухватио на делу. Посед непокретности сопственом силом држалац је дужан бранити одмах пошто је истиснут са непокретности, тако што ће је сам заузети од повредиоца његове државине.³¹ Готово идентично правило о допуштеној самопомоћи предвидео је швајцарски законодавац, а сличне су и одредбе мађарског, пољског и грчког грађанског законика.³²

³⁰ „У држаочева права спада и право на заштиту државине, па и право да силу отклони сразмерном силом уколико би судска помоћ дошла прекасно. О другим случајевима треба да се брину државни органи задужени за обезбеђење јавног мира, и кривични суд надлежан за санкционисање насилништва.“ (§ 344. ABGB).

³¹ В., § 859. BGB.

³² В., чл. 926. Швајцарског ГЗ, чл. 190. Мађарског ГЗ, чл. 343. Пољског ГЗ, чл. 985. и 986. Грчког ГЗ.

Овај кратак преглед упоредног законодавства говори о легитимном праву употребе, пре свега, дефанзивне самопомоћи у заштити државине, док се вршење самопомоћи пошто је напад прошао условљава брзом реакцијом држаоца, коме је допуштено да поврати (њему) одузету ствар само од лица које је затекао на делу или које је сустигао у прогону. Рок за вршење офанзивне самопомоћи у овим законцима је одређен описно, речима које посредно захтевају да се поновно успостављање државине ранијег држаоца надовезује непосредно на радњу којом је државина прекинута („ухваћен на делу“, „сустигнут у прогону“). Овај временски континуитет у коме се на прву радњу, радњу повреде државине, непосредно надовезује друга радња, којом се државина брани, заправо повезује обе радње у једну целину из које је јасно да ранији држалац користи сопствену снагу зато што је изазван претходним нападом, и да је његов акт - акт одбране сопственог поседа, а не самовлашће.³³

У земљама чија смо правна решења о условима вршења самопомоћи укратко приказали, најприхватљивија је судска заштита државине, па јој се и даје приоритет. У нашем праву, које такође судској заштити придаје карактер редовног и примарног правног пута заштите, могуће је нарушити овај императив организоване правне заштите, одредбама о роковима вршења офанзивне самопомоћи.

Закључна разматрања

Рестриктивношћу законске одредбе о допуштеној самопомоћи, правним субјектима послата је порука о спремности правног поретка да самопомоћ толерише у веома уским оквирима, као и да је заштита државине у судском поступку редован правни пут. Високи захтеви постављени пред самопомоћ требало би једнако да важе за све услове под којима је допуштена, али се чини да су у нашем праву други критеријуми важили за одређивање рокова за офанзивну самопомоћ, јер својом дужином одступају од природе самопомоћи и њених основних карактеристика.

Офанзивна самопомоћ је „одбрана“ (новим) нападом, сада већ бившег држаоца ствари, а напад је увек врста самовласног акта. Чак и када је изазван, напад који се може вршити у дугим роковима, посебно из нашег закона, губи функцију одбране државине. Домаћа правна теорија није наклоњена оваквом проширењу граница самопомоћи, оправдано указујући да се то супротставља тежњама модерног друштва да судску заштиту и остварење права и на праву заснованих интереса учини приоритетном, јер је она редован правни пут, а самопомоћ је изузетак.

³³ „Ако је ствар одузета, држалац може употребити самопомоћ једино ако је предузима непосредно по извршеном нападу, тако да његово одузимање ствари од нападача представља наставак борбе која је малочас вођена (подвукла ауторка овог рада)», М. Орлић, нав. дело, стр. 304.

Самопомоћ је остатак прошлих времена у којима је правни систем био недовољно изграђен, а судска заштита спора и неефикасна. Друштвене и правне прилике тога времена чиниле су самопоћ нужним, неретко и јединим видом заштите. У модерној држави, која је пружање правне заштите учинила својим ексклузивним доменом, стављањем решавања већине спорова у надлежност својих органа, а када правну заштиту пружају недржавни органи (нпр., медијатори, посредници, арбитражи) – прописивањем услова под којима ће се она пружати, промењен је однос између судског решавања спорова и самопомоћи. Оно што је некада био превлађујући метод заштите – самопомоћ – у садашњем тренутку је неопходна допуна заштити права путем суда.

Самопомоћ је потребна и савременом праву, али као „коректив“ организованој правној помоћи која се спроводи посредством суда и других овлашћених и неутралних субјеката. Неопходност самопомоћи произлази из околности у којима се врши, а оне су исказане у форми услова њеног вршења: неовлашћена повреда државине (одузимањем ствари или узнемиравањем у мирном вршењу фактичке власти), непосредност опасности, нужност употребе сопствене снаге у одбрани државине и сразмеран однос између радњи одбране и напада.

Иза употребљеног атрибута једног од услова самопомоћи – нужност, по нашем мишљењу, крије се основни разлог њене допуштености. За самопомоћи треба посегнути само као крајњем средству заштите, у околностима у којима помоћ суда није могућа или је тешко остварива, а потребна је брза реакција јер је опасност по државину непосредна.

Право на самоодбрану право је сваког лица, па и држаоца. Ово право треба вршити истовремено са нападом или опасности, а ако су они прошли, одмах, непосредно иза тога. Тако би требало да буде, јер одговара појму самопомоћи и разлозима због којих ју је задржала већина права. Чини се да самопомоћ нашег права, у коме је одбрана државине у роковима за подизање државинских тужби и даље допуштена самопомоћ, противречи самој себи, па би ове рокове требало ревидирати и прилагодити сврси самопомоћи и разлозима због којих је омогућена.

Самопомоћ је замена за судску интервенцију која, с обзиром на околности, није могућа или не благовремено, па се држалац мора ослонити на сопствену снагу у одбијању напада или повраћају ствари, али одмах пошто му је одузета. Требало би, дакле, скраћивањем рокова, офанзивну самопомоћ довести у склад са природом самопомоћи. Предложени субјективни рок од петнаест дана, без промене дужине објективног рока, у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима можда је и даље предуг. Начин на који је рок одређен у Немачком или Швајцарском грађанском законика јасније исказује изузетност и супсидијерност самопомоћи: држалац има право да поврати одузету ствар тако што ће је и сам одузети од нападача ухваћеног на делу или сустигнутог

у бекству. Ваља размислити и о предлогу из наше правне теорије, којим се инсистира на потреби да држалац поврати ствар непосредно пошто му је одузета, јер предузет после тога, држаочев поступак је у очима сведока, који присуствују сцени успостављања пређашњег поседа, акт самовлашћа а требало би да буде акт самоодбране.³⁴ Уколико услов непосредности није испуњен, јер је од одузимања ствари протекло толико времена да више није могуће или није једноставно оценити испуњеност свих услова допуштене самопомоћи, посебно услов сразмерности напада и одбране, (бивши) држалац треба да употреби редован правни, судски пут заштите, и да у једном брзом и сумарном поступку покуша да успостави пређашњи миран посед.

Ivana Simonović, LL.M.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

The Right to Self-help in the Protection of Possession

Summary

Self-help is an extraordinary and subsidiary legal instrument for the protection of possession. As such, it should be resorted to only in cases when the judicial protection is impossible or difficult to provide, untimely or otherwise inefficient. The specific nature of self-assistance is reflected in the strict requirements governing the protection of possession by means of physical force; in the contemporary law, these special circumstances include imminent danger and interference (such as dispossession or disturbance) which call for immediate reaction; in such circumstances, state intervention is highly improbable but self-help is an absolute necessity. The high standards pertaining to the institute of self-help should be equally applicable in all circumstances under which self-help is allowed. However, the Serbian law seems to have different criteria for designating the time limits for offensive self-help (which is undertaken after the danger or interference are over) because the length of these time limits departs from the nature of self-help and its basic characteristics. The author of this article proposes some solutions which would make the offensive self-help more consistent with its most significant presumption – necessity; the author suggests shortening the prescribed time limits and points to some legal theory suggestions and comparative law solutions which are used to illustrate this proposal. For example, the method of defining the time limit in the German or Swiss civil codes clearly indicates the extraordinary and subsidiary nature of self-help because it allows the possessor to use force only in the course of immediate danger or interference; in case when the possession has been taken away, the possessor is entitled to use force against the wrongdoer who is caught “red-handed” (in the commission of the wrongful act) or who is apprehended in flight.

Key words: *possession, judicial protection, admissible self-help, time limits for self-help.*

³⁴ В., М. Орлић, нав. дело, стр. 306.

Мр Ивана Симоновић

ПРАВО НА САМОПОМОЋ У ЗАШТИТИ ДРЖАВИНЕ

ПРАВНИ СТАТУС ПОВЕЉЕ О ОСНОВНИМ ПРАВИМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

***Апстракт:** Са развојем европских заједница и Европске уније, питање регулисања и заштите људских права постајало је све значајније. Повеља о основним правима Европске уније усвојена је 2000. године, али дуго времена након доношења није имала обавезујућу правну снагу. Такво стање се изменило доношењем Лисабонског уговора. Ипак, постојале су значајне дилеме код утврђивања статуса Повеље према овом уговору због специфичне правне технике упућујуће клаузуле садржане у чл. 6 (1) Уговора о Европској унији, као и формулације Протокола 30 и Декларација број 53, 61 и 62 уз Лисабонски уговор.*

***Кључне речи:** Повеља о основним правима Европске уније, Уговор из Нице, Уговор о уставу за Европу, Лисабонски уговор.*

1. ЉУДСКА ПРАВА У ПРАВУ ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ДО ДОНОШЕЊА ПОВЕЉЕ

У току преговора који су претходили стварању европских заједница почетком педесетих година прошлог века, било је речи о људским правима и неопходности њиховог регулисања у новим организацијама. Сматрало се да би дато питање требало решити на јасан начин, јер је постојала бојазан да би управо новостворене организације могле својим деловањем да доведу до повреда људских права. Међутим, због неуспеха у оснивању Европске политичке заједнице у оквиру које је требало регулисати област људских права¹, на томе се није инсистирало приликом стварања трију економских заједница² (даље у

¹ * Рад настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Више о овом процесу видети: G. De Búrca: The Evolution of EU Human Rights Law, „The Evolution of EU Law“, ed. P. Craig, G. De Búrca, Oxford, 2011, p. 467-475

² Европска заједница за угаљ и челик основана Париским уговором из 1951, Европска економска заједница (у даљем тексту: ЕЕЗ) и Европска заједница за атомску енергију основане су Римским уговорима из 1957. године.

тексту: ЕЗ). Основни циљ европских заједница био је јасно дефинисање економских односа и правила понашања у новоствореним организацијама. Оскудне одредбе о људским правима³ које су садржале оснивачки уговори заједница, у почетку су имале искључиво економску функцију обезбеђивања једнакости и равноправности радника. Међутим, ситуације у којима су се материје комунитарног права и људских права преплитале се повећавао, те је питање регулисања људских права поново покренуто крајем шездесетих година од стране држава чланица⁴ у вези случајева о којима се расправљало пред Судом правде (у даљем тексту: Суд). У прво време, Суд је заузео чврст став према коме су изричите одредбе оснивачких уговора биле изнад чак и правних принципа и фундаменталних права гарантованих националним уставима.⁵ Након скоро деценијског притиска од стране држава чланица и све већег броја случајева о људским правима, Суд правде доноси пресуде поводом три кључна случаја⁶ којима се питање односа људских права и комунитарног права посматра на другачији начин. Са развојем праксе Суда⁷, одребе о људским правима из оснивачких уговора почињу се посматрати у новом, ширем светлу. Захваљујући “константи у јуриспруденцији”⁸ Суда и његовом новом погледу и приступу појединим одредбама, долази до потврђивања основних људских права као интегралног дела општих принципа права европских заједница, чију примену осигурава управо Суд, позивајући се на општа правна начела која представљају заједничку правну баштину држава чланица.⁹

3 Економска и социјална права била су штуро дефинисана једино Римским уговором, као што су једнака плата за једнак рад између мушкараца и жена (чл.119 касније чл.141), слобода кретања радника (чл. 48).

4 Водећу улогу имала је Немачка, где је Савезни уставни суд нарочито инсистирао на регулисању питања људских права у оквиру тадашњих европских заједница, према: G. De Búrca, *op.cit.*, p.478

5 C 1/58 *Stork v High Authority* [1959] ECR, C 36, 37, 38, 40/59 *Geitling v High Authority* [1960] ECR 423, C 40/64 *Sgarlata and others v Commission* [1960] ECR 215, [1966] CMLR 314, према: Gráinne De Búrca, *op.cit.*, p.477, X. Groussot, L. Pech: *Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty*, Foundation Robert Schuman, European Issue 173, 14th June 2010, p.1

6 C 29/69 *Stauder v City of Ulm* [1969] ECR 419; C 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125; C 4/73, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung v Commission of the European Communities* [1974] ECR 491; према: Gráinne De Búrca, *op.cit.*, p.478

7 Развоју оваквог става Суда значајно је допринела одлука у случају C 6/64 *Flaminio Costa v ENEL* [1964] ECR 585, којим је утврђен принцип примата, односно надређености комунитарног права над националним правима држава чланица.

8 E.C.Landau, *A New Regime for Human Rights in the EU*, *European Journal of Law Reform* 557, 2008, p.557

9 Више о класификацији извора права ЕУ и општим начелима права заједница, видети: В. Кнежевић-Предић, З. Радивојевић: *Како настаје и делује право Европске уније*, Београд,

Идеја о одређивању корпуса људских права и њиховог систематског сакупљања у јединствени документ, оживљава 80-тих година прошлог века, када су се јавили први академски радови који су обрађивали ову проблематику.¹⁰ С тим у вези, Европска Комисија је 1979. године у посебном Меморандуму¹¹ предложила да тадашња ЕЕЗ постане страна уговорница Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹², односно да се све заједнице придруже већ постојећем, екстерном систему заштите људских права на европском континенту.¹³

Ипак, стално присуство теме људских права, као и развој праксе Суда, учинили су да се након три деценије од оснивања ЕЗ, у преамбули Јединственог европског акта (ЈЕА) из 1986. године¹⁴ истакне одлучност држава чланица да „заједно раде на промовисању демократије на темељима основних људских права утврђене уставима и законима држава чланица, Конвенције о заштити људских права и основних слобода и Европске социјалне повеље, пре свега слободи, једнакости и социјалној правди”. Иако помињање основних људских права у оснивачком уговору представља значајан корак напред, мора се истаћи да се њихово навођење врши у преамбули - правно необавезујућем делу уговора.

До великих структурних, концептуалних и развојних измена људских права у ЕЗ долази са стварањем Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), јер Уговором из Мадрихта¹⁵ људска права била су по први пут дефинисана на општи начин. Новим чл. F(2) извршена је кодификација дугогодишње праксе Суда, јер је стипулисано да ЕУ мора поштовати основна људска права као опште принципе права, што је такође подразумевало да ЕУ мора одређивати политике деловања у светлу основних људских права.

Питање регулисања људских права поново се актуелизовало средином 90-тих година прошлог века, а поводом идеје о приступању ЕУ Европској конвенцији. С тим у вези је Суд правде 1996. године донео негативно саветодавно мишљење, истакавши да приступ Европској конвенцији није могућ док се не изврши неопходна измена оснивачких уговора.¹⁶

2009, стр. 81-82, 115-119.

10 Видети: S. Peckore: The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities, 2 Human Rights Law Journal, 295, 1981, према: E.C. Landau: A New Regime for Human Rights in the EU, European Journal of Law Reform 557, 2008, p. 559

11 04.04.1979.

12 Донета под окриљем Савета Европе 1950. године, даље у тексту: Европска конвенција.

13 **Ћл. 6 Уговора о ЕУ стипулише обавезу ЕУ да приступи Европској конвенцији.**

14 **O.J.L 169 1987.**

15 Усвојен 07.02.1992, а ступио на снагу 01.11.1993.

16 **Opinion of the Court, 28th March 1996, 2/94 Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court Reports 1996, p. I – 01759.** Такође, ни теорија имплицитних овлашћења не би могла бити примењена

Следећи корак у дубљем уграђивању људских права у систем ЕУ, долази са Уговором из Амстердама¹⁷. Поред извршене пренумерације чланова, при чему је некадашњи чл. F (2) постао чл. 6 (2), додат је први став којим се објашњава да је ЕУ базирана *inter alia* на принципу поштовања основних људских права. Прекретница овог уговора је одредба која дефинише да: „...је Унија основана на принципима слободе, демократије, поштовања људских права и основних слобода, владавине права које су заједничке државама чланицама“, те је на тај начин, основним људским правима дато централно место у циљевима и задацима ЕУ.¹⁸

Постепена разрада идеје и потребе људских права, од јуриспруденције Суда, преко преамбуле ЈЕА и општих одредби уговора из Мастрихта и Амстердама, поспешили су пут за стварање јединственог и самосталног правног инструмента који би у оквиру ЕУ служио као својеврсна повеља о правима (*Bill of Rights*). Иако је Суд показао изванредну прилагодљивост, чак и креативност, и јасно показао да се може носити са ситуацијом непостојања писаног правног акта о људским правима, почетком новог века уследио је повољан политички тренутак за усвајање правног акта у коме би људска права била регулисана на систематизован начин.

2. ДОНОШЕЊЕ ПОВЕЉЕ И ЊЕН ПРАВНИ СТАТУС ПРЕМА УГОВОРУ ИЗ НИЦЕ

Питање регулисања људских права решавано је посредним путем, уз активно учешће Суда који је до тог времена изградио одређену праксу поводом ових питања. Међутим, даље одржање постојеће ситуације, без постојања документа о људским правима на нивоу права ЕУ, било је неприхватљиво са становишта које је промовисало владавину права и покушавало да створи уређен и заокружен нормативни поредак у оквирима ЕУ. Поштовање принципа примата, створеног праксом Суда,¹⁹ подразумевало је да чак и одредбе националних устава које се тичу људских права постају неприменљиве у случају њихове колизије са комунитарним правом. Резултат овог принципа је да сама ЕУ, стварајући супранационални правни поредак, у ком до тог тренутка нису била регулисана

на дати случај. Због тога је неопходна измена извршена тек Лисабонским уговором, где чл. 6 (2) стипулише не право, већ обавезу ЕУ да приступи Европској конвенцији. Видети: T. Joris, J. Vandenberghe, *The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows?* Columbia Journal of European Law, 15 Colum. J. Eur. L. 1 Winter 2008/2009 ; X. Groussot, L. Pech: *Fundamental Rights Protection in the EU post Lisbon Treaty*, Fondation Robert Schuman, European Issue no.173, 14th June 2010 p. 10

17 Усвојен 02.10.1997, ступио на снагу 01.05.1999, а објављен у О.Ј. С 340 1997. Више о овом питању, видети: З. Радивојевић, В. Кнежевић-Предић: *Институције Европске уније*, Ниш, 2008, стр. 34-35.

18 E.C.Landau, *op.cit.*, p.560

19 Према поменутом случају С 6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L* [

људска права, давала примат искључиво економским принципима чак и када су се косила са основним правима. Аналитички посматрано, оваква парадоксална нормативна ситуација јесте постојала, али је у реалности она још од седамдесетих година била превладавана радом Суда. При овако дефинисаној хијерархији, било је неопходно поље људских права регулисати у оквиру и на нивоу права ЕУ, јер је постојао специфичан правни вакуум. Са једне стране, постојала је, за многе непредвидљива, пракса Суда која је трасирала пут даљег развоја судбине ЕЗ и ЕУ на пољу људских права. Са друге стране, након негативног мишљења Суда 1996. године, реална могућност приступања Европској конвенцији била далека и неизвесна. Једино преостало решење подразумевало је доношење посебног документа у оквирима права ЕУ.²⁰

На састанку Европског савета у Келну јуна 1999. године донета је одлука о отпочињању рада на тексту будуће Повеље.²¹ На наредном састанку Европског савета од октобра исте године у Тампереу, одређено је тело за припрему нацрта Повеље, које је у раду поштовало принцип транспарентности и учешћа свих, тако да су у његов састав ушли представници националних парламената и влада држава чланица, Европског Парламента и Комисије.²² Касније се оно самоименовало у „Конвенција“, назив за које су многи сматрали да има изразито уставни призив. Конвенција је за мање од годину дана сачинила нацрт Повеље о основним правима ЕУ²³ (у даљем тексту: Повеља), која је у 54 члана подељених у седам поглавља²⁴ извршила систематизацију и дефинисање грађанских, политичких, економских и социјалних права. Након подношења нацрта Повеље, ред је био на „господарима Уговора“ да усагласе ставове и о њеном будућем статусу.²⁵

20 J. Jirasek, *Application of the Charter of Fundamental Rights of the EU in the United Kingdom and Poland according to the Lisbon Treaty*, p.2, доступно на: www.law.muni.cz/edicni/sborniky/cofola2008/files/pdf/evropa/jirasek_jan.pdf (приступ 12.11.2011.)

21 Састанак је одржан уочи јубилеја 50 година од доношења немачког Основног закона. Cologne European Council, Presidency Conclusions, 3-4th June 1999, Intergovernmental Conference on institutional questions, para. 52-54

22 A. J. Menedez, *Legal Status and Policy Implications on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, p.1, ARENA Working Papers WP02/7, доступно на: www.arena.uio.no/publications/wp02_7.htm (приступ 12.11.2011.)

23 Постоје два текста Повеље о основним правима – из 2000. и 2007. године. Прва верзија објављена је у О.Ј.2000 С 364/01, док друга у истом издању Службеног гласника ЕУ где и Лисабонски уговор, О.Ј. (С 303) 2007.

24 Права дефинисана Повељом подељена су у поглавља: Достојанство, Слободе, Једнакост, Солидарност, Права држављана, Правда и Опште одредбе.

25 A. J. Menedez, *op.cit.*, p.1-2

Међутим, политичка ситуација пре доношења Уговора из Нице²⁶ била је неповољна по правни статус Повеље. Наиме, водећи политички кругови били су невољни да овим уговором, поред неопходних институционалних измена због пријема чак 10 нових држава, истовремено дају Повељи обавезујући карактер, који би важио и за новопримљене државе чланице. У негаторском ставу се нарочито истицала Велика Британија. Због недостатка политичке воље, Повеља није постала саставни део оснивачког уговора - део примарног права ЕУ, већ је само прокламована од стране трију европских институција: Европског Парламента, Комисије и Савета 07. децембра 2000. године, пре одржавања самита у Ници. На тај начин, донета Повеља представљала је само политичку прокламацију, без правно обавезујуће снаге, те је у наредним годинама била поштована као *меко право*. Донета је одлука да Повеља добије обавезујући карактер при следећим изменама оснивачких уговора, односно на следећој међувладиној конференцији заказаној за 2004. годину.²⁷

Иако политичка прокламација, Повеља није била апсолутно лишена правне важности.²⁸ У наредном периоду, од 2000-2007. године, она је била признавана као меко право, потврђујући опште принципе и вредности на којима почива ЕУ.²⁹ У овом раздобљу, запажа се више нивоа правне релевантности Повеље и констатује све чешће позивање на њу у мишљењима општих правобранилаца³⁰

26 Потписан 26. фебруара 2001, ступио на снагу 01. фебруара 2003. године, ОЈ С 80, 10.03.2001. р. 1-87

27 Детаљнији приказ процеса доношења Повеље, видети: З. Радивојевић, В. Кнежевић-Предић: *op.cit.*, стр. 55-60; Ch. McCrudden, *The Future of the EU Charter of Fundamental Rights*, Jean Monnet Working Paper No 10/01, доступно на: www.jeanmonnetprogram.org/papars/01/013001.rtf, р.1-7 (приступ 12.11.2011.)

28 Више о тадашњем пресеку стања и односу Суда правде према Повељи, видети: М. Dougan, *Legal Developments*, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 45, 2007, р.134-137

29 Видети: E. Gianfrancesco, *Some Considerations on the Juridical Value of the Charter of Fundamental Rights before and after the Lisbon Treaty*, "The Constitutional Structure of the European Union after the Treaty of Lisbon", 2008, доступно на:

www.forumconstituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0140_gianfrancesco.pdf; A.J.Menedez, *op.cit.*, р.1-5 (приступ 12.11.2011.)

30 Општи правобранилац Mischo констатовао је да иако је Повеља правно необавезујућа, вреди позивати се на њу будући да представља израз демократски оствареног консензуса на највишем нивоу по питању оног што би се у данашње (тадашње) време могло сматрати каталогом основних људских права гарантованих од стране правног поретка ЕУ, према: A.J.Menedez, *op.cit.*, р. 5

и пресудама Суда³¹, као и Европског суда за људска права у Стразбуру.³² Најпре је имала функцију потврђивања постојања општих принципа ЕУ дефинисаних оснивачким уговорима, да би се касније све више појављивала и самостално, свакако још увек само као меко право.³³

3. МЕСТО ПОВЕЉЕ У УГОВОРУ О УСТАВУ ЗА ЕВРОПУ

Постојање политичке воље и жеља за конституционализацијом ЕУ довели су до усвајања Уговора о Уставу за Европу 2004. године.³⁴ Пратећи *ratio* сваког устава, у овом документу посебан одељак био је посвећен дефинисању и гарантовању заштите људских права, тако да је Повеља представљала интегрални део, Део II овог уговора³⁵ који је требало да замени све претходне оснивачке уговоре.

Политичка жеља и спремност да се Повељи призна обавезујући карактер са снагом примарног извора права ЕУ, односно оснивачког акта, ни тада није уродила плодом. Уговор о Уставу за Европу није усвојен због референдума са негативним исходом у Француској и Холандији,³⁶ тако да је дошло до стагнације и по питању правне снаге Повеље до 2007. године, односно до доношења Лисабонског уговора.

У дебати о могућим даљим корацима након одбацивања предложеног Уговора за Уставу за Европу, увидело се да Део II који садржи текст Повеље, није представљао велики уступак за већину држава чланица. Једино је, још за време дискусија о интегрисању Повеље у сам оснивачки уговор, Велика Британија изразила одређене сумње и незадовољство, као и најавила посебан протокол уз будући оснивачки уговор који је требало да ограничи примену појединих одељака Повеље на њеној територији.

31 Видети пресуде у случајевима C-540/03, *European Parliament v Council of the European Union*, *European Court Reports* 2006, p. I-05769; C-13/03 *R.J.Reynolds Tobacco Holdings Inc and Others v Commission of the European Communities*, *European Court Reports* 2006, p. I-07795, цитирано према J. Jirasek, *op.cit.*, p.3

32 Видети пресуде Великог већа у случајевима: *Christine Goodwin v the United Kingdom* и *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sikreti v Ireland*, према: *Ibid.*

33 E. Gianfrancesco, *op.cit.*, p. 5

34 Више о поступку доношења, видети: P. Craig, *Constitution, Constitutionalism and the EU*, *European Law Journal*, Vol.7, No 2, 2001, p.135-136

35 *Ibid.*, 141-142. Треба напоменути да је Повеља била интегрисана у нешто измењеном облику и није се у потпуности подударала са оригинарном верзијом из 2000. године. Ипак, амандмани којима је Повеља била измењена више су се тицали пречишћавања текста и његовог уподобљавања новијој терминологији и конституционализацији ЕУ, него суштинских измена гарантованих права.

36 Маја и јуна 2005. године, видети: З. Радивојевић, В. Кнежевић-Предић: *op.cit.*, стр. 78-80.

Криза је превазиђена састављањем новог, мање амбициозног оснивачког уговора, који је представљао компромисно решење. Повеља о основним правима, већином неспорне садржине у погледу гарантованих права, требало је да постане интегрални елемент тог оснивачког уговора.³⁷

4. СТАТУС ПОВЕЉЕ ПРЕМА ЛИСАБОНСКОМ УГОВОРУ

За разлику од Уговора о уставу за Европу, где Повеља заузима Део II, односно интегрисана је у сам текст уговора,³⁸ у Лисабонском уговору³⁹ текст Повеље није интегрисан у уговор нити у један од пропратних протокола. Напротив, у документима усвојеним уз Лисабонски уговор, формулација одређених одредби поводом правног статуса Повеље је двосмислена. На тај начин, дилеме о правном статусу Повеље проистичу због два разлога: 1) неинтегрисања Повеље у сам оснивачки уговор или придодате протоколе, 2) постојања специфичних одредби Протокола број 30 и Декларација број 53, 61 и 62 о непримени Повеље на одређене државе чланице у одређеним областима.⁴⁰

4.1. Правна снага чл. 6 (1) Лисабонског уговора

Доношењем Лисабонског уговора, статус Повеље се мења јер долази до њене трансформације из меког у *тврдо право*. У Уговору о ЕУ примењена је специфична правна техника упућујуће одредбе. Упућивање на Повељу учињено је у чл. 6 (1) Уговора о ЕУ, те је пре усвајања Лисабонског уговора извршена ревизија Дела VII Повеље који се тиче општих и прелазних одредби. Из тог разлога, дан пре усвајања Лисабонског уговора 13. децембра 2007. године, Повеља је поново прокламована на пленарној седници Европског Парламента од стране Председништва Парламента, Савета и Комисије, а објављена у истом броју

37 G. Martins, *The Treaty of Lisbon – After all another Step towards a European Constitution?*, European Constitutional Law Network, 2008, p.71

38 Паралеле између Уговора о уставу за Европу и Лисабонског уговора, видети: C. Reh, *op.cit.*, p. 642-644, 646

39 Лисабонски уговор је усвојен 13.12.2007. а ступио на снагу 01.12.2009, након дуготрајног и неизвесног периода ратификације од стране свих држава чланица ЕУ. Најпре је било планирано да ступи на снагу 01.01.2009. године, али је дошло до кашњења у пројектованим ратификацијама, те је ступио на снагу 01.12.2009. године. Уговор из Лисабона (Лисабонски уговор или Реформски уговор), састоји се из два уговора: Уговора о ЕУ и Уговора о функционисању ЕУ. Више о политичкој позадини доношења, видети: M. Avbelj, *The Treaty of Lisbon - an ongoing search for structural equilibrium*, *Columbia Journal of International Law*, No 16, 2009, p.4, 10; C. Reh, *The Lisbon Treaty: De-constitutionalizing the European Union?*, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 47, 2009, p.639-640

40 Протокола број 30 и Декларација 53 Републике Чешке о Повељи о основним правима ЕУ, Декларација 61 Републике Пољске о Повељи о основним правима ЕУ која се тиче породичног права, као и Декларација 62 Републике Пољске о Повељи о основним правима ЕУ која се тиче Пољске и Велике Британије у домену социјалних права.

Службеног гласника ЕУ као и Лисабонски уговор донет сутрадан.⁴¹ Члан 6 (1) Уговора о ЕУ који се тиче статуса Повеље, гласи: „Унија признаје права, слободе и принципе установљене Повељом о основним људским правима од 7. децембра 2000. године, у тексту усвојеном у Стразбуру 12. децембра 2007. године, која ће имати исту правну вредност као и Уговори“. На овај начин се упућујућим⁴² чланом 6 (1) врши позивање на Повељу и прокламује да је њена правна снага истоветна са правном снагом уговора који врши позивање на њу. Примена специфичне правне технике којом се врши позивање на Повељу, наспрам њеног интегрисања у основни текст уговора, свакако долази као последица деликатне политичке реалности и страха након два неуспешна покушаја да се Повеља учини правно обавезујућом. Но, значајније је питање утицаја који је то имало на њену правну снагу.

Први разлог сумње у правну снагу Повеље је позивање на њу путем упућујуће клаузуле. Овакво специфично одређивање места Повеље у оквиру Лисабонског уговора носи позитивне и негативне последице. Позитиван је приступ основним људским правима, јер се, попут традиционалних устава, она издвајају и систематизују у посебан документ и на тај начин симболички у политичком и моралном смислу стављају не само поред, већ и изнад осталих одредби оснивачких уговора. Такође, долази до веће видљивости саме Повеље, као и права и принципа које она дефинише, пружајући физичким лицима могућност директног позивања и лакшег остваривања и заштите права која су гарантована међународним правом.⁴³ Негативан аспект је одсуство Повеље из интегралног текста једног од два оснивачка уговора који чине Лисабонски, како би се на недвосмислен начин одредила њена правна снага. Ипак, у самом упућујућем члану дефинише се да акт на који се врши упућивање има исту правну снагу као и уговор којим се врши упућивање. Конкретније, Повеља има исту правну снагу као и Уговор о ЕУ – снагу оснивачког уговора односно примарног извора права.

4.2. Значај и правна вредност Протокола 30 и Декларација 53, 61 и 62

Поред чл. 6 (1) Уговора о ЕУ, потребно је објаснити утицај протокола и декларација на статус Повеље, јер су постојали ставови о њиховом ограничавајућем дејству, односно мишљења да представљају резерву на њену примену.⁴⁴ Да би се дао одговор на дату дилему, мора се посматрати садржина:

41 A. Duff, True Guide to the Treaty of Lisbon, доступно на: www.alde.eu, p.1(приступ 12.11.2011.)

42 У употреби је енг. термин cross-reference, према: E. Gianfrancesco, op.cit, p.9

43 House of Lords EU Select Committee, The Treaty of Lisbon: an impact assessment, 10th Report 2007-08, paras. 5.72 и 5.80, доступно на: www.publications.parliament.uk/pa/id200708/ldselect/ldselect/62/6209.htm#a127 (приступ 12.11.2011.)

44 У ЕЗ и ЕУ се тежило униформности, али су бројни примери који показују омогућавање другачијих аранжмана по питању различитих инструмената. Видети: V. Schmidt: Re-

члана 6 Уговора о ЕУ, чл. 51⁴⁵ и 52 Повеље,⁴⁶ Протокола 30 о посебној примени Повеље у Великој Британији и Пољској⁴⁷, Декларације бр. 1 о тумачењу Повеље, Декларације бр. 53 Чешке Републике о Повељи, Декларације бр. 61 Републике Пољске о Повељи која се тиче породичног права, Декларације бр. 62 Републике Пољске која се тиче примене Повеље у Пољској и Великој Британији у домену социјалних права, као и документу којим се врши тумачење одредби Повеље.⁴⁸

Иако је у члану 51 (2) из VII поглавља Повеље (Општих одредби), дефинисано да „Повеља не проширује поље примене права ЕУ изван надлежности Уније нити установљава нову надлежност или задатак Уније, или мења надлежности и задатке Уније од онога како су дефинисани Уговорима“, сматрало се да је то неопходно поновити и у измењеном члану 6 Уговора о ЕУ који гласи: „...одредбе Повеље ни на који начин не проширују надлежности Уније дефинисане Уговорима“. Из овог примера се види значај јасног дефинисања и ограничавања надлежности ЕУ, јер се истоветна одредба понавља у упућујућој норми као и у документу на који се врши упућивање. Декларација бр. 1, садржана у Анексу Завршног акта међувладине конференције која је усвојила Уговор из Лисабона, понавља, још једном, немогућност проширења надлежности ЕУ на основу одредаба Повеље.

Без обзира на вишеструко понављање да Повеља не доноси нова права као ни проширује надлежности ЕУ,⁴⁹ поједине државе чланице инсистирале

Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy, *Journal of Common Market Studies*, Vol.47, 2009, p.28-32

45 Значај јасног дефинисања поља надлежности ЕУ *vis-à-vis* држава чланица, као и могућности дерогације људских права од стране самих држава је још једно од битних питања. Наиме, могућности дерогације права према Повељи су врло ограничене, због чега се јавила потреба доношења посебних протокола и декларација од стране оних држава које нису биле задовољне дерогационим решењима из Повеље. Једину дерогативну клаузулу коју Повеља садржи је чл. 51 (1), која на врло општи начин помиње да „било какво ограничавање права гарантованих Повељом мора бити у складу са законима/правом (law), да поштује суштину права које је у питању и у складу је са принципом пропорционалности, које подразумева да ограничење мора да задовољи потребе општег интереса препознатог у Унији или да одговара потреби заштите права и слобода“. Оваква штура одредба, доста се разликује од дерогационих одредби у Европској конвенцији, која својом прецизношћу јасно подвлачи границе ограничавања права, а са друге стране и доводи до значајног степена извесности коју желе државе. Сматра се да су поједине државе због поменутог инсистирале на понављању питања непроширења надлежности ЕУ путем Повеље.

46 Више о чл. 51 и 52 Повеље, видети: С. Engel: *The European Charter of Fundamental Rights – A changed Political Opportunity Structure and its Normative Consequences*, *European Law Journal*, Vol. 7, No 2, 2001, p. 160-164, 166, 169; R. Alonso Garcia: *The General Provisions of the Charter of Fundamental rights of the EU*, *European Law Journal*, Vol.8, No 4, 2002, p.507-514

47 *Protocol No 30 on the application of the Charter of Fundamental Rights to Poland and to the United Kingdom*, O.J. (C 115) 313, 2008, art.1

48 *Explanations to the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, O.J. 2007 C 303/02

49 Критичку анализу ефективности залагања за људска права у оквиру ЕУ, видети: S. Smismans: *The European Union’s Fundamental Rights Myth*, *Journal of Common Marker studies*,

су на доношењу посебних протокола и декларација којим би се дата питања разјаснила.

Велика Британија је подржала усвајање Лисабонског уговора, али се истовремено борила против предложеног статуса Повеље.⁵⁰ Идеја о Протоколу којим би се ово питање примене Повеље посебно регулисало потекао је управо од Велике Британије,⁵¹ а касније се придружила и Пољска.⁵² Чланом 1 Протокола

Vol. 48, 2010, p. 45-59

50 Прве назнаке отпора правно обавезујућем статусу Повеље показала је Велика Британија још при изради нацрта Повеље 1999-2000. године, бојећи се да би на тај начин ЕУ имала још већег уплива у њене унутрашње послове, нашта су све државе чланице пристале преносом дела суверености на Унију. Нарочито противљење Повељи уследило је због социјалних права, дефинисаних у Одељку IV под називом Солидарност. Разлог противљењу био је страх од поремећаја установљених односа снага на либерално дерфинисаном тржишту рада које влада на овој острвској земљи, према: J. Jirasek, *op.cit.*, p. 4. Велика Британија традиционално има врло либерално уређено тржиште рада, са доста суженим пољем социјалних права но у континенталним земљама, те је правнообавезујући статус за њу био неприхватљив. Као конкретан пример ограничавања дејства неког људског права, наводи се право на штрајк регулисано чл. 28 Повеље, које је британско законодавство досад у великој мери ограничавало, јер се у њему види могућност кршења туђих права. Такође, традиција ограничавања овог права сеже до 80-тих година прошлог века. Влада премијера Блера трудила да се неутралише било какав правни ефекат Повеље путем блокаде укључивања њеног текста у будући Устав Европе, према: X. Groussot, L. Pech, *op.cit.*, p. 2. Међутим, прави одјек отпора није се исказао у датом периоду услед заустављања ратификација Уговора о Уставу због неуспешних референдума у Француској и Холандији.

51 При поновној актуелизацији питања Повеље, Велика Британија се већ у раним фазама преговора изборила за посебан Протокол који би ограничио домашај саме Повеље на њеном тлу. Одлука о давању обавезујућег карактера Повељи довела је до бујице реакција. У Извештају Одбора Горњег дома британског парламента о Лисабонском уговору (House of Lords EU Select Committee, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment, 10th Report 2007-08*, para. 5.65, доступно на: www.publications.parliament.uk/pa/id200708/ldselect/ldeucom/62/6209.htm#a127) већина аргумената позваних стручњака ипак је говорила у прилог правно обавезујућег статуса снаге оснивачког акта, али сагласно англосаксонској правничкој аналитици, у расправи су се поставила интересантна питања. Једно од постављених питања, било је и начин на који долази до давања правно обавезујућег статуса документу који и сам тврди да само врши поновно потврђивање већ постојећих права. Проф. *Jo Shaw* такође истиче необичност давања чисто декларативном документу правне снаге примарног извора права ЕУ (*Ibid*, para. 5.66.). Главни закључак овог Извештаја ипак казује да се значајне последице након измене статуса Повеље не могу очекивати и то из два разлога: 1) сама Повеља потврђује већ постојећа права и принципе из других, већ донетих и потврђених извора права, 2) постојање вишедеценијске јуриспруденције Суда правде, који је дубоко трасирао пут којим су се кретала и куда ће се надаље кретати и развијати људска права. Закључак је да давање правно обавезујућег статуса Повељи само доводи до охрабрења бржег развоја људских права и да се очекује директније позивање на Повељу у будућим случајевима.

52 Остаје дилема због чега је Пољска инсистирала на истом Протоколу, када се зна да политика социјалних права има дугу историју и традицију, као и да нису представљала одступање од унутрашњег правног поретка. Сматра се да је то учињено из другачијих разлога, за које се желео остварити исти ефекат – непримена права односно немогућност утужења. Пољска је убрзо након приступања овом Протоколу наставила борбу по питању

бр. 30 дефинише се да: „Повеља ни на који начин не проширује надлежност Суда правде, као ни било ког суда или трибунала Пољске или Велике Британије да утврђује да су закони, уредбе или административне одредбе, праксе или понашања Пољске или Велике Британије несагласни са основним људским правима, слободама или принципима које она потврђује“. Надаље у ставу 2 истог члана каже се да: „нарочито, и у циљу отклањања сумње, ништа у Одељку IV Повеље не ствара утужива права применљива на Пољску или Велику Британију, сем у оној мери у којој су сами закони ових земаља дозволили“⁵³ (курзив С.Ђ.). Чланом 2 Протокола се додаје да у ситуацији када се одредбе Повеље позивају на национално право, законе и праксу, конкретна одредба биће применљива у Пољској и Великој Британији у оној мери у којој су та права и принципи већ признати домаћим законодавством. Иста мотивација навела је ове земље да се изборе за Протокол бр. 30, а Пољска и посебне две Декларације 61 и 62, све у жељи за ограничавањем утицаја и последица правно обавезујуће Повеље, за које сматрају да би, применом принципа примата, довела до мењања концепције социјалних права и права на брак и породицу у овим државама чланицама.

Иако се врло често користи израз искључујућа клаузула⁵⁴ у вези Протокола бр. 30 о непримени Повеље у Великој Британији и Пољској, анализа овог документа тумачена заједно са другим поменутих одредбама, доводи до закључка да није реч о ограничавајућој или искључујућој клаузули, односно резерви.

Постоје две линије аргументације: прва која тврди да је реч само о појашњавајућим одредбама, док друга сматра да конкретни Протокол и Декларације заиста имају ограничавајуће дејство у односу на Повељу, у одређеним земљама и за одређене одељке. Прва линија аргументације позива се на суштину

равноправности. Наиме, за разлику од Европске конвенције који стипулише „право на брак између мушкарца и жене“, у самој Повељи помиње се у контексту равноправности само „право на брак“, без ближих одредница полова. Снажан утицај католицизма у Пољској поставио је питање да ли би са ратификацијом Лисабонског уговора, и самим тим Повеље са снагом примарног извора права, Пољској у неком тренутку, путем принципа примата, били наметнути истополни бракови и другачије схватање права на породицу.

53 У Великој Британији истицан је аргумент примене и утуживости одређених права. Уколико би Повеља постала изједначена са примарним изворима права ЕУ, то би значило њену директну примену и утуживост права и на тлу Велике Британије. Одређена права из Повеље међутим, до тог тренутка нису уживала такав статус. Наиме, у групу тзв. тврдих права могу убројати само она која су директно применљива, утужива и уживају највиши степен заштите. Међутим, нису сва права дефинисана Повељом по самој својој природи утужива права. У Великој Британији социјална права, која у Повељи заузимају Одељак IV под називом Солидарност, представљала су главни разлог стварања Протокола број 30. Социјална права би са стварањем обавезујућег статуса Повеље, постала директно применљива на територији ове земље, односно могле би се покретати тужбе на основу повреде ових права, чему се изразито противила В. Британија.

54 У употреби је енг. термин opt-out.

основних људских права који намеће принцип једнообразности. Недопустиво је да примена основних људских права зависи од жеља или могућности земаља, и на такав начин се ствара *carte blanche* принцип, односно принцип бирања (*pick and chose*)⁵⁵, где би државе напросто избегавале читаве одељке Повеље. Принцип примата такође подразумева примењивање Повеље на униформан начин, имајући у виду њену правну снагу. Такође, анализом поменутих и повезаних докумената, који доводе до понављања сличних формулација на више места, и који напомињу да Повеља „оснажује заштиту основних људских права ...чинећи их видљивијим у Повељи“⁵⁶, „потврђује основна људска права гарантована Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, онако како проистичу из уставних традиција држава чланица“⁵⁷ и „поново потврђује права, слободе и принципе Уније и чини их видљивијим не стварајући при том нова права или принципе“⁵⁸ такође говоре у прилог схватања о само интерпретативном дејству Протокола и Декларација, а не о њиховом дејству резерви. Уколико Повеља заиста не уноси ниједну новину, и права која поново потврђује заправо су постојала и пре њеног преласка у тзв. тврдо право, поставља се питање икаквог, *de facto* или *de iure*, искључујућег дејства Протокола у односу на Повељу.⁵⁹ *Shaw* управо је тврдила пред Одбором Горњег дома британског парламента да је реч о декларацији интерпретативног или појашњавајућег карактера, који је само насловљен протоколом, надаље се питајући какав би и колики правни ефекат такав квази-протокол и могао имати. Закључак је истог Одбора да Протокол бр. 30 само понавља суштину чл. 51 (1) Повеље, тако да не може представљати искључивање или ограничавање дејства Повеље. Поменути Протокол могао би само утицати на правилну интерпретацију због коришћених термина, коначан је закључак овог Одбора.⁶⁰ Поље примене Повеље није апсолутно, већ је јасно ограничено самом Повељом чл. 51 који дефинише да су „њене одредбе применљиве у државама чланицама само у случајевима када оне примењују право ЕУ“. Не у било којој ситуацији и не било које људско право - већ само основна права када се њихова примена доводи у везу са применом права ЕУ од стране држава чланица или институција, органа,

55 Нпр. принцип бирања је често у примени приликом коначног обавезивања инструменатима Савета Европе

56 Преамбула Повеље о основним правима у ЕУ

57 Декларација бр. 1 уз Повељу о основним правима

58 Протокол бр. 30

59 I. Pernice: *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, (eds.) S. Griller, J. Ziller: *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer Wien New York, 2008, p. 244-245

60 Видети: para.5.87 i 5.103 Извештаја, House of Lords EU Select Committee, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, 10th Report 2007-08

одбора и агенција ЕУ. Слично појашњење чл. 51 даје и посебан интерпретативни документ уз Повељу из 2000. године.⁶¹

Следећи линију овакве аргументације, закључује се да Протокол има само функцију тумачења. Слична појашњења садрже и посебне декларације уз Лисабонски уговор: Декларација 53 Чешке Републике о Повељи о основним правима ЕУ, Декларација 61 Републике Пољске о Повељи о основним правима ЕУ која се тиче породичног права, као и Декларација 62⁶² Републике Пољске о Повељи о основним правима ЕУ која се тиче Пољске и Велике Британије у домену социјалних права.

На основу реченог, тврди се да Протокол, који је суштински декларација, као и поменуте Декларације имају само интерпретативно, појашњавајуће, а не ограничавајуће дејство у погледу Повеље.

Ипак, ваља на овом месту напоменути и логику у аргументацији друге групе аутора који пак сматрају да само постојање Протокола и Декларација представља незанемарљив политички компромис са значајним правним последицама. По њима, формалноправно посматрано, Протокол има одређену правну снагу и доводи до ограничавања дејства Повеље у дотичним државама чланица. Закључак је да Повеља у датим одељцима неће обавезивати Велику Британију и Пољску, односно да Протокол има ограничавајуће дејство. Међутим, исто тако се сматра да јуриспруденција Суда правде, како прошла тако и будућа, у потпуности може да анулира овакав правни ефекат - ефекат ограничавања правног статуса Повеље, као што је и показано на случају ERT, Laval и Viking.⁶³ На тај начин, правни ефекат остаје исти, без обзира на линију аргументације.

Пошто се јуриспруденција Суда заснива на уставној традицији држава чланица, а индиректно бива и инспирисана различитим међународним инструментима, може се очекивати даљи низ потврђивања наизглед директно неприменљивих права, у фундаментална права која јесу применљива.⁶⁴ Но, сама чињеница постојања Повеље, а сада и њен правни статус, намеће обавезу Суду да је поштује као правну чињеницу и правну реалност, где би инспирације

61 Видети *supra* 50

62 Интересантно је да је у последње поменутој Декларацији наведено да ће Пољска ипак примењивати и одредбе из Одељка IV – Солидарност. Интерпретација би значила да Република Пољска сматра да, иако није везана овим одељком на основу Протокола бр. 30, Декларацијом бр. 62 прокламује да ће их поштовати и примењивати. О разлозима видети *supra* 46.

63 По питању непримене и неутуживости права дефинисаних у одељку Солидарност, иде се линијом аргументације из случаја ERT. Наиме, члан 28 Повеље који се односи на право на штрајк, не би био директно применљив као одредба на Велику Британију или Пољску, али би зато било применљиво основно право које лежи у сржи чл. 28, а које је потврђено у пракси Суда правде у поменутом случају. Пракса Суда теиче се случајева C-341/05 Laval [

64 J. Jirashek, *op.cit.*, p.7

из других међународних инструмената морали уступити место конкретним одредбама Повеље. Суд је у периоду од ступања на снагу Лисабонског уговора, више пута се позивао и цитирао одредбе Повеље, потврђујући њен статус примарног извора права.⁶⁵

ЗАКЉУЧАК

Питање правног статуса Повеље након усвајања и ступања на снагу Лисабонског уговора извесно време је било нејасно⁶⁶, због опречних закључака у вези ове проблематике у академским круговима. Међутим, на основу свега изложеног, данас је неспорно да је Повеља правнообавезујући акт са снагом примарног извора права ЕУ на основу посебне правне технике - упућујуће клаузуле. Члан 6 (1) Уговора о ЕУ статус Повеље изједначио је са статусом самог Уговора о ЕУ, једног од два уговора који чини Лисабонски уговор. Њена ограничена примена је јасно и једино дефинисана самом Повељом, пре свега

65 По први пут је Суд то учинио месец дана од ступања Лисабонског уговора на снагу, у предмету C-555/07, *Kücükdeveci*, 19.1.2010, а поред тога још и у случајевима: *Joined cases C-92/09 and C-93/09, Volker und Markus Schecke, Eifert*, 9.10.2010; C-578/08, *Chakroun*, 4.3.2010; C-518/07, *Commission v. Germany*, 9.3.2010; *Joined cases C-92/09 and C-93/09, Volker und Markus Schecke, Eifert*, 9.10.2010; C-175/08, *Hasan and others*, 2.3.2010; C-403/09 PPU, *Detiček*, 23.12.2009; C-341/05, *Laval*, 18.12.2007; C-319/06, *Commission v Luxembourg*, 19.6.2008; C-243/09 *Fuss (I)*, 14.10.2010; C-428/09 *Isère*, 14.10.2010; C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, 22.4.2010; C-28/08P, *Commission v The Bavarian Lager Co Ltd*, 29.6.2010; C-139/07P, *Commission v Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, 29.10.2010; *Joined cases C-514/07P, C-528/07P and C-532/07P, Commission/Association de la Presse internationale*, 21.9.2010; C-135/08, *Rottman*, 2.3.2010; C-243/09, *Günter Fuß v Stadt Halle*, 14.10.2010; *Joined Cases C-317/08, C-318/08, C-319/08 and C-320/08, Alassini and others*, 18.3.2010; C-407/08 P, *Knauf Gips v European Commission*, 1.7.2010; T-49/07, *Sofi ane Fahas v Council*, 7.12.2010; C-279/09 *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft*, 22.12.2010; према: 2010 *Commission Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*. Интересантно је да се пред Судом налазе здружени случајеви C 411/10 *NS v Secretary of State for the Home Department* и C 493/10 *ME and Others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*. Једно од бројних постављених питања тиче се и дејства Протокола бр. 30. Општи правобранилац *Trstenjak* је 22.септембра 2011. године истакао да Протокол бр. 30 се не може посматрати као искључујућа или ограничавајућа резерва на Повељу у односу на Велику Британију и Пољску, тако да се релевантне одредбе Повеље примењују у целости. Остаје да се види да ли ће се Суд руководити мишљењем опшег правобраниоца, или ће донети нешто другачију формулацију. Доступно на: curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-09/cp110096en.pdf (приступ 12.11.2011.)

66 Овакав став заступају и други аутори: P.Craig, G. de Burca: *EU Law, Text, Cases and Materials*, New York, Oxford University Press, 2008, p.417-418; J.B.Liisberg, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, Jean Monnet Working Paper 4/01, доступно на: www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010401.rtf, p.7 (приступ 12.11.2011.), као и C. McCruden, *op.cit.*, p.12-14, цитирано према: J. Jirasek, *op. cit.*, p.2

члановима 51 и 52. Други документи, без обзира на њихов назив, материјално представљају само тумачење и појашњавање постојећих одредби, некада и непотребно, у циљу смиривања еуроскептицизма одређених држава. Донети документи могу имати одређену политичку важност, но анализа доводи до закључка да они са правне тачке гледишта не представљају искључујућу или ограничавајућу одредбу по питању статуса нити дејства Повеље, што је у међувремену потврђено и бројним пресудама Суда.

Sanja Đorđević, LL.B.

Junior Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

The Legal Status of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

Summary

The issue of regulating and protecting human rights has become much more significant with the development of the European Communities and the European Union. The Charter of the Fundamental Rights of the European Union was adopted in 2000 but for a long while after being adopted it was not binding on the Member States. The adoption of the Lisbon Treaty brought about significant changes in this respect but there were considerable dilemmas in terms of establishing the status of the Charter in relation to the Lisbon Treaty due to the specific legal technique of the cross-reference clause contained in Article 6 (1) of the Treaty on the European Union as well as in the formulation of Protocol 30 and the Declarations 53, 61 and 62 accompanying the Lisbon Treaty.

Key words: *Charter on the Fundamental Rights of the EU, Nice Treaty, Treaty on the Constitution for Europe, Lisbon Treaty.*

ТЕЛЕСНЕ КАЗНЕ У СРБИЈИ У XIX ВЕКУ И ЊИХОВО УКИДАЊЕ^{1*}

Апстракт: У раду се разматра нормирање, примена и значај телесних казни у Србији, са становишта казног права и оновремених друштвених схватања. Аутор посматра телесну казну од почетка XIX века до њеног укидања 1873. године. На основу сачуваних кривичних прописа и пресуда најпре се истражују врсте телесних казни и њихова примена до доношења Кривичног законика 1860. године, потом, одредбе Законика којима се уређују телесне казне за преступе и иступе. На крају, аутор разматра разлоге који су довели до укидања оваквог вида кажњавања. Преко овог специфичног начина кажњавања посматра се развитак казног права у Србији, али и еволуција српске државе и друштва у XIX веку.

Кључне речи: телесне казне, казни систем, Србија XIX века.

1. Увод

Казнени систем Србије није се битно променио од почетка XIX века до кодификације кривичног права 1860. године. Врсте казни остају исте, док је приметна разлика у облицима појединих врста као и у начину њиховог извршења. Основне карактеристике казног система, нарочито на почетку периода, биле су: строгост и суровост казни, одмазда и застрашивање у циљу специјалне и генералне превенције, постојање казног симболизма, комбиновање казни, те доминација телесних казни.

Малобројни кривични прописи расути у различитим актима и неизграђена мрежа судова, уз краактер и природу саме телесне казне, представљају оквир у коме се може разумети примена телесне казне у Србији до њеног укидања 1873. године.

¹ * Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који подржава Министарство просвете и науке (евиденциони број 179046).

2. Телесне казне у Србији до 1860. године

Током читавог XIX века честа је примена телесних казни. Разлоге за то треба тражити у ондашњим схватањима, али и у објективним околностима. Сиромаштво, мали број затвора, недостатак средстава за изградњу и одржавање затворских зграда, наметнули су телесну казну као практичан начин кажњавања. Ова казна делује на осуђеног, али је њена репресија путем јавног извршавања уперена и према осталима, остварујући на тај начин превентивну функцију.

О учесталости телесне казне, сведоче бројни егзактни подаци. Од укупно 54 пресуде објављене у књизи О. Гавриловића „Ваљевски окружни суд 1815-1865. године“, 44 гласи на телесну казну; 38 на казну бојем, а шест на казну шибом; од 127 осуђујућих пресуда објављених у књизи С. Максимовића „Суђења у Пожаревачком магистрату“ њих 108 гласе на телесне казне (три на смртну, осам на затворску, шест на новчану и две на прогонство).² Од 42 пресуде објављене у књизи Б. Перуничича „Београдски суд“ 39 гласе на телесне казне.

Први акт у коме је на потпунији начин регулисана телесна казна и казни систем у целини је Устројеније судова окружни из 1840. године, иако је овај акт претежним делом организационе и процесноправне природе.³ У члану 22 одређено је да суд може осудити на смртну казну, вечну робију, заточење, робију, затвор, телесну казну, новчану казну, лишење звања, чина или посебних погодности. Телесна казна се састоји у боју штаповима до 100 удараца (не више од 50 одједном), или у боју камцијом. Нешто прецизније, Полицијска уредба из 1850. у члану 45 одређује: „Казна телесна извршива ће се над људима штаповима одређене већ и уобичајене дебљине, бијући њима по дебелом месу; над женским камцијама, над момчадима младим од 16 година прutowима“.⁴

Прописи који су претходили овим актима помињу телесну казну углавном у контексту њеног откупљивања или замене, или представљају покушаје регулисања овлашћења појединих носилаца власти на кажњавање овом казном.⁵

2 М. Грубач, *Телесна казна у Србији од 1804-1873*, Београд 2004, 56.

3 Више о томе Д. Николић, „Извори и природа кривичног права Кнежевине Србије у време припреме Кривичног закона“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1974, 648/649.

4 Т. Живановић, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865*, Београд 1967, 225. Уредба је, уз измене и допуне, остала на снази и после доношења Кривичног законика. Коришћена је у поступању општинских и полицијских власти код ислеђивања и кажњавања иступа, прописаних у трећем делу КЗ (за чију је изразу послужио управо Полицијски законик).

5 Види: Упутство свим кнезовима нахијским, 3. марта 1829. чл.6, Т. Живановић, *Законски извори* 71; Дужност чланова нахијских судова, 8. јул 1833. чл. 32, *ibid.*, 83; Наставленија издата магистратима, 31 Београдски суд, 6. јул 1835. чл. 10, *ibid.*, 62; Уредба о дружностима војени команданта, исправничества, срезки старјешина, 11. новембра 1836. чл.7, *ibid.*, 107.

2.1. Примена телесне казне

Примена телесна казне је на различите начине била ограничавана, нарочито у погледу лица над којима се могла применити. Устав из 1838. године одређује да се чиновници и свештеници у случају доказане кривице не могу осудити на телесну казну, већ само на затвор или заточење.⁶ И по прописима који су претходили, одређене категорије становништва су могле да избегну ову казну. Тако, Наставленије издато магистратима 1825. дозвољава кметовима и дргим „заслужним људима“ да уместо телесне казне плате новчану казну.⁷ Акт из 1833. године, који прописује дужности нахијских судова, исту могућност дозвољава „народним служитељима, трговцима, отменим, кротким и мирним људима“ за кривицу учињену из нехата.⁸ „Одабранији људи“ су привилегију да откупе телесну казну имали и по Уредби из 1842. године, за кривице чије суђење је у надлежности примирителних судова. Овлашћење да телесну казну замене новчаном дато је и окружним судовима 1845. године.⁹

Прецизније одређење круга лица над којима се сме (односно не сме) извршити телесна казна дато је Полицијском уредбом из 1850. Од примене ове казне изузети су „свештеници, званичници и чиновници у служби и пензији, као и учитељи“. Исто тако и „остала лица грађанског реда, која су особитим отличјима чести и карактера одређена“. С друге стране, наводе се и категорије лица која потпадају под ову казну, са образложењем које открива и природу телесне казне. Тако ће се, према Уредби из 1850, ова казна досудити „...само таквим, који су рђавог владања и кои не уживају чести и одличности грађанске одтуд, што су се као посве неуредни, непослушни, упорни, безстидни људи изгубили; осим овога даље бећарима, слугама и слушкињама, и уобште онима, који се своим радом од дана на дан издржавају и које би дакле покужиј затвор смео, те неби могли свакидашњи љеб себи и своима заслужити.“¹⁰

Друштвени положај није био једини разлог за ослобађања од телесне казне. Са развојем кривичног права почело се водити рачуна и о личним својствима осуђеног. Закон о замени телесних казни из 1853.¹¹ године дозвољава

6 Чл.43 „Кад Чиновници, имајући чин војени или грађански, или Свјаштеници, по торженственом доказанију њине кривице у сљедетвију једне законе пресуде, буду осуђени, да се казне, како се овим лицима не могу дати казне тјелесне, они ће се казнити или строгим укором, или ставленијем под затвор, или сверженијем, или на конач заточењем“. *Одабрани извори из државноправне историје јужнословенских народа*, Н. Ранђеловић, М. Тодоровић-Крстић, Београд 2009, 121.

7 Члан 10, Б. Перуничкић, *Београдски суд 1819-1839*, Београд 1964, 32.

8 Дужност чланова нахијских судова од 08. јула 1833, Т. Живановић, *Законски извори*, 83.

9 *Ibid.*, 164, 186.

10 Полицијска уредба, чл. 26 и 45, *Ibid.*, 213.

11 *Ibid.*, 289.

замену телесне казне затвором у случајевима када осуђени не би могли издржати телесну казну због болести, слабости или особитог телесног стања.

2.2. Врсте телесних казни до доношења Кривичног законика

На основу сачуваних прописа и пресуда може се закључити да се као најчешћи облици телесне казне јављају шиба, батине штаповима за одрасле мушкарце, камцијама за одрасле жене и рогозом за недорасле.¹² Иако су сачуване и пресуде у којима је предвиђена казна сакаћењем, њихов број и непојављивање у прописима тог времена не дају основа да и овај начин телесног кажњавања буде уврштен у редован облик телесних казни.¹³

2.2.1. Бој

Батине или бој штаповима је најчешће примењивана казна и најдуже се задржала у Србији. У Кривичном законнику из 1860. предвиђен је бој штаповима за мушкарце старије од 18 година и прутовима за жене и мушкарце млађе од 18 година. Због тврде конзистенције штапа, ударци њиме су болнији, а повреде унутрашњих органа веће него код извршења телесне казне другим средством.¹⁴ Стога се батине штаповима примењују само на одрасле мушкарце. Прописи, међутим, показују да је било и другачијих случајева, тако да правило о одређивању инструмената извршења телесне казне према осуђеном треба узети са резервом. На пример, из члана 2 Измена Казнителног закона за поаре и крађе од 13. новембра 1847. године, види се да су бојем штаповима могли бити кажњени и малолетници: „Малолетне, но дорасле особе, ако крађу учине, да се према узрасту и полу свом односно шибом или штаповима или камцијама или розгом, казне од $\frac{1}{4}$ до $\frac{1}{2}$ оне казне, која је истим законом, чланом 2 или 3 прописана“.¹⁵

2.2.2. Камције и рогоза

Иако неразвијено, српско кривично право од самих својих почетака води рачуна о посебним својствима малолетних лица и жена. Између осталог, за

12 В. С. Пихлер, „Основне карактеристике кривичних санкција у Србији XIX века до кодификације из 1860. године“, *Пенологија* 1/1974, 52; Т. Живановић, *Законски извори*, 441. Сличне инструменте извршења телесне казне налазимо, на пример, у хрватском праву. По наводима Вауера били су то: штап (*baculum*), кожни бич (*scuticae*) и шибе (*virgae*), па је осуђенику суд изрицао *ictus baculorum* (ударце батином), *ictus scuticarum* (ударце бичом) или *ictus virgarum* (ударце шибама). V. Bayer, „Kazna batina u kontinentalnoj Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 1/1973, 45.

13 Реч је о пресудама учисницима у Чарапићевој буни. Одређено је да се осуђени казне одсецањем дела језика и десне руке. Б. Перуничкић, *Београдски суд*, 240-243.

14 V. Bayer, 45.

15 Т. Живановић, *Законски извори*, 203. В. тачку 2 Указа од 11. децембра 1847, 204.

њих су прописиване, односно изрицане, посебне телесне казне. Уместо боја штаповима, за жене је предвиђен бој камцијама¹⁶, а за недорасле бој рогозом (трском). Чак и за учињено кривично дело за које је предвиђена мртва шиба, жене су кажњаване камцијама.¹⁷

Овај начин извршења телесне казне налазимо први пут у Устројству окружних судова из 1840. године.¹⁸ Међутим, да су на овај начин жене кажњаване и пре тога, сведоче сачуване пресуде.¹⁹

О тежини ове казне можемо закључити из Закона о замени телесних казни из 1853, у чијем члану 9 је предвиђено да је казна од десет камција једнака казни од 25 штапова. Имајући у виду сразмеру одређену за замену казне боја штаповима затвором, 10 камција се, према овом закону замењује затвором од петнаест дана.²⁰

2.2.3. Шиба

Шиба представља најтежи облик телесне казне, који је понекад представљао и начин извршења смртне казне. У чему се састојала и како се извршавала јасно се види из наредног сведочанства: „Зађу полицијски и општински службеници по пијаци и дућанима и истерују на зборно место сељаке и калфе, слуге и друге људе нижег реда. Построје их у две врсте у одређеном броју (300, 500 или 600), једну према другој у растојању колико човек може да пређе средином. Пандури даду свакоме у реду по неколико врбових прUTOва“.²¹

Према томе колико је пута осуђени морао да прође кроз строј прUTOвима наоружаних људи, може се направити разлика између обичне, полумртве и мртве

16 Камције: „дуга, танка узица или ремен причвршћен на држаље којим се гоне животиње, бич“, *Матица српска, књига друга*, Нови Сад 1967, 646.

17 Допунителна правила о телесним казнама за женски и малолетна лица (измене казнителног закона за похаре и крађе од 13. новембра 1847). Т. Живановић, *Законски извори*, 247

18 Чл. 22, *ibid.*, 145.

19 На пример, пресуда од 2. децембра 1831. „Михајло Атанацковић кажњен са тридест штапа, а жена његова Анђа са двадест пет камција, зато што су посредно проузроковали смрт једне бабе.“ Децембар 1831, Б. Перуничкић, Београдски суд, 505; Пресуда пожаревачког магистрата од 28. новембра 1839, којом је жена осуђена на 25 канција зато што је напустила мужа и покушала да побегне ван земље, С. Максимовић, *Суђење у Пожаревачком магистрату 1827-1844*, Пожаревац 1973, 133.

20 Надаље, 20 камција затвором од 2 месеца: 20 затвором од 8 месеци: 50 затвором од једне године; 100 камција дванаестогодишњом робијом у тешком гвожђу. Т. Живановић, *Законски извори*, 291.

21 А. Јовановић, *Приноси за историју српског права, део други*, Београд 1900, 100.

шибе.²² Најтежи облик, тзв. мртва шиба, заправо представља смртну казну.²³ Мртва шиба, или шиба „дванаест пута на место“, од обичне се разликује не по начину извршења, већ по тежини последица. Чак и ако би осуђени преживео, остајао би неспособан за рад. Описујући мртву шибу Т. Живановић каже: „У крви огрезао кривац, избраздан по телу од прUTOва, стављен је на колица („мацке“), па је даље настављено шибање. Пошто ју је издржао, заогртан је још врућом посолоњеном овнујском кожом“.²⁴

Занимљиво је питање порекла ове казне. У српском праву појављује се већ у устаничкој Србији у Карађорђевог законика²⁵ и Кривичном законика проте Матеје Ненадовића.²⁶ У литератури су изнета различита мишљења. Чини се, ипак, да је у српско право доспела из аустријских војних прописа.²⁷

Кажњавање шибом постаје чешће када су услед наглог пораста криминалитета донети прописи које карактеришу изузетно строге казне. Прва у низу је невелика Уредба о кажњавању крадљивца и лопова донета 22. маја 1845. године, затим Казнителни закон за поаре и крађе од 26. маја 1847. који се, иако садржи свега неколико чланова, издваја по несразмери врсте и тежине казне и

22 Из Наредбе Народног суда Магистрату Нахије београдске у Рогачи, бр. 709. из 1828. године, може се закључити да је код полумртве шибе тај број шест. А. Јовановић, *Приноси за историју старог српског права*, Београд 1900, 99-100. Ову поделу треба узети са резервом. Најпре, терминологија није једнообразна, па се уместо обичне, полумртве и мртве шибе у Војном закону из 1839. помињу мала, велика и мртва шиба (чл. 115-117). Сем тога, мртва шиба може значити шест пута кроз шест стотина момака, 12 пута на место, или у неким случајевима, шибање до смрти.

23 „Да се Тодоров убица Јован Петровић донде шибом казни, док у мученију дух свој не испусти...“; (пресуда од 22. маја 1830), А. С. Јовановић, „Примери старог српског правосуђа“, *Бранич* 22/1898, 782.

24 Т. Живановић, *Законски извори*, 442.

25 В. Чл. 14 Карађорђевог законника.

26 Законик који се према мемоарима проте Матеје Ненадовића састоји од свега „14 или 15 пунктова“ у чак 3 члана предвиђа казну шибе (чл. 2, 4 и 7).

27 З. Мирковић наводи *Norm* царице Марије Терезије из 1752. године, којом уређује примену казне трчања кроз шибе, као пропис на који се угледао писац члана 14. Карађорђевог законика у коме је предвиђена ова казна З. Мирковић, *Карађорђев законик: кривично, породично и државно право устаничке Србије*, Београд 2008, 37; У прилог тези да је шиба преузета из аустријских војних прописа, А. Јовановић наводи чињеницу да се први пут појављује у Законика проте Матеје Ненадовића, који је настао у ваљевској нахији, где је највише било оних који су служили у српско-аустријским фрајкорима, А. Јовановић, *Приноси за историју старог српског права*, 98-99; В. такође, М. Грубач, 33; С друге стране, Т. Живановић наводи да је казна шибе остатак турског казног система. В. Т. Живановић, *Законски извори*, 443; О другачијем погледу на порекло ове казне В. И. Јанковић, *Смрт у присуству власти, Смртна казна у Југославији и свету*, Београд 1985, 124.

учињеног дела.²⁸ У погледу посебног третирања малолетника и жена значајне су допуне овог законика од 13. новембра и 11. децембра 1847.²⁹

Суровост казне, а нарочито отпор грађана да учествују у њеном извршењу, довели су до укидања казне шибе 6. маја 1859. године.³⁰ Одређено је да ће уместо ове казне судови досуђивати казну робије по сразмери утврђеној Уредбом од 31. јануара 1853. године. Предвиђена сразмера најјасније говори о изузетној суровости ове казне: мртва шиба (или дванаест пута на место) замењује се дванаестогодишњом робијом у тешком гвожђу; шиба девет пута на место осмогодишњом робијом у тешком гвожђу; шиба шест пута на место петогодишњом робијом у тешком гвожђу; најзад, шиба три пута на место замењује се двогодишњом робијом у лакој гвожђу.³¹

3. Телесне казне у Кривичном законнику

У Кривичном законнику Кнежевине Србије из 1860. године, предвиђена је само једна врста телесне казне - бој. Пруски Кривични законик из 1851. године, као и већина законика европских држава тога доба, не предвиђа телесну казну.³² Законници у којима постојао овакав вид кажњавања (нпр. у Аустрији и Саксонији), најчешће телесну казну нису прописивали самостално, већ са другим казнама.³³

28 Критикујући овај законик, посланици Ужичког округа су на Светоандрејској скупштини 29. децембра 1858. истакли: „Нечувено је у свету, да један човек за украдену вредност од 1 цванц. пошто у скенцету грдне муке издржи, буде на смрт и за прост у крађу преко 200гр. на мртву шибу осуђен. Та пун је круг земни држава и правленија, но нигде ове строгости и овога покура нема. За оваковиј Закон срамно је и чути а камо ли га слободном Србину наметнути да под њим стење...Почем су дакле Срби свестни, да њима треба Закон кривичнији као и у други европејски народа да буде, та је обшта жеља, да се овај кр'вниј Закон блажим и целисходнијим замени.“ А. Раденић, *Светоандрејска скупштина*, Београд 1964, 104.

29 Т. Живановић, *Законски извори*, 203-204.

30 “Свуда, и по вароши и по селима, тешко је скупити људе за извршивање ови казнији способне, а где се и скупе, ту је тешко у нуждан поредак ставити иј шта више, при шибању сви се тако гнушају, да кривац и неискуси казн у смислу пресуде...Служити се војинством, било би одвећ осудно, јер употребљавати цвет младежи наше за извршивање тако гнусни казнији, не би ништа друго значило но развраћати народ у подмлатку његовом; а употребљавати житељство сеоско на шибање, било би колико дангубно и неправедно за њега, толико уобште противно цели Правителства...” Допис који је Попечитељство унутрашњих дела упутило Совјету 26. априла 1859. године. А. Раденић, 44-45.

31 Т. Живановић, *Законски извори*, 290.

32 О утицајима пруског Кривичног законика В. Д. Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Градина 1991; Т. Васиљевић, *Б. Ценић – развој кривичноправне мисли у Србији XIX века*, Београд 1987, 115.

33 Аустријским Кривичним закоником из 1852. у члану 19 предвиђена је као мера за поштрење тамнице, поштрење затвора (чл. 253) и као главна казна уместо казне затвора ако су та дела извршили припадници одређених категорија (чл. 248). *Kazneni zakon o zločinivih*,

Такву примену телесне казне налазимо и у српском кривичном праву пре доношења Кривичног законика. На пример, у тзв. Полицијској уредби из 1850. године, у члану 48 одређено је да се затвор може поштрити, између осталог, и телесном казном.³⁴ Кривични законик из 1860. не усваја такво решење. Према његовим одредбама, телесна казна је самостална и не служи за поштравање казни лишења слободе.

Телесна казна је главна казна, предвиђена за преступе и иступе, увек алтернативно, најчешће са казном затвора (нпр. чл. 98, 101, 194) али и новчаном казном (нпр. у чл. 213, 287 КЗ).³⁵

3.1. Телесна казна за преступе

Члановима 32 и 33 КЗ регулисана је примена телесне казне за преступе. Одређен је максимум од 50 и минимум од 10 удараца. Средство извршења зависи од пола и старости осуђеног. Ако је осуђени малолетник испод осамнаест година или жена, бој ће се извршити прutom „по дебелим месима“, у осталим случајевима штапом. Круг лица која могу бити осуђена на ову казну је ограничен и то позитивним одређењем. Тако се на бој могу осудити само „скитница, слуга, шегрт, надничар, крадљивац, пуштаија“. Разлоге за овакво решење треба тражити у бешчастејој природи ове казне.³⁶ Ценић у свом *Објасненију*³⁷ наводи да власти треба да изричу телесну казну само као крајње средство чак и када се ради о овим лицима, будући да често изостаје ефекат који је циљ казне па она не застрашује нити поправља кривца већ, не ретко, утиче у супротном правцу. Сем наведених, на бој се могу осудити и лица чија би породица била доведена у неповољан економски положај за време издржавања затворске казне. С друге стране, казна боја не може бити досуђена лицима старијим од педесет година, као и другим случајевима „кад се год нађе што, са чега неби путно било да се бију“. Када су 1863. године уведени преки судови, промењено је решење којим је примена телесне казне била ограничена старосном доби. Чланом 3 је тада

prestupcih i prekeršajih, naredbe o nadležnosti sudovah kaznenih i red tiskovni od 27. svibnja 1852. za carevinu austriansku, Већ 1853.

34 Т. Живановић, *Законски извори*, 225.

35 Коришћен је текст Кривичног законика објављен у: Д. Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, 198-282.

36 Ограничавање примене телесне казне на одређени круг лица био је уобичајен и у другим правима. На пример, у Хрватској се казна батина није могла применити на припаднике повлашћених друштвених класа, већ само на оне који су припадали нижим друштвеним слојевима, тј. само на оне чију част није требало штетети, а то су, у начелу били „ignobilis“, како су тада називали све оне који нису били племићи. V. Bayer, 42.

37 Објасненије је Ценићев коментар Кривичног законника, настао, пре свега, као приручник и упутство судијама. Ђ. Ценић, *Објасненије Казнителног законика за Књажевство Србију*, Београд 1866.

одређено је да се за злочине и преступе предвиђене овим Законом, телесном казном могу казнити и лица старија од педесет година.³⁸

Кривични законик предвиђа могућност замене телесне казне уколико осуђена лица због слабог здравља не би могла да издрже њено извршење. Телесна казна би у тим случајевима била замењена затвором, и то: десет до петнаест удараца затвором од три до петнаест дана; петнаест до двадесет пет удараца затвором од петнаест до месец дана; двадесет шест до четрдесет удараца затвором од једног до три месеца; четрдесет један до педесет удараца, затвором од три до шест месеци.

3.2. Телесна казне за иступе

Казну боја за иступе предвиђа члан 314 Кривичног законика. Најмање се може одредити десет, највише тридесет удараца. Иако је одређен овакав минимум, у неким члановима је предвиђено да казна износи „до десет удараца“, што се може схватити као силажење испод општег минимума (нпр. чл. 329, 338, 360). Овакав несклад отклоњен је изменама из 1863. године: „У чл. 329, 333, 338, 360, 378, и 386. где се говори са колико ће се удараца казнити кривац, место „до десетъ удараца,“ да се замени овако: „боэмъ са десетъ удараца“. Приликом одређивања лица над којима се може извршити ова казна упућује се на решење из члана 32 Кривичног законика.³⁹ Казна боја за иступе предвиђена је увек алтернативно са казном затвора или новчаном казном, сем у једном случају када је предвиђена самостално (чл. 342). Као и код преступа, могућа је замена казне боја за иступе, уколико се процени да осуђени не би могао издржати казну (чл. 317). Казна боја мења се у овом случају затвором, с тим што се овде (за разлику од решења за преступе) може заменити и новчаном казном: бој од десет до петнаест удараца затвором од два до десет дана, или новчаном казном од два до десет талира; бој од шеснаест до тридесет удараца затвором од дванаест до двадесет дана, или казном од дванаест до двадесет талира.

3.3. Извршење телесне казне

Кривични законик Кнежевине Србије предвиђа да се казна неће извршавати на јавном месту. Непрактичност овог решења навела је законодавца да већ 1863. године, изменама од 20. марта, ублажи ову формулацију и одреди да се осуђени на бој неће бити на јавном месту „гди э то могуће“. Ценић објашњава какви су били недостаци првобитног решења „...эръ овай законъ веже и полицајне власти и кметове, а ове власти нису свакиъ путъ тако доконе, да у своимъ канцеларијама седећи люде саслушаваю, кривце испитую и казне, већ се то догађа и приликомъ обилазения по окружию, срезу или атару обштинскомъ...

38 *Зборника закона и уредба изданих у Књажеству Србији*, XVI, Београд 1864, 17.

39 В. поглавље 3.1.

Или, кметъ изиђе на границу свога атара, коя э два, три и више сатій далеко, да неку тербу извиди, ту скриви некій тако, да бы га съ места казнити требало, но кметъ неможе то да учини, већ морао бы наредбу да изда да криваць у примирителный судъ дође, а да се наредба изврши, требао бы какавъ другій селякъ да дангуби те да кривца кмету тера... и тако збогъ едногъ незнатногъ формалитета стваръ у безконанность развлачи се, законъ се у очима света омалоуважава, эръ невиди му ону силу, коя э кадра свака волю сломити и свима показати да само онако мора бити како онъ каже⁴⁰. Сем тога, говорећи о примирителним судовима, Ценић каже: “на више места се на средъ поля эданъ кућеракъ налази и тай се зове примирителный судъ“. Готово је немогуће искључити јавност приликом извршења казне у том суду. Поље око суда је јавно место, а сам суд често толико мали „да се батиномъ неможе ни заманути а камо ли изманути“⁴¹.

Извршење казне боја обуставља се, по члану 288 Закона о поступку судском у кривичним делима, у случају душевне или јаче телесне болести као и трудноће. Да ли постоје ови услови ценеће вештаци. Бој се, такође, неће вршити ни над породилом, док не прођу 40 дана од порођаја.

4. Укидање телесне казне

Решењем из Кривичног законика, телесна казна је уместо правила, била изузетак. Прецизно је одређен круг лица којима се могла изрећи; остао је само један облик телесне казне, бој; број удараца ограничен је на 50. Међутим, само постојање телесне казне указује на „неспособност законодавца да се на време ослободи негативног историјског наслеђа“⁴² и чини да српски Кривични законик буде испод оновремених европских стандарда.

Телесна казна је у време доношење српског Кривичног законика била укинута скоро свуда у Европи, осим у Аустрији, Саксонији и ХанOVERу где је изрицана само заједно са другим казнама. У Брауншвајгу укинута је 1827, у Бадену 1831, Дармштату 1841, у Пруској и Баварској 1848.⁴³ Интересантан је случај Црне Горе, у којој је телесна казна уведена тек Даниловим законом из 1855, у време када је увелико укидана у европским државама. Све до тада, телесна казна није постојала, као неспојива са обичајима племенске заједнице и менталитетом њених припадника. Казна „тољагања“ за жене укинута је у Црној Гори Наредбом министарства унутрашњих дјела тек 27. априла 1894. године, а за мушкарце, прећутно, вероватно много раније.⁴⁴ Казна батина је у

40 Ђ. Ценић, 83-84.

41 *Ibid.*, 84.

42 М. Грубач, 167.

43 Ђ. Ценић, 80; М. Грубач 120.

44 В. *ibid.*, 120.

Хрватској и Славонији укинута 1872. године. У образложењу предлога владе наведено је да казна не одговара духу времена, да „није сходна сврси“, као и да је већ укинута у војсци.⁴⁵

У Србији су се гласови против телесног кажњавања могли чути много пре него што је ова казна укинута. У прво време, критике су више биле уперене на злоупотребе власти у примени ових казни. У „прошенијима“ Ваљевског округа упућеним Народној скупштини одржаној 30. октобра 1842. наводи се: „У погледу казнења бојем да се призрење има на личност, на стање, на године, на здравље, на пол, на досадашње владање лица, и на важност кривице његове, па да се штедљиво у томе поступа, а не да се сваки без разлике, и за сваку маленкост одма батинама казни. При том само то казнење да не бива на јавној плаци или на сокаку.“⁴⁶

Када је 1850. на снагу ступила тзв. Полицијска уредба, којом је полицијским властима у Србији дато овлашћење да кажњавају, незадовољство због незаконитих поступака власти постаје још израженије. На Светоандрејској скупштини 1858. године, ваљевски посланици истичу: „Закон полицајниј кој србскиј народ у ово неколико година сасвим потуче не само у једном него у сваким случајевима да се уништи; како би се тим срезским старешинама и њиовим писарима избиле из њиовога круга батине; како се види ови по том закону народ побише, поштене све људе осрамотише, без новаца оставише и све оно чине што је најгоре, и што су насилници народни у старија времена од народа чинили...“⁴⁷ Слични наводи постоје и у Србским новинама, где се у чланку „Поглед на нашу полицајну струку“ описују злоупотребе среских старешина, неправедно кажњавање и немоћ људи због нефункционисања жалбе вишим полицијским властима.⁴⁸

45 Међутим, праве разлоге треба тражити у другим чињеницама. Део Војне крајине је наредбом цара и краља Фрање Јосифа I, 8. јуна 1871. припојен Краљевини Хрватској и Славонији. Важеће право у Војној крајини разликовало се од права које је важило у Краљевини Хрватској и Славонији. Било је то војно право, које је у многим областима било идентично оном које је важило у грађанском аустријском правном подручју. Како је на аустријском правном подручју казна батина укинута још 1867, након припајања дела Војне крајине, дошло је до тога да се једна врста казне није могла примењивати у једном делу краљевине, док је у другом, знатно већем, њена примена била могућа. Тако се Влада, теоретски, нашла пред алтернативом да предложи поновно увођење казне батина на новоприпојено подручје или да укине ту казну на осталом делу Хрватске. Како је било нереално очекивати да ће владар дати потврду на закон Сабора којим се поново уводи укинута казна батина на припојени део Војне крајине, Влада, заправо, није имала избора - морала је укинути казну. Више о томе, V. Bayer, 55-59.

46 Ј. Милићевић, *Народне скупштине*, 192, према Т. Васиљевић, 194.

47 А. Раденић, 76.

48 Србске новине, бр. 117. 6. октобар 1859.

На Народној скупштини одржаној у Крагујевцу 11. децембра 1873. године поднет је предлог да се укину телесне казне. У извештају законодавног одбора исцрпно су наведени разлози којима се овакав предлог оправдава. У њему се полази од циља кажњавања (да је осетна, али поправљајућа, једнака и непонижавајућа), који се телесном казном не постиже. Најпре, телесна казна у својој примени не делује на све једнако јер „што је човек слабијег и њежнијег састава, и што је јачег осећања, тим ће и ова казна јача и строжија бити“. Захтев да казна не понижава такође није испуњен, „јер се њоме морална страна човечија сасвим понижава, и кривац се животињи уподобљава у место што би требало да се њоме морална страна кривца подигне и она искра човечанске части, која би још у њему остала, пробуди...“.⁴⁹ Као и смртна казна, и телесна је непоправљива. Уз то, она се одређује без обзира на стање, карактер и нарав кривца. Решење Кривичног законика, да се на ову казну могу осудити само крадљивци, слуге, скитнице и бескућници, или они којима би породица трпела када би били осуђени на казну затвора, отвара могућности за злоупотребу власти, која може оквалификовати кривца по свом нахођењу. Сем тога, таква законска одредба налази се у супротности са чланом 23. Устава од 1869. који гарантује једнакост пред законом.⁵⁰ Укидање телесне казне је, истиче се у извештају, и неопходан услов за суђење страним држављанима.⁵¹

На крају свог извештаја, законодавни одбор наглашава: „Одбор је уверен, да народна скупштина не жели ни самовољи власти поље да отвори, нити да код нас неједнакост подржава, већ да ће на против једногласно противу тога устати, и да ће овај закон, који је од одбора примљен, одобрити и тако на тај начин збрисати успомену на она времена, кад смо ми далеко испод осталих јевропских народа били, а ставити нас и са овим законом у ред осталих изображених јевропских држава, као што је то већ и са другим установама учињено.“⁵²

Овако аргументовано образложење законодавног одбора није прошло без расправе. Посланици су углавном изражавали бојазан да ће укидање телесне казне довести до појачаног вршења кривичних дела јер се власти више нико неће плашити, и да стога треба најпре постићи личну и имовинску безбедност. Посланици који су подржавали предлог за укидање били су ипак у већини.

49 *Протоколи Народне скупштине одржане у Крагујевцу 11. децембра 1873*, Београд 1873, 339.

50 Чл 23, „Сви су Срби пред законом равни.“, *Одабрани извори из државноправне историје јужнословенских народа*, 175.

51 „...док ова казна, коју остале државе за незакониту и нечовечну сматрају постоји, дотле ће тешко оне дозволити, да се њени грађани нашим судовима суде и на ову телесну казну осуђују као год што ми сами не би сад пристали, да се наши грађани шибом казне или још и на точак натичу у туђој држави, кад смо ми те казне из наших закона као сурове избрисали.“ *Протоколи Народне скупштине одржане у Крагујевцу 11. децембра 1873*, 341.

52 *Ibid.*

Законом од 11. децембра 1873. године, телесна казна је укинута. Страх од промене је надгласан. „Беше код нас шиба, беше код нас мећање мртвих телеса на точак, па се мислило да се без тих казни опстати не може, но доцније, кад се те казни укидоше и другима заменише, виде се, да ако земља није пошла напред, није никако натраг.“⁵³

5. Закључак

Иако су неразвијеност српског друштва и државе у првој половини XIX века условили доминацију телесних казни, већ од државе Првог српског устанка уочљива су настојања власти да умање произвољност у извршењу телесне казне. С развитком кривичног права њена примена је све више ограничавана, најпре, смањењем круга лица над којима она може бити примењена, затим, прописивањем широких могућности за замену ове казне. Таква казнена политика имала је за резултат постепено потискивања телесне казне, нарочито краткотрајном казном затвора. У Кривичном законнику из 1860. године, примена телесне казне је значајно сужена, али је и само њено постајање учинило да српско кривично право заостаје за достигнутим стандардима.

Укидање телесне казне 1873. године представља значајан корак у унапређењу казног права Србије. До таквог решења довела је жеља да се прекине са традицијом нехуманог поступања, али и настојање да Србија стане уз раме са ондашњим европским законодавствима и прилагоди своја решења новим становиштима науке кривичног права о циљу и сврси кажњавања.

Захтеви за поновним увођењем телесне казне у Србији могли су се чути већ на Скупштини 25. фебруара 1875, пре него што је истекла година од ступања на снагу Закона којим је она укинута. Предлог да се ова казна поново уведе образложен је, између осталог, учесталим кривичним делима и материјалним неприликама у које долази породица осуђеног због примене казне затвора.⁵⁴ Уз бурно негодовање, посланици су одбацили овај предлог, називајући га недостојним. Тако је телесно кажњавање у Кнежевини Србији и нормативно и фактички трајно нестало из друштвене стварности.

⁵³ *Ibid.*, 355.

⁵⁴ „Учесташе зла и неваљалци. Поштени и добри пропадају. Из дана у дан све веће неприлике, томе се мора стати на пут.“ Протоколи Народне Скупштине одржане у Београду 26. фебруара 1875, Београд 1875, 1339-1341.

Miljana Todorović, LL.B.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Corporal Punishment In Serbia In The 19th Cenntury And its Abolition

Summary

In this paper, the author explores the legal regulation, application and significance of corporal punishment in Serbia from the aspect of penal law and social conceptions of the 19th century Serbia. The author provides a historical retrospect of corporal punishment from the beginning of the 19th century until its abolition in 1873. Relying upon the preserved criminal provisions and court judgments, the author first explores the application of different kinds of corporal punishment that existed before the adoption of the Criminal Code of 1860. Then, the author focuses on the Criminal Code provisions regulating corporal punishment for misdemeanours and infractions, and explores the reasons that eventually led to abolishing this specific kind of punishment. Ultimately, the author uses the results of this research to analyze the development of penal law in Serbia as well as the evolution of the Serbian state and society in the 19th century.

Key words: *corporal punishment, penal system, 19th century Serbia.*

ОДГОВОРНОСТ ПРУЖАОЦА УСЛУГА ИНФОРМАЦИОНОГ ДРУШТВА ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРОУЗРОКУЈУ ЊИХОВИ КОРИСНИЦИ ПРОТИВПРАВНИМ САДРЖАЈЕМ¹

Апстракт: Информациона технологија развијена последњих година пружа прилику сваком лицу да ствара и објављује садржаје на Интернету. Злоупотреба нових могућности има за последицу повреду грађанских субјективних права и доношење штете. У раду су представљени правни субјекти без којих Интернет не би функционисао и њихов уговорни однос обележен специфичним обавезама и егзонерационим клаузулама. Приказани су критеријуми по којима домаћа и страна судска пракса одлучује о одговорности провајдера и анализирано како се Закон о облигационим односима може применити у борби против штетника на Интернету. Обрађене су одредбе Закона о електронској трговини израђеног по узору на истоимену европску директиву, али са закашњењем од девет година што доводи у питање њихову сврсисходност.

Кључне речи: штета, Интернет, уговор о хостингу, искључење одговорности, корисници.

УВОД

Широм планете аматери размењују и преузимају са мреже фотографије, текстове, видео и музичке записе, софтвер и информације једноставно и економично. Нажалост, понекад се нове могућности користе за повреду грађанских субјективних права. Најчешће су угрожена ауторска права и права индустријске својине; лична права (право на психички интегритет и достојанство услед повреде угледа, части и ширења неистинитих навода), право на слику и приватност; права потрошача (продајом неоригиналне робе, лажних лекова). Треба поменути и дела нелојалне конкуренције, бројне *on line* преваре, „отмице идентитета“, злоупотребу туђих платних картица итд. Редовна последица ових, како се у литератури називају једним именом, електронских деликата, је проузроковање штете.²

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

² Michael L. Rustad, Thomas Koenig, *Rebooting Cybertort Law*, *Washington Law Review*, Vol. 80, 2005. стр. 335.

Размотримо један хипотетички случај. Познати сајт www.s.com омогућава сваком кориснику интернета да објави жељени садржај, чинећи га доступним најширој публици. Анонимни корисник је то злоупотребио објављујући компромитујући снимак популарног певача који је у кратком периоду погледало и преузело више десетина хиљада посетилаца сајта С, услед чега је главни актер снимка претрпео материјалну и нематеријалну штету. Садржина снимка не само да вређа његова ауторска права, него нарушава и његов углед што је резултирало отказивањем неколико концерата. Поставља се питање ко је дужан да надокнади ову штету? Проблем грађанске одговорности постаје сложенији ако се има у виду бројност субјеката повезаних са настанком ове штете. Посматрајући техничку димензију случаја, ту је најпре провајдер за приступ који је омогућио штетнику везу са Интернетом; затим је ту власник сајта (предузеће С), потом провајдер на чијим се серверима налази спорни снимак; и на крају ту су бројни провајдери за приступ који су омогућили публици да погледа снимак.³ Да ли су и у којој мери, поред злонамерног корисника, одговорна и ова лица?

У раду ћемо представити правне субјекте без којих Интернет не би функционисао и њихов уговорни однос обележен специфичним обавезама и егзонерационим клаузулама. Приказаћемо критеријуме по којима је у домаћој и страног судској пракси одлучивано о одговорности провајдера и како се Закон о облигационим односима може применити у борби против штетника на Интернету.⁴ Анализираћемо Закон о електронској трговини израђен по узору на истоимену европску директиву, али са закашњењем од девет година. Испитаћемо да ли су преузета решења већ превазиђена динамичним развојем технологије која је паралелно са прогресом омогућила и доношење штете без страха од одговорности.

1. Правни субјекти у дигиталном окружењу и њихов уговорни однос

Интернет презентација (у наставку текста: сајт) представља колекцију повезаних интернет страница која може да садржи текст, звук, слике или видео записе, а којој се приступа путем јединствене интернет адресе.

За потребе овог рада, „власник сајта“ је правно или физичко лице које управља сајтом, уређује његов садржај и економски га експлоатише. Власник сајта има искључиво и апсолутно право да користи одређени интернет домен (нпр. www.google.com, www.yahoo.com, www.prafak.ni.ac.rs) зато што је регистровао име домена при надлежним домаћим и међународним телима. Име домена је назив који омогућује корисницима интернета лак приступ жељеном

³ Провајдер је правни субјект који пружа услуге информационог друштва, чл. 3. ст. 4. Закона о електронској трговини („Сл. гласник РС”, бр. 41/2009).

⁴ Закон о облигационим односима («Сл. лист СФРЈ», бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, «Сл. лист СРЈ», бр. 31/93 и «Сл. лист СЦГ», бр. 1/2003 - Уставна повеља).

сајту и представља важан капитал.⁵ Главни циљ власника комерцијалних сајтова је повећање посећености сајта јер она доноси профит.

Појам „пружалац интернет услуга“ (у наставку текста: провајдер) је врло широк и уопштен и означава све субјекте чија је основна делатност везана за Интернет. Ако је критеријум поделе главна уговорна обавеза коју имају према својим корисницима,⁶ провајдери се деле на провајдере за приступ који корисницима омогућавају везу са Интернетом и провајдере домаћине чију ћемо улогу детаљније објаснити.

Провајдер домаћин и власник сајта закључују уговор о хостингу. Провајдер се обавезује да омогући постављање сајта на свој сервер, за шта је власник сајта дужан да плати одређену накнаду.⁷ Уговорним клаузулама се прецизира да обавеза провајдера подразумева непрекидан смештај, приказивање и доступност сајта, а корисник „уговором потврђује“ да самостално врши постављање и контролу садржаја на сајту. Уговор се може посматрати као закуп виртуелног простора на интернет серверима провајдера. Провајдера домаћина можемо упоредити са закуподавцем, а власника сајта са закупцем. Будући да је предмет овог уговора електронска комуникациона услуга, на њега се примењује Закон о електронским комуникацијама, којим је прописана писмена форма,⁸ што би требало да спречи анонимност власника сајта.

Уговор о хостингу, који се сврстава у уговоре по приступу, карактерише искључење одговорности провајдера. Ради илустрације парафразираћемо неке клаузуле из домаће пословне праксе: „Провајдер ни на који начин не одговара за садржину, изглед, намену и функционисање интернет презентације корисника“; „Корисник је одговоран за целокупан садржај презентације и у потпуности сноси сву материјалну и кривичну одговорност која произилази из њене употребе као и за сав генерисани долазни и одлазни саобраћај.“ Са друге стране, „Корисник је

5 У недостаку бољег, користимо термин „власник сајта“ иако није најадекватнији: сајт није ствар, па не може бити ни објект својине. Да би једно лице полагало право на одређено име, односно било власник сајта, оно мора бити регистровано код Интернет корпорације за додељивање имена и бројева (*ICANN*), надлежне за координацију система који осигурава да интернет сајтови имају јединствена имена као и да сви корисници интернета могу да приступе валидним адресама. Више: Михајло Цветковић, *Online решавање спорова као облик медијације у грађанским стварима*, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем РС, 2010, стр. 201-224.

6 Broder Kleinschmidt, *An International Comparison of ISP's Liabilities for Unlawful Third Party Content*, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 18 No. 4, Oxford University Press, 2010, стр. 333.

7 Интернет сервер је рачунар са свим ресурсима (простор на хард диску, меморија, интернет линк и слично) који је у сталној вези с Интернетом.

8 Чл. 4. ст. 10. и чл. 105. Закона о Електронским комуникацијама, «Сл. гласник РС», бр. 44/2010.

одговоран за сваку штету коју евентуално претрпи провајдер услед недозвољеног садржаја презентације.⁹

2. Примена Закона о облигационим односима и домаћа судска пракса

Вратимо се нашем хипотетичком примеру. Уколико оштећени жели тужбом да обухвати и провајдере, могао би се позвати на одредбе Закона о облигационим односима које уређују одговорност више лица за исту штету. По члану 206. ЗОО солидарно одговарају: лица која су штету проузроковала заједно; лица која су је проузроковала радећи независно једно од другог ако се не могу утврдити њихови удели у проузрокованој штети; лица која су на неки начин међусобно повезана, а не може се утврдити које је од њих штету проузроковало, али је несумњиво да је неко од њих. Овакво резонување је прихватљиво. Штетник, власник сајта и сви поменути провајдери радили су заједно; њихове уделе је немогуће утврдити; власник сајта и провајдер домаћин повезани су уговором о хостингу. Са друге стране, да ли провајдери треба да одговарају чак и када нема њихове кривице?

На слично питање одговор је дала домаћа судска пракса 2006. године, дакле пре ступања на снагу Закона о електронској трговини. Околности случаја су следеће: на сајту www.nn.rs су се рекламирали и неовлашћено нудили за преузимање актуелни филмски хитови чиме је оштећен тужилац, титулар ексклузивног права дистрибуције у Републици Србији. Тужбом за накнаду штете у виду измакле користи обухваћени су власник сајта НН и провајдер домаћин као давалац услуга хостинга.¹⁰

Суд је пресудио да интернет провајдер није одговоран за садржај сајта, већ је за исти одговоран сам власник сајта као корисник услуга - о којем се при закључењу сваког појединачног уговора узимају сви детаљни подаци у циљу означавања одговорног лица. Пресуда је образложена следећим аргументима: 1) Друготужени, провајдер, сагласно позитивним законским прописима није у обавези, нити има право да проверава да ли је неко лице приликом закључивања уговора о хостингу доставило праве или лажне податке; 2) Провајдер нема право да контролише садржину сајта; 3) С обзиром да је друготужени један од водећих провајдера у нашој земљи, није у могућности да контролише све своје кориснике (њих 7000), будући да је то физички неизводљиво; 4) Друготужени у конкретном случају није уређивао спорни сајт односно његову садржину и

9 У истраживању коришћени уговори доступни на сајтовима провајдера Еунет и Сезампро.

10 Повреда ауторског права и одговорност провајдера као даваоца услуга за садржај сајта, из пресуде Вишег трговинског суда, Пж. 2258/06 од 21.12.2006. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2007, стр. 85.

оглашавао продају спорног материјала већ је то чинио првотужени. Сумирано, провајдер домаћин није одговоран, зато што није крив. Образложење пресуде било би много краће, да су у време њеног доношења постојали домаћи прописи о искључењу одговорности провајдера, које ћемо анализирати у наставку рада.

3. Законско искључење одговорности провајдера у праву Србије и ЕУ

Питање одговорности пружаоца интернет услуга регулисано је Законом о електронској трговини израђеном по узору на Директиву о електронској трговини (у наставку текста: Директива 2000/31).¹¹ Циљ ових прописа је унапређење *on line* пословања и повећање правне сигурности уз истовремено гарантовање слободног протока информација. Искључење одговорности се односи само на техничке поступке са подацима које је на мрежу поставило треће лице (корисник) и важи за све видове одговорности: кривичну, грађанску и прекршајну. Наведени законски акти не утичу на одговорност лица које је недопуштен садржај „објавило“.¹² Већина држава чланица ЕУ имплементирала је одредбе о одговорности дословно,¹³ а неке државе су прошириле активности за које се не одговара (нпр. за постављање линкова или претраживање). *Ratio legis* се налази у ставу да провајдери врше важну привредну функцију као и да ограничење одговорности доприноси сарадњи провајдера и оштећеног у борби против пиратерије и повреде права.¹⁴

Прописи искључују одговорност провајдера за пренос, привремено и трајно складиштење противправног садржаја.¹⁵ Иако су судови пре ступања Директиве 2000/31 на снагу разликовали провајдере за приступ од провајдера

11 Пун назив: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

12 Званични извештај: *First Report on the application of Directive 2000/31/EC*, стр. 12. Доступно на: www.europa.eu.

13 *First Report on the application of Directive 2000/31/EC*, стр. 13.

14 Рудић-Димић Љиљана, *Интернет, електронска трговина и одговорност Интернет сервис провајдера*, Право и привреда, 2010, бр. 4-6, стр. 542.

15 Домаћи законодавац начинио је, по нашем мишљењу, пар техничких и језичких пропуста. Наслов IV одсека Закона о електронској трговини „Одговорност пружаоца услуга“ је преширок. Норме које су обухваћене овим насловом не говоре о одговорности већ о њеном искључењу. Поред тога оне не важе за све „пружаоце услуга“ већ само за „посреднике“ тј. провајдере (видети наслов одсека IV Директиве 2000/31). Даље, чл. 16. носи наслов „искључење одговорности“, иако се односи само на пренос података, а искључење одговорности предвиђено је и члановима 17, 18. и 19. У чл. 16. се помињу „поруке“, а заправо се мисли на податке. Најзад, норме формулисане по обрасцу „пружалац није одговоран ... ако није ...“, (видети чл. 16, 17, 18, 19) звуче као лоше преведен текст.

домаћина,¹⁶ норме су формулисане тако да је важније које активности провајдер предузима него у коју врсту спада. Ради бољег разумевања услова за искључење одговорности, напомињемо да се сви садржаји, без обзира на врсту (слика, звук, снимак, текст) преносе Интернетом у облику података (електронском/ дигиталном облику). Правила о су следећа:

1) Обичан пренос (енгл. *mere conduit*). Провајдер није одговоран за пренос и упућивање садржаја који потиче од корисника под условом да није: иницирао пренос, селектовао или мењао податке, одабрао примаоца.¹⁷ Обичан пренос врше провајдери за приступ. Одштетни захтеви против њих су ретки у упоредној судској пракси.¹⁸ Провајдери који преносе податке не одговарају за њихов садржај, као што ни класична поштанска служба не одговара за садржину пошиљки чак и када је реч о разгледници коју може да прочита.¹⁹

2) Привремено складиштење (енгл. *caching*). Нема одговорности провајдера за привремено складиштење података које је у систем унео корисник, ако оно служи за ефикасније функционисање мреже под условом да није мењао податке као и да је поштовао важеће индустријске стандарде о приступу, ажурурању и прикупљању података.²⁰ Провајдер је дужан да уклони ускладиштене податке одмах након сазнања да су они уклоњени са првобитног „изворишта“, односно да је суд или други надлежни орган наредио уклањање односно онемогућавање приступа подацима. Провајдере који врше привремено складиштење можемо упоредити са путарима, њихова улога је одржавање информационе инфраструктуре. Пракса је показала да је ово правило „мртво слово на папиру“, највероватније зато што је тешко утврдити пут података који неретко обиђу целу планету.

3) Трајно складиштење (енгл. *hosting*). Провајдер није одговоран за складиштење садржаја, који потиче од корисника, ако није знао нити је могао знати за недопуштено деловање корисника или садржај података и ако је одмах након сазнања о томе податке уклонио.²¹ Искључење не важи у случајевима када је корисник на било који начин зависан од провајдера (нпр. повезана привредна друштва). Из описаног уговора о хостингу види се да је трајно складиштење

16 Видоје Спасић, *Осврт на одговорност интернет сервис провајдера (ИСП) у међународном и упоредном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2007, бр. 50, стр. 108-109.

17 Чл. 16. Закона о електронској трговини, чл. 12. Директиве 2000/31.

18 Група аутора, *Study on the liability of internet intermediaries*, ULYS, University of Göttingen, University of Salerno, 2007, стр. 13.

19 Златко Стефановић, *Коментар закона о електронској трговини са аспекта облигационих односа*, e-Press, бр. 2009/ 306, стр. 2.

20 Чл. 17. Закона о електронској трговини, чл. 13. Директиве 2000/31.

21 Чл. 18. Закона о електронској трговини, чл. 14. Директиве 2000/31.

података обавеза провајдера домаћина. Он је по положају сличан оставопримцу или складиштару, али нема никакву обавезу враћања.

За разлику од Директиве 2000/31, Закон о електронској трговини садржи и посебан члан који се односи на интернет линкове. Провајдер није одговоран ако је посредством електронског упућивања омогућио приступ подацима другог лица под условом да није знао нити је могао знати за недопуштено деловање или садржај података и ако је одмах након сазнања о томе линк уклонио.

Провајдер је дужан да обавести надлежни државни орган ако основано сумња да корисник његове услуге предузима недопуштене активности, али нема обавезу сарадње са оштећеним. Једино на основу одговарајућег судског, односно управног акта он је дужан да предочи све податке на основу којих се може предузети заштита права трећих лица.²² Објашњење оваквог решења налази се у заштити приватности, макар и штетникове. Провајдер поседује податке о штетној радњи, слично као што телефонски оператер има податке о узнемирујућим позивима (нпр. локација штетника, време штетне радње, као и податке на основу којих се може утврдити износ штете – колико је пута недопуштен садржај преузет или колику је публику имао).²³

4. Анализа прописа о искључењу одговорности провајдера

Ако сумирамо горе наведена правила, одговорност провајдера зависи од следећих чињеница: 1) да ли је садржај недопуштен; 2) да ли је провајдер имао сазнање о недопуштеном деловању корисника и садржају података; 3) да ли је он одмах након сазнања о томе уклонио/онеомгућио приступ подацима.

1) Недопуштеност садржаја. Док закон уопштено дефинише „недопуштен податак“ тј. недопуштен садржај као информацију, поруку и документ који је у супротности са прописима и моралом или који је законом одређен као поверљив,²⁴ уговори из домаће пословне праксе су детаљнији. Садржај се сматра недопуштеним нарочито: уколико угрожава или вређа нечија лична права; супротан је добрим пословним обичајима и правилима о заштити потрошача; уколико се њиме врши дело нелојалне конкуренције или повреда ауторског права и права индустријске својине.²⁵

Поједини садржаји се могу окарактерисати као очигледно недопуштени. Таквим се сматра садржај који би свако просечно лице, које није правник, без детаљне истраге тако назвало (нпр. педофилија, порнографија, расистички или антисемитски садржаји, негирање ратних злочина). Провајдери не могу

22 Чл. 20. Закона о електронској трговини.

23 Лог фајл садржи податке о свим догађајима везаним за сајт корисника. Michael L. Rustad, Thomas Koenig, *op.cit.* стр. 386.

24 Чл. 3. Закона о електронској трговини.

25 Уговори у целини доступни на сајтовима провајдера Еунет и Сезампро.

оспоравати противправност таквих садржаја. Француски судови сматрају да повреде приватности не представљају случајеве „који су сами по себи очигледно недопуштени“.²⁶

2) Сазнање о недопуштеном деловању корисника и садржају података. Провајдер, као технички посредник, не може се стављати у улогу судије који процењује противправност. Иако је понекад лако утврдити да је одређена активност недопуштена, постоје случајеви компликовани и за правнике (нпр. повреда ауторског права). Сличне тешкоће, имајућу у виду прокламовану слободу говора, јављају се и када су угрожена права личности. При оцени да ли је провајдер имао сазнање о недопуштеном садржају примењују се општи правни стандарди, али се мора узети у обзир да провајдер није дужан да прегледа податке које је складиштио, пренео или учинио доступним, односно да испитује околности које би упућивале на недопуштено деловање корисника.²⁷ Установљавање тих обавеза знатно би оптеретило провајдере и повећало цене њихових услуга.

Постављају се питања колики је минимални ниво знања о недопуштеном садржају да би постојала одговорност и колико пажње провајдер дугује? По Немачкој судској пракси, нескривљено незнање довољно је за искључење одговорности. Сазнање постоји ако провајдер тачно зна локацију спорних података тако да може само њих да блокира. Уопштена информација да су спорни подаци постављени на сервер није „сазнање“.²⁸ Ако провајдер зна за постојање податка то не имплицира и сазнање о њиховој противправности. Податке у облику фајлова који се налазе у меморији рачунара можемо упоредити са затвореном књигом, корисник се упознаје са садржином тек када их „отвори“.

По Немачком праву провајдер домаћин не одговара ако нема сазнање о чињеницама и околностима из којих је очигледно да су садржај или понашање корисника недопуштени.²⁹ Другим речима, одговара само ако је поступао са грубом непажњом која се претпоставља искључиво ако је повреда очигледна. У Чешком и Словачком праву провајдер такође одговара само за грубу непажњу.³⁰ Из формулације коју користи наш законодавац „није знао нити је могао знати“, следи да и у нашем праву провајдер одговара за грубу непажњу, и наравно теже облике кривице.³¹

3) Обавеза уклањања садржаја. Провајдер који је сазнао за недозвољен садржај дужан је да га хитно уклони, иначе ће одговорати за штету. Поступак

26 Група аутора, *op.cit.* стр. 39.

27 Чл. 20. Закона о електронској трговини, чл. 15. Директиве 2000/31.

28 Група аутора, *op.cit.* стр. 37.

29 Немачки закон: Telemediengesetz (TMG), 2007, чл. 10.

30 Група аутора, *op.cit.* стр. 40.

31 Златко Стефановић, *op.cit.* стр. 2.

обавештавања о недопуштеном садржају и његово уклањање није уређен Директивом 2000/31 већ је то питање остављено државама чланицама.³² У нашем Закону нема одредби о овом важном питању што свакако треба исправити како би се избегла уговорна одговорност провајдера према власнику блокираног сајта. У упоредном праву обавештавање провајдера и уклањање садржаја различито су уређени. У неким државама и обично писмо обавезује на блокаду спорног садржаја док се у другим захтевају строжи услови у погледу форме.

Међу државе где се не тражи посебна форма сврставају се Холандија и Немачка. Немачка судска пракса сматра да је довољна опомена после које провајдер не може побијати сазнање о недозвољеном садржају. Штавише, он сноси и трошкове опомене (нпр. уколико је оштећени ангажовао адвоката да је упутити).³³ Провајдер је дужан да реагује чак и на неосноване притужбе па је могућност злоупотребе велика. Лажне „жртве“ то користе за уклањање садржаја конкурента или ривала. Ради доказивања слабости оваквог решења, једна холандска невладина организација спровела је експеримент тако што је на десет различитих сајтова објавила дело познатог холандског писца настало 1871. године, очигледно „слободно“ у смислу ауторског права. Иста организација је наредног дана послала провајдерима домаћинима лажну притужбу представљајући се као носилац ауторских права захтевајући да се садржај уклони. У року од неколико сати 7 од 10 провајдера је поступило по притужби.³⁴

У Шпанији и Италији је неопходно да провајдер буде опоменут од стране надлежног органа.³⁵ Овакво решење није прихватљиво тамо где су државни органи нефикасни. У Француској су законом прописани елементи опомене: датум, подаци о пошиљаоцу, подаци о примаоцу, опис спорног садржаја и његова локација, као и разлози због којих садржај мора бити уклоњен.³⁶ У Финској и Литванији оштећени о повреди обавештава провајдера који промптно повлачи спорне податке са мреже и о томе обавештава лице које их је објавило како би оно одговорило на притужбу.³⁷

32 То је тзв. „notice and take down“ процедура.

33 Група аутора, *op.cit.* стр. 42.

34 Michael L. Rustad, Thomas Koenig, *op.cit.* стр. 394.

35 За Шпанију видети: Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, 2002, чл. 16.1 (б); За Италију: Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, 2003, чл. 15. и 16.

36 Француски закон: Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, чл. 6-I-5.

37 Група аутора, *op.cit.* стр. 16-17.

5. Захтев да се уклони опасност штете и престане са повредом права

Закон о облигационим односима прописује да свако може захтевати од другог да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета, као и да се уздржи од делатности од које произилази узнемиравање или опасност штете. Суд ће на захтев заинтересованог лица наредити да се предузму одговарајуће мере за спречавање настанка штете. Оштећеном такође стоји на располагању захтев да се престане са повредом права личности.³⁸ Захтев за издавање налога независан је од захтева за надокнаду штете.

Поставља се питање да ли су провајдери заштићени од налога, као што су заштићени и од одговорности за штету? Аустријски Врховни суд заузео је став да имунитет не важи за налоге.³⁹ У немачком праву, захваљујући доктрини проширене одговорности *Störerhaftung*, налози могу бити уперени не само против непосредних штетника, већ се могу односити и на саучеснике, помагаче, као и лица која су каузално допринела настанку штете под условом да су правно и фактички у стању да повреду спрече. Ипак, њихова одговорност за штету постоји тек ако имају обавезу да штите право трећег.

Пошто је више субјеката у положају да блокира недопуштени садржај, отвара се проблем супсидијарности. Да ли захтев треба најпре уперити против корисника који је садржај „објавио“ (непосредног штетника), па тек ако је тај покушај неуспешан захтевати налог против провајдера. Немачки федерални суд заузео је став да није потребно да оштећени тужи најпре злонамерног корисника већ може одмах од суда захтевати налог против провајдера.⁴⁰

Судски налози за уклањање или блокирање садржаја чији су адресати провајдери врло су заступљени у упоредној судској пракси. Најчешће се уклањању клеветничке поруке или фотографије оштећених. При томе судови нарочито воде рачуна о посебним околностима конкретног случаја. Тако је нпр. Аустријски Врховни суд издао налог против провајдера на чијем је Интернет форуму анонимно лице изнело клеветничке поруке, пошто није могао издати налог непознатом. Немачки федерални суд процењује обим мера које се налажу провајдеру узимајући у обзир да ли се ради о профитном или некомерцијалном сајту.⁴¹

38 Чл. 156. и 157. ЗОО. Специфичност нашег права је што оно пружа заштиту и пре настанка штете. У том случају се заинтересованом лицу обезбеђују превентивне мере. Наведене норме нису ограничене само на имисије већ уопштено захватају сваку штету која прети. Коментар Закона о облигационим односима, редактори: Б. Благојевић, В. Круљ, Београд, 1983, стр. 543. и 545.

39 Видети ст. 45. преамбуле Директиве 2000/31. Више о томе: AU2. – HG Wien, 21/6/2006, 18 Cg 67/05, доступно на: http://www.internet4jurists.at/entscheidungen/hg67_05w.pdf.

40 Одлука BGH, 27.03.2007 - VI ZR 101/06, доступно на: www.dejure.org.

41 Група аутора, *op.cit.* стр. 59-60.

Правно дејство налога је различито: у неким држава они представљају само привремену меру, док у другим штите и од повреда у будућности. Илустративна је често цитирана одлука Немачког федералног суда у случају *Rolex* против *Ebay*.⁴² *Ebay* је сајт који омогућује заинтересованим лицима купопродају различите робе, а профит стиче продајом рекламног простора и наплаћивањем својих услуга продавцима. *Ebay* није власник робе која се нуди нити је продавац или његов заступник па не одговара за правне и материјалне недостатке продатих ствари. Сајт омогућава претраживање производа, поређење цена и карактеристика, даје информације о бонитету потенцијалних продаваца и купаца. Извесни продавац је преко *Ebay* продавао реплике Ролекс сатова и рекламирао их користећи Ролексов заштитни знак. Ролекс је поднео тужбу против продавца због повреде права индустријске својине, али и против *Ebay* зато што је омогућио продају. Тужбом је захтевано не само уклањање спорног садржаја, већ и да *Ebay* спречи будуће злоупотребе. Суд је, позивајући се на националне прописе који имплементирају чл. 14. Директиве 2000/31 одлучио да *Ebay* није одговоран за штету, али је дужан не само да уклони спорни садржај већ и да предузме мере које су технички изводљиве и „економски разуме“ како би се спречило понављање повреде.⁴³

6. Превазиђеност постојећег законског оквира

Последњих пар година Интернет је значајно измењен. Појавили су се сајтови где свако заинтересовано лице може постављати садржај који жели, без икаквих трошкова и техничких потешкоћа. Корисници масовно постављају фотографије, снимке, музику, текстове па су такозвани *web 2.0* сајтови постали најпосећенији и најпрофитабилнији.⁴⁴ Тако се на Интернету појавио садржај који су створили „обични“ корисници (енгл. *user generated content*, у наставку „кориснички садржај“), али је истовремено отворена пандорина кутија анонимног наношења штете.

Власници сајтова су врло заинтересовани за кориснички садржај - њиме се повећава посећеност, а самим тим расту и приходи од рекламирања. Поред тога, пратећи активности бројних посетилаца, власник сајта долази до вредних тржишних информација које продаје трећим лицима остварујући додатни

42 Случај *Rolex v Ebay/Ricardo (Internet Auction I)*, BGH 11.03.2004, I ZR 304/01.

43 Broder Kleinschmidt, op.cit. стр. 346.

44 Друштвена мрежа *Facebook* има 750 милиона активних корисника, од којих око 2 милиона у Србији (17. место у Европи). Преко сајта се месечно размени 30 милијарди фотографија, снимака, песама и текстова. Компанија која има само 2000 запослених остварила је 2010. профит од 800 милиона УСД.

профит.⁴⁵ Из разлога што експлоатишу кориснички садржај, ови сајтови (тј. њихови власници) се називају провајдерима садржаја.⁴⁶

Провајдер садржаја има сличну улогу као провајдер домаћин. Оно што провајдер домаћин нуди власнику сајта, провајдер садржаја нуди сваком заинтересованом лицу кроз неформалан однос без накнаде. Услуга провајдера садржаја је бесплатна, тако да њему прави идентитет корисника није важан. Регистрација корисника лажним подацима сасвим је уобичајена. Довољно је да корисник прихвати опште услове провајдера садржаја и тиме добија активну улогу на интернету. У општим условима редовне су клаузуле о ослобађању провајдера од било какве одговорности. Навешћемо неке примере: „Провајдер није одговоран за штету која настане коришћењем његових услуга, чак и када је упозорен на могућност штете. Провајдер задржава право одлучивања да ли је послат садржај у складу са Општим условима коришћења сајта којима је забрањено вређање ауторских права, слање порнографског или увредљивог материјала, и овлашћен је да уклони такве садржаје без претходног обавештавања, у било време, по својој дискрецији.”⁴⁷ Да би се додатно заштитили, провајдери садржаја омогућавају посетиоцима сајта да означе одређени садржај као увредљив или недопуштен. У неким случајевима то је уговорна обавеза посетилаца сајта.⁴⁸

Имајући у виду описане промене на Интернету, отвара се питање примене прописа о искључењу одговорности. У смислу поменутих прописа искључење одговорности се односи само на техничке, аутоматске активности пасивног карактера што даље имплицира непостојање сазнања о подацима који се преносе или складиште.⁴⁹ Гледајући ствари из техничког угла, провајдер садржаја има мање „физичког контакта“ са недопуштеним садржајем него остали провајдери. Он најчешће не поседује значајне хардверске капацитете, већ напротив и сам користи услуге бројних провајдера домаћина. Његов најважнији капитал, а то су име сајта и напредни софтвер за обраду корисничког садржаја, није одређен. Са друге стране, понекад провајдери садржаја сами „хостују“ свој сајт што додатно компликује формулисање генералних закључака о одговорности.

45 То су нпр. подаци о популарности производа у одређеној старосној групи, или о томе које услуге преферирају купци одређеног тржишта, или колика је потражња за одређеном робом итд.

46 Провајдери садржаја су најчешће специјализовани за одређену врсту материјала (нпр. *Youtube.com* је место за снимке, *Flickr.com* за фотографије, *Blogger.com* за текстове, *Facebook.com* за личне податке.)

47 Видети „Опште услова пружања услуге“ познатих провајдера садржаја *Myspace.com* и *Youtube.com*.

48 Natali Helberger et al., *Legal Aspects of User Created Content*, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2009, стр. 43.

49 Види ст. 42. преамбуле Директиве 2000/31.

Дилеме нема када провајдер садржаја активно надзире и бира кориснички садржај пре „постављања“ на сајт. Пошто његова улога није само техничке природе, одговорност није искључена.⁵⁰ Сајтови који кориснички садржај представљају као свој такође нису изузети од одговорности.⁵¹ Ипак, судска пракса се сусреће са много компликованијим проблемима, што се може видети из следећег случаја. Године 2006. на италијанској верзији сајта *Google Videos* појавио се снимак како тројица студената злостављају и вређају особу са посебним потребама пред већим бројем пасивних посматрача од којих је неко снимио инцидент мобилним телефоном. Снимак у трајању од три минута погледало је много људи, а преузет је чак 5000 пута. У једном тренутку постао је најпопуларнији у категорији „забавни снимци“ упркос томе што се види да је жртва слабовида аутистична особа оштећеног слуха. Посетиоци сајта различито су коментарисали инцидент, а неки су послали електронску пошту уредницима сајта захтевајући да се снимак уклони. То је учињено тек на захтев полиције коју је о свему обавестио савесни грађанин, тако да је снимак остао на сајту скоро два месеца.⁵²

Јавни тужилац је покренуо поступак против руководиоца сајта због клевете и повреде прописа о заштити личних података. Суд у Милану је 2010. године ослободио окривљене оптужбе за клевету, али их је осудио због повреде приватности. Оштећени и *Google* постигли су вансудски споразум о надокнади штете. Аргументи учесника у судском поступку, иако се ради о кривичној ствари, расветљавају и проблем грађанске одговорности провајдера. Правило је, наиме, да правоснажна кривична пресуда везује парнични суд.⁵³ Ако је неко крив у кривичноправном, сигурно је крив и у грађанскоправном смислу.⁵⁴

Тужилац је тврдио како је неморално ослободити *Google* одговорности за штету нанету невиној жртви вршењем комерцијалне активности која је само у 2009. години донела приход од 22 милијарде америчких долара, као и да је *Google* имао техничке могућности да контролише садржај који шаљу корисници сајта, што није учинио да би смањιο трошкове и тиме увећао профит, привлачећи широку публику простим и увредљивим материјалом. *Google* се бранио аргументом како није обавезан да спречи постављање увредљивог садржаја

50 Nicolas Jondet, *The silver lining in Dailymotion's copyright cloud*, Juriscom.net, 2008, стр. 8-11.

51 Timothy Pinto et. al., *Liability of Online Publishers for User Generated Content: A European Perspective*, *Communications Lawyer*, Volume 27, 2010, стр. 8.

52 Giovanni Sartor, *The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents*, *International Journal of Law and Information Technology* Vol. 18 No. 4, Oxford University Press, 2010, стр. 556.

53 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, стр. 473.

54 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 190.

као и да се искључење одговорности, прописано за провајдере домаћине, односи и на њега.

Тако је отворено кључно питање: да ли провајдери садржаја уживају исту заштиту као провајдери домаћини? Да ли се провајдер садржаја може третирати као провајдер домаћин ако омогућава слање садржаја, његову припрему, накнадну дистрибуцију, индексирање ради лакшег приступања и повезивање са оглашивачима, а све то због профита?⁵⁵ Питање кривице је нарочито тешко зато што је утврђивање чињенице да ли је *Google* знао за недопуштено садржаја врло компликовано. Наиме, иза комерцијалног успеха провајдера садржаја налази се тзв. „циљно рекламирање“ (нпр. док посетилац сајта гледа снимак пса, на монитору се истовремено приказују рекламе производа за псе). Самим тим могло би се закључити да увек постоји сазнање провајдера о објављеном садржају. Међутим, повезивање снимка са адекватном рекламом не врши човек, већ софтвер који не „разуме“ контекст снимка (нпр. да ли се на снимку пас хладнокрвно убија или безазлено храни).⁵⁶ Однос људског и „виртуелног сазнања“ врло је компликован, али правно релевантан.⁵⁷

Суд је закључио да је *Google* више од обичног провајдера домаћина, зато што је од њега активнији. Укључивање снимка у садржај сајта и његова накнадна доступност није последица искључиво активности корисника већ и оптуженог.⁵⁸ Зато се искључење одговорности предвиђено Директивом 2000/31 не може применити на овај случај. Суд је узео у обзир чињеницу да *Google* стимулише слање снимака и промовише их без икакве контроле у циљу савладавања конкуренције. *Google* је знао да таква пословна политика води ка дистрибуцији недопуштеног садржаја, на шта је пристао због профита.⁵⁹ Постоји, дакле *dolus eventualis*.

Поставља се питање да ли се на провајдере садржаја, због њихове сличности са јавним гласилима, могу применити прописи о јавном информисању који садрже посебне одредбе о надокнади штете. Провајдери садржаја, исто као средства јавног информисања, помоћу речи, слике или звука објављују идеје, информације и мишљења намењена јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника.⁶⁰ Европски и национални прописи налажу јавним гласилима обавезу да воде рачуна о допуштености објављеног садржаја чак и када он

55 Giovanni Sartor, *op.cit.* стр. 371.

56 Поступак је много софистициранији него што смо овде описали, али то превазилази тему овог рада.

57 Група аутора, *op.cit.* стр. 36.

58 Giovanni Sartor, *op.cit.* стр. 361.

59 *Ibid.*, стр. 370.

60 Закон о јавном информисању, («Сл. гласник РС», бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 - одлука УС и 41/2011 - одлука УС), чл. 11, са посебним одредбама о надокнади штете чл. 79-90.

није произведен и дистрибуиран под њиховом уређивачком контролом.⁶¹ Традиционално право сматра издаваче/емитере одговорним за објављени садржај, без обзира што он потиче од трећих лица. Класичним медијима прописи налажу разна ограничења: објављивање „говора мржње“ је забрањено; садржај јавног гласила и начин дистрибуције не смеју шкодити развоју малолетника; малолетник се не сме учинити препознатљивим; информације из приватног живота и лични записи објављују се само уз дозволу, оштећени има право на исправку или објављивање одговора итд.⁶² Провајдери садржаја имају већи потенцијал и у будућности сигурно ширу публику од класичних медија, али нису оптерећени сличним обавезама. Зато у правној литератури постоји залагање да се повећа одговорност провајдера садржаја чиме би се они по положају приближили издавачима.⁶³ Међутим, страни судови, везани законским формулацијама, овакво становиште не прихватају.⁶⁴ Са друге стране, на домаће провајдере садржаја, уколико представљају електронска издања јавних гласила, примењује се Закон о јавном информисању.⁶⁵

ЗАКЉУЧАК

Прописи о искључењу одговорности провајдера умањили су правну несигурност у случајевима проузроковања штете злоупотребом могућности које Интернет пружа. Провајдер не одговара за пренос, привремено и трајно складиштење података као и постављање линкова ка недопуштеном садржају, али само под строгим условима који су различити за сваку од ових активности. У принципу, провајдер неће одговарати ако: 1) су његове активности искључиво техничког карактера; 2) он нема сазнање о недопуштеном садржају, односно штетном деловању корисника; 3) одмах након сазнања о томе промптно реагује у циљу отклањања повреде права.

Искључење одговорности не важи за судске налоге тако да провајдери, на захтев оштећеног, могу бити обавезни да предузму одговарајуће мере за спречавање настанка штете односно уклањање њеног узрока. Будући да је више провајдера у положају да уклони или блокира недопуштен садржај, адресат налога треба да буде провајдер који ће га у конкретном случају најефикасније испунити.⁶⁶ Ако налог обавезује провајдера да спречи понављање повреде,

61 Natali Helberger et al., *op.cit.* стр. 39.

62 Закон о јавном информисању, чл. 38, 41, 43, 47.

63 Thorsten Feldmann, *Comment on the decision of the Regional Appeal Court Hamburg, 22.08.2006, No. 7U50/06, Multimedia und Recht*, бр. 11/2006, стр. 746. и 748.

64 Nicolas Jondet, *op.cit.* стр. 3.

65 Видети чл. 11. Закона о јавном информисању.

66 Најчешће је то провајдер домаћин. Али ако је он у иностранству, онда адресат налога може бити и провајдер за приступ.

онда се фактички намеће обавеза контроле садржаја што је у супротности са законским правилом да провајдер није дужан да прегледа податке које је складиштио, пренео или учинио доступним, односно да испитује околности које би упућивале на недопуштено деловање корисника. Са друге стране, такви налази били би најделотворнији.

Наше право не регулише поступак обавештавања провајдера о недопуштеном садржају и његово уклањање, што свакако треба исправити како би се избегла уговорна одговорност провајдера према власницима сајтова које су блокирали. Правила треба конципирати тако да се отклони опасност лажних притужби, уз могућност „одговора на притужбу“. Државне органе, с обзиром на њихову неажурност, је боље изоставити из овог поступка.

Уговор о хостингу, као и опште услове пословања провајдера садржаја карактеришу клаузуле о искључењу одговорности провајдера не само према корисницима њихових услуга већ и према трећим лицима. Напомињемо да није могуће искључити одговорност према лицима која нису уговарачи. Штавише, овакве клаузуле су у супротности са прописом да провајдер не одговара само ако није знао за недопуштен садржај или деловање.

Закон о електронској трговини усклађен је са Директивом 2000/31, али са кашњењем од девет година. У међувремену, Интернет се драстично променио. Провајдери садржаја бесплатно нуде најширем кругу лица активно присуство на мрежи какво су пре пар година имали искључиво власници сајтова. Кориснички садржај постао је доминантан што се лако може злоупотребити за анонимно наношење штете повредом грађанских субјективних права.

На питање да ли искључење одговорности важи за провајдере садржаја не може се одговорити уопштено, јер то зависи од њихове пословне праксе. Постојећи прописи нису од велике помоћи, зато што у доба њиховог ступања на снагу, а овде мислимо на Директиву 2000/31, провајдери садржаја нису имали данашњи утицај и значај. Позитивни закони заправо стимулишу избегавање уређивачке контроле и то провајдерима садржаја одговара јер њено одсуство умањује одговорност, у исти мах чинећи сајтове атрактивнијим.

У стручној литератури критикује се постојеће стање, и захтева се не само уклањање недопуштеног садржаја већ и превентивно деловање, као и предузимање техничких мера како се иста или слична повреда не би поновила.⁶⁷ Са друге стране, Савет Европе упозорава да „филтрирање података“ не сме угрозити слободу говора или приватност.⁶⁸

Аргументи за оштрији режим одговорности су бројни. Непосредни извршилац штетне радње је често недоступан (зато што је у иностранству или

⁶⁷ Natali Helberger et al, *op.cit.* стр. 47.

⁶⁸ Оригинални извор: Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters.

анониман). Одговорност провајдера садржаја олакшала би идентификацију одговорног лица и повећала би извесност наплате. Провајдер садржаја експлоатише кориснички садржај, али за њега не одговара. Зашто максима *cuius commoda eius et incommoda* не би важила и у дигиталном друштву? Провајдер садржаја је у најбољем положају да спречи настанак штете (за разлику од осталих провајдера, он може, истина уз трошкове, да надгледа садржај). Провајдери нису више „нејач у повоју“, тако да посебна заштита није оправдана.⁶⁹

У проналажењу праве мере одговорности мора се размотрити и један супротан аргумент. Интернет је инфраструктура преко које људи комуницирају и упуштају се у економске активности, али и више од тога. Постао је место где се потврђује индивидуалност, формира јавно мњење, комуницира са пријатељима и странцима, задовољавају културне потребе, учествује у друштвеним и политичким расправама. Строжи режим одговорности провајдера садржаја претпоставља и право на контролу. Сваки потенцијално недопуштен садржај био би блокиран услед страха од одговорности, а Интернет чија је највећа предност отвореност, добио би цензоре.

Mihajlo Cvetković, LL.B.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Liability of Internet Service Providers (Intermediaries) For User-Generated Content

Summary

In compliance with the EU Directive 2000/31/EC, the Serbian Act on Electronic Commerce (2009) explicitly lays down the limitations on the liability of intermediary service providers who offer mere conduit, caching and hosting. These provisions have been sufficient until recently. However, the advent of Web 2.0 has enabled a mass of new services and possibilities on the Internet. Users can easily upload online content that can be accessed, viewed and downloaded by other users around the globe. Certainly, some of these files include unlawful content: music videos that infringe upon copyright law, films that show pornography, music with defamatory texts, hate speech, etc. In this paper, the author explores the extent of liability of platforms that support UGC for unlawful content posted by users and discusses the need for a more contemporary regulation in this field. Citing various researched case studies and legal cases, the author highlights possible risks where traditional legal rules may be inadequate to address certain types of online activity, and discusses many legal challenges which this new frontier brings.

Key words: *damage, Internet, hosting contract, exclusion of liability, users.*

⁶⁹ Michael L. Rustad, Thomas Koenig, *op.cit.* стр. 412.

*Новак Крстић, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу*

**Приказ књиге:
Проф. др Наташа Стојановић,
НАСЛЕДНО ПРАВО,
Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2011, стр. 482**

Априла месеца 2011. године, из штампе је изашло прво издање уџбеника *Наследно право*, ауторке проф. др Наташе Стојановић, ванредне професорке на катедри за грађанскоправне науке Правног факултета Универзитета у Нишу.

Уџбеник, модерно конципиран и богато опремљен, настао је као плод готово дводеценијског искуства ауторке у раду у настави са студентима Правног факултета у Нишу, на предмету Наследно право.

Специфичним правно-позитивистичким и правно-теоријским приступом, у уџбенику се садржински и на структурно целовит начин осветљава установа наслеђивања. Користећи историјско-правни метод и пратећи генезу појединих института, уџбеник у неку руку представља и сведочанство њиховог развоја и промена до времена садашњег. У извесној мери проф. Стојановић употребљава и компаративни метод, желећи да читаоцима презентује поједине актуелне регуле из упореднога права, указујући на могућност имплементације појединих решења и у наш правни систем.

Осим што се читаоци првенствено упознају са позитивноправним решењима у домаћем законодавству из домена наследног права, наследноправни институти се и подробно теоријски обрађују, дају се неопходна појашњења, и указује на правце њиховог кориговања *de lege ferenda*. Све то употпуњено је и поткрепљено бројним примерима из судске праксе.

Указујући на различита доктринарна становишта по неким спорним питањима, ауторка неретко износи и свој суд, настојећи да га што убедљивије аргументује и образложи. У свему томе проф. Стојановић нашла је ваљану меру, те уџбеник није преоптерећен, за ову врсту публикације, непотребним дубљим, студиознијим теоријским промишљањима.

Материја је обрађена систематично и свеобухватно, презентована јасним, лако читљивим стилем. Изражавање је језгровито, концизно и прецизно – управо онакво какво је карактеристично за највеће перјанице домаће правне цивилистике.

Уџбеник у неку руку следи систематику сличних публикација из ове области водећих теоретичара наше грађанскоправне мисли, али се и у погледу

концепције самога дела, а нарочито у оригиналности презентовања материје уочава јасан печат проф. Стојановић.

На почетку књиге налази се детаљан и прегледан приказ садржаја књиге, са скраћеницама најчешће коришћених и цитираних законских текстова, које заједно са регистром појмова на крају књиге, олакшавају сналажење читалаца кроз материју. На почетку сваког *дела* дат је скраћени садржај материје која се обрађује. Модерну концепцију уџбеника употпуњују резимеи обрађене материје са контролним питањима, на крају сваке *главе*, што додатно олакшава кретање кроз штиво сваком читаоцу, а студентима значајно помаже у савладавању испитне материје. При крају књиге места су нашле 43 латинске сентенце, максиме којима су стари Латини кроз једну мисао изражавали суштину наследноправних института.

Опредељење да је код студената права неопходно развијати здраву правничку логику, те да акценат треба ставити на практичну примену стечених знања, као једног од горућих проблема едукације студената, подстакло је ауторку да учини нарочит напор и на крају сваке *главе*, тамо где је природа саме материје то допуштала, формулише практичне задатке, управо онакве са каквима ће се у животу свакодневно сусретати, који просто „оживљавају“ често сувопарно правничко штиво.

Књига је систематизована у седам целина – *делова*. Сваки *део* састоји се од неколико *глава*, а ове су, пак, подељене у мања тематска поглавља.

Први *део* насловљен је „*Увод у наследно право*“, и подељен у четири *главе*. У оквиру ове целине, којом се читаоци уводе у материју наследног права, даје се појмовно одређење наследног права у објективном и субјективном смислу, а дефинише се и „Наследно право“ као научна дисциплина; обрађују се основна питања о установи наслеђивања, њеној правној природи и социјалној улози, а пажња је посвећена и теоријским становиштима која су постојање установе наслеђивања оправдавала, односно оповргавала. Потом се теоријски обрађују основна начела нашег наследноправног уређења. Изворима наследног права ауторка је посветила нарочиту пажњу. Указујући на начине регулисања установе наслеђивања још у старом веку, од Хамурабијевог законика, ауторка прати развој ове регулативе до савременог доба, акценат ипак стављајући на позитивне прописе, као изворе наследног права, у Србији. У последњој, четвртој *глави* првога дела детаљно се анализирају основне претпоставке за наступање наслеђивања, у оквиру које су обрађени и институти: неспособност за наслеђивање, недостојност за наслеђивање и одрицање од наслеђа, као начини губитка наследничког својства.

Други *део* носи наслов „*Законско наслеђивање*“. Ова тематска целина третира најчешћи, самим тим и најзначајнији вид наслеђивања – наслеђивање које се непосредно заснива на правним чињеницама, одређеним законским нормама. Ауторка најпре указује на чињенице које су *de lege lata* одлучујуће

за конструкцију правила редовног законског наслеђивања, као што су крвно сродство, брачна веза и адоптивно сродство, али се акценат ставља и на неке друге чињенице које би *de lege ferenda* требале бити узете у обзир при регулисању законског наследног реда у нашем праву, као што су ванбрачна заједница и чињеница издржавања.

Указујући на могуће начине груписања крвних сродника, као потенцијалних законских наследника, ауторка је своју пажњу фокусира на нарочито на парентеларни систем, тачније парентелано-линеарни систем, као једну његову варијацију, који представља основу законског наслеђивања код нас, те на примену права представљања и права прираштаја.

Излагање о законским регулама о распоређивању наследника по законским наследним редовима, проф. Стојановић започиње упоредноправним приказом решења из неколико развијених европских законодавстава европско-континенталног типа, и енглеског права, као представника англосаксонске породице права. Подробно се, потом, указује на актуелна решења нашег Закона о наслеђивању о структури законских наследних редова и правилима начина расподеле заоставштине по наследним редовима, те условима за одступање од редовне поделе наслеђа у првом и другом наследном реду.

Коначно, у оквиру последње, четврте *главе* другог *дела* уџбеника указано је и на правну природу и последице постојања тзв. вакантне заоставштине – заоставштине без наследника. Оно што ће свакако допринети разумевању структуре законских наследних редова код читалаца јесу схеме наследних редова, са примерима расподеле заоставштине у сваком наследном реду и са појашњењем симбола коришћених за означавање лица у сфери законског наслеђивања, које су нашле места у овом *делу* уџбеника.

Трећи *део*, „*Нужно наслеђивање*“ тиче се једне нарочите врсте законског наслеђивања, регулисане когентним правилима. И у оквиру овог *дела*, баш као и у претходна два, материја је тематски и логички систематизована у четири подцелине, *главе*. У оквиру уводних и основних питања нужног наслеђивања ауторка се бави појмом и пореклом установе нужног дела, пратећи његову еволуцију од старог *ius civile*-а до савременог доба, те анализом диверзификованих теоријских становишта устремљених ка оправдању ове установе. Потом, проф. Стојановић даје и један прегледан приказ позитивних решења у погледу круга нужних наследника, конструкције нужних наследних редова, те величине нужних делова у правима европских земаља.

Централни *део* ове целине свакако чине питања која се тичу правне природе права на нужни *део*, круга нужних наследника, величине нужних делова, те начина израчунавања вредности нужног дела сваког нужног наследника у праву Републике Србије. Ауторка зналачки, мисаоно јасно и језички прецизно води читаоца кроз ову, нарочито за студенте права недовољно јасну материју, настојећи да расветли многа спорна питања која се код нужног наслеђивања

често јављају. У оквиру треће *главе* излажу се институти искључење из наслеђа и лишење права на нужни део, онако како их је наш законодавац видео, уз једну аргументовану критичку анализу појединих законских решења.

Нарочито значајном видимо четврту *главу*, у оквиру које ауторка детаљно, подробно, уз навођење адекватних примера, указује на процесна средства која, у зависности од околности конкретног случаја, могу бити на располагању нужним наследницима за остваривање и заштиту права на нужни део. Схеме нужних наследних редова и схематска анализа одређивања величине нужних делова у ситуацији када нужни наследник не може да наследи, нарочито доприносе разумевању ове сложене проблематике.

Најобимнији по обухвату материје и најкомплекснији по структури јесте четврти *део* књиге, „*Завештајно наслеђивање*“, конципиран из седам мањих целина. Водећи рачуна о логичком следу при обради института, ауторка најпре осветљава појам и битне особине завештања, као правног посла који, начелно, представља најјачи правни основ позивања на наслеђе, те разматра проблематику завештајне способности, као услова пуноважности завештања. Проф. Стојановић се потом упушта у детаљно сагледавање свих осам облика завештања које познаје савремено српско право, указујући притом на уочене недостатке у законској регулативи неких од облика.

У оквиру треће *главе* која се односи на садржину завештања, исцрпно се анализирају бројни институти, који могу бити саставни део садржине завештања: *heredis institutio*, услов, рок и налог, испорука, супституција, одређивање извршиоца завештања, располагање заоставштином у друштвенокорисне сврхе. Посвећујући неким институтима више простора, као што је то случај са испоруком, ауторка износи идеје о могућим правцима будућег правног нормирања појединих института. Разматрају се, потом, и друга бројна питања, значајна за област завештајног наслеђивања, као што су општа и посебна правила тумачења завештања, чување завештања, доказивања уништеног, изгубљеног или сакривеног завештања. Указује се и на услове пуноважности и могуће начине опозивања завештања, а на самом крају овога *дела* пажња се посвећује неважности завештања, разлозима ништавости и рушљивости целог завештања и појединих завештајних одредаба, те условима за побијање завештања.

Наредни, пети део носи наслов „*Правни положај наследника*“. Материја је разврстана у четири *главе*. У оквиру ове целине ауторка најпре даје одређење наследничке заједнице и, указујући на различите теоријске ставове, износи свој суд о правној природи ове, сасвим особене имовинске заједнице. Ауторка потом указује на различите варијације у односима санаследника у погледу управљања и располагања заједнички наслеђеним добрима. При разматрању различитих видова потпуног или делимичног престанка наследничке заједнице, проф. Стојановић усредсређена је првенствено на деобу наследства, као најзначајнијем

начину престанка наследничке заједнице, као и на обавезу заштите међу санаследницима по извршеној деоби наследства.

Упознајући читаоце са институтом *collatio bonorum*, у књизи се указује на порекло и сврху овог института, могуће начине урачунавања поклона и испорука у наследни део, субјекте којима се врши урачунавање, као и на последице извршене колације. Комплексност овог института подстакла је ауторку да теоријску обраду института поткрепи бројним хипотетичким примерима, који имају за циљ да олакшају његово разумевање и савладавање. Пажња се потом посвећује врстама одговорности за дугове оставиоца у савременим правним системима, лицима која одговарају за оставиочеве дугове, а посебно се појашњава институт дугова отвореног наслеђа. Коначно, последња глава петог дела посвећена је наследничком захтеву, као средству за усклађивањем правног са фактичким положајем наследника.

У шестом делу, „Уговори у наследном праву“, најпре се подробно анализирају наследноправни уговори, које наш правни поредак поима као ништаве правне послове. Ауторка износи став да појединим наследноправним уговорима има места и у нашем праву. Указујући на решења релевантних упоредноправних прописа, те користећи се ваљаном аргументацијом, проф. Стојановић пледира да наше право у уговору о наслеђивању и уговору о одрицању од наслеђа које није отворено треба да препозна правне послове које ваља посебно регулисати као допуштене правне послове.

Сасвим разумљиво, нарочита пажња посвећена је уговору о уступању и расподели имовине за живота и уговору о доживотном издржавању, као облигационим уговорима од посебног значаја за установу наслеђивања, који су веома чести у пракси, а неретко су и узрочници бројних, дуготрајних парница, што нарочито важи за уговор о доживотном издржавању. Оба уговора обрађују се веома детаљно, даје се њихово појмовно одређење, указује на њихове карактеристике, услове пуноважности, дејства која производе, на субјекте уговора, права и обавезе уговорних страна, као и на услове за престанак ових правних послова раскидом или поништењем.

Последњи, седми део – „Поступак за расправљање заоставштине“ тиче се процесних правила којима је регулисан оставински поступак, као посебна врста ванпарничног поступка у коме се утврђују наследноправне последице смрти оставиоца. У уводним редовима читалац се најпре упознаје са појмом, природом и основним обележјима овог поступка, као и са надлежношћу органа за спровођење оставинског поступка. Потом се појашњава комплетна структура поступка за расправљање заоставштине, од његовог покретања, до окончања у евентуалном поступку по правним лековима. Читалац се упознаје са садржином и смислом читавог низа претходних радњи које могу бити предузете у циљу припреме расправљања заоставштине и обезбеђења права странака у поступку, као што су: састављање смртнице, попис и процена вредности

заоставштине, проглашење завештања и мере за обезбеђење заоставштине, а након тога и са самим током оставинске расправе. Посебну пажњу ауторка посвећује анализи одлука које суд током поступка може донети, разлозима који опредељују доношење појединих одлука, са акцентом на решење о наслеђивању, као најзначајнијој одлуци, којом се, по правилу, окончава оставински поступак. Напоследку, у четвртој глави обрађени су редовни и ванредни правни лекови, који могу бити изјављени против решења од наслеђивању.

Приликом писања ове публикације ауторка се користила обимном библиографском грађом, која обухвата 265 литерарних јединица, педесетак страних и домаћих законских текстова, те разноврсне интернет изворе и билтене судске праксе. Укупно 1614 напомена (фуснота) сведочи о свеобухватности и студиозности обрађене материје.

Ради отклањања сваке недоумице, сматрамо значајним нагласити да историјскоправни и упоредноправни приказ појединих наследноправних института, као ни латинске сентенце наведене поткрај уџбеника, не представљају обавезну испитну материју за студенте основних академских студија права.

На крају, ваља истаћи да су квалитету уџбеника својим саветима и сугестијама у улози рецензента допринела еминентна имена грађанскоправне науке у нас: проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, проф. др Слободан Сворцан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу и проф. др Гордана Ковачек-Станић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

Уџбеник *Наследно право* првенствено ће обрадовати студенте Правног факултета у Нишу, будући да ће им вишеструко олакшати припрему и полагање испита из овог предмета, али и допринети ширењу видика и теоријско-практичном обогаћењу њиховог правничког образовања.

Иако настала првенствено као уџбеник намењен студентима основних академских студија права Правног факултета у Нишу, ова публикација биће неопходно штиво и за студенте свих нивоа студија на домаћим правним факултетима, а свакако значајно место заузеће и у библиотекама посленика научне мисли који се баве наследним правом, и грађанским правом уопште, као и правницима-практичарима. Уверени смо да ће ово дело снагом изнетих аргумената, и у будућем законодавном делању, при редакцији наследноправних прописа, инспирисати законописца да поједине наследноправне институте постави на другачијим темељима, као и да „рехабилитује“ одређене установе које немају адекватан законски третман у позитивном законодавству.

Весна Данковић,
Библиотека Правног факултета у Нишу

НОВА, ИЗМЕЊЕНА И ДОПУЊЕНА БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (1960-)¹

МОНОГРАФСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

1. *ДЕСЕТ ГОДИНА РАДА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : 1960-1970*, Ниш, Правно-економски факултет, 1970, стр. 167, уредник: *Данило Ж. Марковић*
COBISS.SR-ID=200454919
2. *Кулић, Димитрије, НОВИ УСТАВ СФРЈ : /коментар/*, Ниш, Правни факултет, 1974, стр. 350
COBISS.SR-ID=1024449185
3. *Крстић, Божидар, СХИЗОФРЕНИЈА И УБИСТВА*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1978, стр. 117
COBISS.SR-ID=50413831
4. *20 ГОДИНА РАДА : ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ : 1960-1980*, Ниш, Универзитет у Нишу, 1981, стр. 171, уредник: *Љубиша Јовановић*
COBISS.SR-ID=49901319
5. *Кулић, Димитрије, УСТАВНИ АМАНДМАНИ 1981 : КОМЕНТАР*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1982, стр. 124
6. *Матејић, Миодраг, Јовановић, Миодраг, ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКИ ПОЛОЖАЈ ДРУШТВЕНИХ ДЕЛАТНОСТИ У РЕГИОНУ НИШ : НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКА СТУДИЈА*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1983, стр. 7, 304, 147
COBISS.SR-ID=1024395937
7. *Кулић, Димитрије, ОМБУДСМАН И ДРУШТВЕНИ ПРАВОБРАНИЛАЦ САМОУПРАВЉАЊА*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1985, стр. 291
COBISS.SR-ID=16324871
8. *Кулић, Димитрије, УСТАВНА ЗАШТИТА РАДНИКА : СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РЕГИОН НИШ : СТУДИЈА*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1985, стр. 322
9. *ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ, УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ : 25 ГОДИНА РАДА И РАЗВОЈА*, Ниш, Правни факултет, 1985, стр. 66, уредник: *Љубиша Соколовић*
COBISS.SR-ID=50261767
10. *Рочкомановић, Милорад, ЈАВНИ ПОРЕДАК У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1988, стр. 125
COBISS.SR-ID=9161740
11. *Стојановић, Драган М., ОСНОВНА ПРАВА ЧОВЕКА - ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВИМА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1989, стр. 222
COBISS.SR-ID=6832642
12. *Симић, Миролуб Д., БИБЛИОГРАФИЈА ЂОРЂА ТАСИЋА*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1990, стр. 120
COBISS.SR-ID=220217863

¹ Библиографске јединице поређане су хронолошки, а у оквиру сваке године дат је азбучни редослед аутора или наслова публикација где нема аутора.

13. *Живковић, Мирко, ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НА ЧУВАЊЕ И ВАСПИТАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1991, стр. XV, 288
COBISS.SR-ID=7278095
14. **35 ГОДИНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : 1960-1995**, Ниш, Правни факултет, 1995, стр. 155, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=43281164
15. *Ђурић, Александар, ЗАЈЕДНИЦА НЕЗАВИСНИХ ДРЖАВА (ЗНД) : НАСТАНАК И ОРГАНИЗАЦИЈА, ПРИВРЕДНО-ПРАВНИ ОДНОСИ, РЕШАВАЊЕ СПОРОВА*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1998, стр. 318
COBISS.SR-ID=152896007
16. *Митровић, Љубиша, ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ И АКТЕРИ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. 340
COBISS.SR-ID=150830855
17. *Стојановић, Драган М., ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОСЛАНИКА : НА ПРИМЕРИМА ФРАНЦУСКЕ, АУСТРИЈЕ, НЕМАЧКЕ И ЈУГОСЛАВИЈЕ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. 346
COBISS.SR-ID=149117191
18. *Лазић, Мирослав, ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, стр. 214
COBISS.SR-ID=167104519
19. *Милановић, Тихомир, Ж., ПРАВО У СУДСКОЈ ПРАКСИ*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2001, стр. 143
COBISS.SR-ID=182588935
20. *Ђурић, Александар, Цветковић, Предраг, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО : СТРУЧНИ ЕСЕЈИ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, стр. 484
COBISS.SR-ID=167628295
21. *Јовановић, Мила, КОМЕНТАР СТАРОГ РИМСКОГ IUS CIVILE, Књ. 1, LEGES REGIAE*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2002, стр. 223
COBISS.SR-ID=182619399
22. *Ђорђевић, Мирослав, ОСЛОБОДИЛАЧКИ РАТ СРПСКИХ УСТАНИКА : 1804-1806*, фототипско изд. из 1967., Београд, Војноиздавачки завод, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 447
COBISS.SR-ID=114240524
23. *Ђурић, Војислав, Ранђеловић, Небојша, Илић, Горан, СРПСКО ДРЖАВНО ТУЖИЛАШТВО : 1804-2004*, 1. изд., Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 131
COBISS.SR-ID=116991756
24. *Живковић, Мирко, ЕВОЛУЦИЈА ИДЕЈА О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 84
COBISS.SR-ID=114725644
25. *Николић, Драган, ВУКОВА ДЕЛА КАО ИЗВОР ЗА ИСТОРИЈУ ОБНАВЉАЊА СРПСКЕ ДРЖАВЕ*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 75
COBISS.SR-ID=113705228
26. *Анђелковић, Милева, Јовачевић, Драган, ИЗБЕГАВАЊЕ ПЛАЋАЊА ПОРЕЗА : ФИСКАЛНИ И КРИВИЧНО-ПРАВНИ АСПЕКТ*, публикација је резултат рада на пројекту "Право на приступ правосудју - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 247
COBISS.SR-ID=136564236

27. *Пејић, Ирена, ПАРЛАМЕНТАРНО ПРАВО : ФРАНЦУСКИ, НЕМАЧКИ, БРИТАНСКИ, СРПСКИ И ПРИМЕР ЕВРОПСКОГ ПАРЛАМЕНТА*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. VIII, 340
COBISS.SR-ID=128218892
28. *Голубовић, Срђан, ЕВРОПСКА МОНЕТАРНА УНИЈА : ИНСТИТУЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 191
COBISS.SR-ID=139246604
29. *Јовановић, Мила, КОМЕНТАР СТАРОГ РИМСКОГ IUS CIVILE, Књ. 2, ЗАКОН XII ТАБЛИЦА*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 451
COBISS.SR-ID=142134284
30. *Јовашевић, Драган, НУЖНА ОДБРАНА И КРАЈЊА НУЖДА*, публикација је резултат рада на пројекту "Право на приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 264
COBISS.SR-ID=145444108
31. *Кнежевић, Саиша С., КРИВИЧНИ ПОСТУПАК ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 97
COBISS.SR-ID=140149516
32. *Кнежевић, Саиша С., ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 239
COBISS.SR-ID=139431436
33. *Константиновић-Вилић, Слободанка, Костић, Миомира, Миладиновић, Душица, ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ И КВАЛИТЕТ ПРАВНЕ ПОМОЋИ ПРУЖЕНЕ ГРАЂАНИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И ПОСТУПКУ ИЗДРЖАВАЊА КАЗНЕ*, публикација је објављена у оквиру пројекта "Право на приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 189
COBISS.SR-ID=142136844
34. *ПОВЕРЕЊЕ ГРАЂАНА/ГРАЂАНКИ ГРАДА НИША У ИНСТИТУЦИЈУ СУДСТВА*, Ниш, Правни факултет у Нишу, Филозофски факултет у Нишу, 2008, стр. 98
COBISS.SR-ID=149815820
35. *Јовашевић, Драган, КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ИСПРАВА*, публикација је резултат рада на пројекту "Право на приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 239
COBISS.SR-ID=167333644
36. *Јовашевић, Драган, СИСТЕМ ЕКОЛОШКИХ ДЕЛИКАТА : ЕКОЛОШКО КАЗНЕНО ПРАВО*, публикација је резултат рада на пројекту "Право на приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 369
COBISS.SR-ID=170062092
37. *Петровић, Александар, МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ РАДА*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 404
COBISS.SR-ID=172225804
38. *Рањеловић, Небојша, Тодоровић-Крстић, Миљана, ОДАБРАНИ ИЗВОРИ ИЗ ДРЖАВНО-ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ ЈУЖНОСЛОВЕНСКИХ НАРОДА*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 405
COBISS.SR-ID=167867148

39. *Стојановић, Наташа*, **НАСЛЕДНИЧКА ЗАЈЕДНИЦА**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 223
COBISS.SR-ID=169422348
40. *Тредвел, Џејмс*, **ПРИРУЧНИК ЗА КРИМИНОЛОГИЈУ - ВЕШТИНЕ УЧЕЊА**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 49
COBISS.SR-ID=157565452
41. **ЗАКОНСКИ ТЕКСТОВИ СТАРОГ И СРЕДЊЕГ ВЕКА**, 2. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 147, приредили: *Драган Николић, Александар Ђорђевић*
COBISS.SR-ID=178154252
42. *Јовашевић, Драган*, **МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА : ОДГОВОРНОСТ И КАЖЊИВОСТ**, публикација је резултат рада на пројекту "Право на приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 300
COBISS.SR-ID=173679884
43. *Јовашевић, Драган*, **ПОЛОЖАЈ МАЛОЛЕТНИКА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 222
COBISS.SR-ID=176794380
44. *Кнежевић, Саша С.*, **МАЛОЛЕТНИЧКО КРИВИЧНО ПРАВО : МАТЕРИЈАЛНО, ПРОЦЕСНО И ИЗВРШНО**, публикација је резултат рада на пројекту "Право на приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 345
COBISS.SR-ID=175453964
45. *Костић, Миомира*, **ВИКТИМИТЕТ СТАРИХ ЉУДИ**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, Београд, Социјална мисао, 2010, стр. 247
COBISS.SR-ID=174367244
46. **50 ГОДИНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : 1960-2000**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 95, уредници: *Слободанка Константиновић-Вилић, Драган Николић*
COBISS.SR-ID=175634700
47. *Поповић, Ива, Војиновић, Милица, Марковић, Љубица, Барун, Иван*, **ИСТРАЖИВАЧКИ ПРОЈЕКАТ ПРУЖАЊЕ БЕСПЛАТНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 68
COBISS.SR-ID=175047180
48. *Цветковић, Предраг*, **УВОД У ПРАВО СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. [14], 291
COBISS.SR-ID=176286732
49. *Димитријевић, Предраг, Вучетић, Дејан*, **СИСТЕМ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ (МОНОГРАФИЈА) : (НОРМА И ПРОЦЕС)**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 296, 34
COBISS.SR-ID=183639564
50. *Димитријевић, Предраг, Вучковић, Јелена*, **ОСНОВИ МЕДИЈСКОГ ПРАВА (МОНОГРАФИЈА)**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 109, 22
COBISS.SR-ID=18480972
51. **ЗАКОНСКИ ТЕКСТОВИ СТАРОГ И СРЕДЊЕГ ВЕКА**, 3. поновљено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 147, приредили: *Драган Николић, Александар Ђорђевић*
COBISS.SR-ID=186655244
52. *Јанићијевић, Дејан*, **АРБИТРАЖА**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 225
COBISS.SR-ID=186679052

53. *Константинови-Вилић, Слободанка, Костић, Миомира, СИСТЕМ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА И ПЕНАЛНИ ТРЕТМАН*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 212
COBISS.SR-ID=183006988
54. *Обрадовић, Горан, ПРИМЕНА МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА РАДА*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 168
COBISS.SR-ID=183737868
55. *Пејић, Ирена, ПАРЛАМЕНТАРНА ВЛАДА : ОСЦИЛАЦИЈЕ У РАВНОТЕЖИ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 202
COBISS.SR-ID=183002124
56. *Петровић, Милан, ИНДУСТРИЈСКО СУСЕДСТВО И ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ (МОНОГРАФИЈА)*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 239
COBISS.SR-ID=184390156
57. *Спасић, Ж. Видоје, АУТОРСКА ДЕЛА У ДИГИТАЛНОМ ОКРУЖЕЊУ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 295
COBISS.SR-ID=184088844

УЏБЕНИЦИ

58. *Крстић, Божидар, СУДСКА ПСИХИЈАТРИЈА*, 2. прерађено и допуњено изд. Ниш, Правни факултет, 1977, стр. 150
COBISS.SR-ID=512360368
59. *Петровић, Јован, ПОЛИТИЧКА ЕКОНОМИЈА : ОПШТИ ПОЈМОВИ, КАТЕГОРИЈЕ И ЗАКОНИ : КАПИТАЛИЗАМ*, 6. изд., Ниш, Правни факултет, 1987, стр. XII, 400
COBISS.SR-ID=31060999
60. *Рочкомановић, Милорад, МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО*, Ниш, Правни факултет, 1988, стр. 303
COBISS.SR-ID=71716108
61. *Горчић, Јован, ФИНАНСИЈЕ : УВОД У ФИНАНСИЈЕ И ОСНОВЕ НАУКЕ О ФИНАНСИЈАМА И ФИНАНСИЈСКОГ ПРАВА, Књ. 1*, Ниш, Правни факултет, 1988, стр. 274
COBISS.SR-ID=1024336801
62. *Горчић, Јован, ФИНАНСИЈЕ : УВОД У ФИНАНСИЈЕ И ОСНОВЕ НАУКЕ О ФИНАНСИЈАМА И ФИНАНСИЈСКОГ ПРАВА, Књ. 1*, Ниш, Правни факултет, Бор, Штампa, радио и филм, 1990, стр. 274
COBISS.SR-ID=512405167
63. *Живковић, Мирко, ФРАНЦУСКИ ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВА*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1993, стр. 249
COBISS.SR-ID=512016304
64. *Ковачевић-Куитримовић, Радмила, ГРАЂАНСКО ПРАВО : ОПШТИ ДЕО*, 3. изд., Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1997, стр. X, 306
COBISS.SR-ID=1024031905
65. *Ђорђевић, Владислав, Ђ., НАСЛЕДНО ПРАВО*, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1997, стр. 420
COBISS.SR-ID=60240652
66. *Николић, Драган, ФРАГМЕНТИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ*, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1997, стр. 321, LXV
COBISS.SR-ID=128187399
67. *Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО*, 4. измењено и допуњено изд., Ниш, Правни факултет, 1998, стр. 680
COBISS.SR-ID=138701831

68. *Божјић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА*, 2. изд., Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1998, стр. VIII, 479
COBISS.SR-ID=135555591
69. *Анђелковић, Милева, ПОРЕСКО ПРАВО : ТЕОРИЈСКИ АСПЕКТИ И ПОРЕСКЕ РЕФОРМЕ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. 333
COBISS.SR-ID=155222535
70. *Димитријевић, Момчило, Симић, Миролуб Д., УВОД У ПРАВО*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. IX, 394
COBISS.SR-ID=145803015
71. *Борђевић, Мирослав, Стојичић, Слободанка, НАЦИОНАЛНА ИСТОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. III, 247
COBISS.SR-ID=150832391
72. *Митровић, Љубиша Р., ОПШТА СОЦИОЛОГИЈА : ПРЕДМЕТ, МЕТОД И ТЕОРИЈЕ*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. VII, 296
COBISS.SR-ID=155725063
73. *Стојановић, Драган М., УСТАВНО ПРАВО, Књ. 1*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. 270
COBISS.SR-ID=149921543
74. *Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО : ОПШТИ ДЕО*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, стр. VI, 576
COBISS.SR-ID=164888071
75. *Јовановић, Љубиша, Ђурђић, Војислав, Јовашевић, Драган, КРИВИЧНО ПРАВО : ПОСЕБНИ ДЕО*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, стр. IX, 587
COBISS.SR-ID=175370247
76. *Миленовић, Дара, ПОСЛОВНО ПРАВО*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, стр. 606
COBISS.SR-ID=93790220
77. *Константиновић-Вилић, Слободанка, Ристановић, Весна, КРИМИНОЛОГИЈА*, 2. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. 416
COBISS.SR-ID=105494796
78. *Миладиновић, Зоран, ПРАКТИКУМ ЗА ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ И АУТОРСКО ПРАВО*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. 483
COBISS.SR-ID=105085708
79. *Стојановић, Наташа, ПРАКТИКУМ ЗА НАСЛЕДНО ПРАВО : (помоћни уџбеник)*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, стр. 372
COBISS.SR-ID=113703948
80. *Ђуровић, Радован, Ђирић, Александар, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО : ОПШТИ ДЕО*, 1. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, стр. XV, 298
COBISS.SR-ID=121564940
81. *Ђирић, Александар, Ђуровић, Радован, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО : ПОСЕБНИ ДЕО*, 1. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, стр. XX, 400
COBISS.SR-ID=122343180
82. *Божјић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА*, 4. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 416
COBISS.SR-ID=130521356
83. *Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ*, 1. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. VIII, 208
COBISS.SR-ID=130455564

84. *Стевановић, Чedomир, Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО : ОПШТИ ДЕО, 2. изд.,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. VIII, 390
COBISS.SR-ID=137055244
85. *Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО : ПОСЕБНИ ДЕО,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 289
COBISS.SR-ID=136830476
86. *Ланковец, Ивица, Миладиновић, Зоран, ПРАВО ОСИГУРАЊА,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. IX, 467
COBISS.SR-ID=131629324
87. *Миленовић, Дара, СУБЈЕКТИ ПРИВРЕДНОГ ПРАВА, 3. допуњено и измењено изд.,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 545
COBISS.SR-ID=129398796
88. *Петровић, Милан, НАУКА О УПРАВЉАЊУ КАО ПРЕТПОСТАВКА УПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ : (ОПШТИ ДЕО),* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 400
COBISS.SR-ID=129616140
89. *Миладиновић, Зоран, ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 445
COBISS.SR-ID=145636364
90. *Димитријевић, Предраг, УПРАВНО ПРАВО, Књ. 1, ОПШТИ ДЕО,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2008, стр. 311
COBISS.SR-ID=146103564
91. *Димитријевић, Предраг, УПРАВНО ПРАВО, Књ. 2, ОПШТИ ДЕО,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2008, стр. 315
COBISS.SR-ID=148994316
92. *Стојановић, Наташа, ПРАКТИКУМ ЗА НАСЛЕДНО ПРАВО : (помоћни уџбеник), 2. измењено и допуњено изд.,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2008., стр. 347
COBISS.SR-ID=147059468
93. *Анђелковић, Милева, ЈАВНЕ ФИНАНСИЈЕ И ФИНАНСИЈСКО ПРАВО, 1. изд.,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 387
COBISS.SR-ID=168105228
94. *Анђелковић, Милева, Димитријевић, Марина, ПОРЕСКО ПРАВО СРБИЈЕ,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 395
COBISS.SR-ID=170060300
95. *Миленовић, Дара, ПОСЛОВНО ПРАВО,* фототипско изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 659
COBISS.SR-ID=157522188
96. *Изњатовић, Гордана, LEGAL ENGLISH FILES, 1, INTERMEDIATE COURSEBOOK, 1. изд.,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. X, 209
COBISS.SR-ID=155192332
97. *Божич, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 5. измењено изд.,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 362
COBISS.SR-ID=171120140
98. *Анђелковић, Милева, БУЏЕТСКО ПРАВО,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 247
COBISS.SR-ID=175055372
99. *Голубовић, Срђан, ОСНОВИ ПОСЛОВНИХ И БАНКАРСКИХ ФИНАНСИЈА,* Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 267
COBISS.SR-ID=174133516

100. *Ђирић, Александар Љ.*, **МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО : ОПШТИ ДЕО**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. XVIII, 572
COBISS.SR-ID=174535692
101. *Станковић, Гордана*, **ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Св. 1, ПАРНИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО**, 8. допуњено и измењено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 601
COBISS.SR-ID=174989324
102. *Димитријевић, Предраг*, **ПРАВО ИНФОРМАЦИОНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ = INTERNET LAW**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 327
COBISS.SR-ID=180529420
103. *Димитријевић, Предраг, Вучетић, Декан*, **ПРАКТИКУМ ЗА УПРАВНО ПРАВО**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 108
COBISS.SR-ID=181048588
104. *Константиновић-Вилић, Слободанка, Костић, Миомира*, **ПЕНОЛОГИЈА**, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 343
COBISS.SR-ID=187366412
105. *Миленовић, Дара*, **ПОСЛОВНО ПРАВО**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 730
COBISS.SR-ID=187366924
106. *Николић, Драган*, **ИСТОРИЈА ПРАВА : СТАРИ И СРЕДЊИ ВЕК**, 3. поновљено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 410
COBISS.SR-ID=185529100
107. *Николић, Љубица*, **ОСНОВИ ЕКОНОМИЈЕ**, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 428
COBISS.SR-ID=185504524
108. *Пејић, Ирена*, **ПАРЛАМЕНТАРНО ПРАВО**, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 373
COBISS.SR-ID=183005196
109. *Петровић, Милан*, **НАУКА О УПРАВЉАЊУ КАО ПРЕТПОСТАВКА УПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ : (ОПШТИ ДЕО)**, 2. исправљено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 404, 25
COBISS.SR-ID=181196044
110. *Стојановић, Наташа*, **НАСЛЕДНО ПРАВО**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 482
COBISS.SR-ID=183640844

СКРИПТА

111. *Јовановић, Каменко М.*, **КРИМИНАЛИСТИКА : ПРЕДАВАЊА ОДРЖАНА НА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОМ ФАКУЛТЕТУ У НИШУ ШКОЛСКЕ 1962/63 : скрипта**, Ниш, Правно-економски факултет, 1963, стр. /108/
COBISS.SR-ID=01024444833
112. *Матејић, Миодраг*, **ПРИВРЕДНИ СИСТЕМ ЈУГОСЛАВИЈЕ, Део 1 : скрипта**, Ниш, Правно-економски факултет, 1963, стр. /95/
COBISS.SR-ID=01024445345
113. *Матејић, Миодраг*, **ПРИВРЕДНИ СИСТЕМ ЈУГОСЛАВИЈЕ, Део 2 : скрипта**, Ниш, Правно-економски факултет, 1963, стр. /70/
COBISS.SR-ID=01024445601
114. *Димитријевић, Драгољуб В.*, **ОСНОВИ КРИМИНОЛОГИЈЕ : материјали : скрипта**, Ниш, Правно-економски факултет, 1964, стр. /159/
COBISS.SR-ID=01024445857

115. *Козић, Петар И., СОЦИОЛОГИЈА : скрипта*, Ниш, Правно-економски факултет, 1964, стр. /254/
COBISS.SR-ID=01024447393
116. *Митић, Михаило, ПОРОДИЧНО ПРАВО : /скрипта/, Св. 1*, Ниш, Правно-економски факултет, 1964, стр. 277
COBISS.SR-ID=01024446113
117. *Митић, Михаило, ПОРОДИЧНО ПРАВО : /скрипта/, Св. 2*, Ниш, Правно-економски факултет, 1964, стр. 173
COBISS.SR-ID=01024446369
118. *Митић, Михаило, ПОРОДИЧНО ПРАВО : /скрипта/, Св. 1, 2*, Ниш, Правно-економски факултет, 1964, стр. 277, 173
COBISS.SR-ID=1024446625
119. *Радичић, Јаков, ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО : (ОПШТИ ДЕО) : допунски материјал за припремање испита*, Ниш, Правно-економски факултет, 1965, стр. 74
COBISS.SR-ID=01024439969
120. *Јовановић, Каменко М., ОСНОВИ КРИМИНАЛИСТИКЕ : скрипта*, Ниш, Правно-економски факултет, 1966, стр. разл. паг.
COBISS.SR-ID=01024445089
121. *Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО : /скрипта/, Св. 1, ОПШТИ ДЕО*, Ниш, Правно-економски факултет, 1967, стр. 226
COBISS.SR-ID=01024447905
122. *Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО : /скрипта/, Св. 2, ОПШТИ ДЕО*, Ниш, Правно-економски факултет, 1967, стр. 462
COBISS.SR-ID=01024448161
123. *Стојановић, Драгољуб, СТВАРНО ПРАВО. Део 1*, Ниш, Правно-економски факултет, 1965, стр. /150/
COBISS.SR-ID=1024448417
124. *Стојановић, Драгољуб, СТВАРНО ПРАВО. Део 2*, Ниш, Правно-економски факултет, 1965, стр. /150/
COBISS.SR-ID=1024448673
125. *Стојановић, Драгољуб, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО : ОПШТИ ДЕО : скрипта*, Ниш, Правно-економски факултет, 1967, стр. /180/
COBISS.SR-ID=1024203937
126. *Козић, Петар И., СОЦИОЛОГИЈА : УВОД У МАРКСИСТИЧКУ НАУКУ О ДРУШТВУ : скрипта*, Ниш, Правно-економски факултет, 1968, стр. 411
COBISS.SR-ID=01024447649
127. *Марковић, Миливоје Ч., ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Књ. 1, ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК, Св. 1, ЦИЉ, ОБЈЕКТИ И СУБЈЕКТИ ПАРНИЦЕ*, Ниш, Скриптарница Правног Факултета, 1968, стр. 10, 280
COBISS.SR-ID=1024442529
128. *Козић, Петар И., СОЦИОЛОШКА МИСАО ФИЛИПА ФИЛИПОВИЋА. 1*, Ниш, Правно-економски факултет, 1969, стр. 190
COBISS.SR-ID=40441612
129. *Аћимовић, Михајло М., МАТЕРИЈАЛ ЗА СПРЕМАЊЕ ИСПИТА ИЗ СУДСЕ ПСИХОЛОГИЈЕ : /скрипта/*, Ниш, Скриптарница Правног факултета, 1970, стр. 48
COBISS.SR-ID=1024448929
130. *Аћимовић, Михајло М., СУДСКА ПСИХОЛОГИЈА : скрипта*, Ниш, Скриптарница Правног факултета, 1971, стр. 70
COBISS.SR-ID=01024053921
131. *Марковић, Миливоје Ч., ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Књ. 1, ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК, Св. 2, ПАРНИЧНЕ РАДЊЕ*, Ниш, Скриптарница Правног Факултета, 1971, стр. 280
COBISS.SR-ID=1024442785

132. *Марковић, Миливоје Ч., ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Књ. 2, ИЗВРШНИ ПОСТУПАК: (нацрт предавања)*, Ниш, Скриптарница Правног Факултета, 1971, стр. 98
COBISS.SR-ID=1024442273
133. *Марковић, Миливоје Ч., САОБРАЋАЈНО ПРАВО: нацрт предавања одржаних у летњем семестру 1970-1971 године*, Ниш, Скриптарница Правног Факултета, 1971, стр. 106
COBISS.SR-ID=1024529825
134. *Радишић, Јаков, ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО, ОПШТИ ДЕО: /скрипта/*, Ниш, Правни факултет, 1973, стр. 450
COBISS.SR-ID=512400816
135. *Кулић, Димитрије, НОВИ УСТАВ ЈУГОСЛАВИЈЕ: /скрипта/*, Ниш, Правни факултет, 1974, стр. 242
COBISS.SR-ID=01024449185
136. *Марковић, Славко, НАСЛЕДНО ПРАВО: скрипта*, Ниш, Правни факултет, 1975, стр. 510
COBISS.SR-ID=01024450209
137. *Церовић, Драгомир, В., МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО: /скрипта/*, Ниш, Правни факултет, 1975, стр. 217
COBISS.SR-ID=512282032
138. *Радишић, Јаков, ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО, ОПШТИ ДЕО: /скрипта/*, Ниш, Председништво КООСО Правног факултета, 1976, стр. 492
COBISS.SR-ID=512401072
139. *Јовановић, Каменко М., ОСНОВИ КРИМИНАЛИСТИКЕ: I ДЕО: II ДЕО: /скрипта/*, Ниш, Правно-економски факултет, 1977, стр. 108
140. *Кулић, Димитрије, НОВИ УСТАВ ЈУГОСЛАВИЈЕ: /скрипта/*, Ниш, Правни факултет, 1977, стр. 278
COBISS.SR-ID=10244449441
141. *Марковић, Миливоје Ч., ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Књ. 2, ИЗВРШНИ ПОСТУПАК: (нацрт предавања)*, Ниш, Скриптарница Правног Факултета, 1977, стр. 98
COBISS.SR-ID=1024260001
142. *Станковић, Гордана, ДОПУНСКИ МАТЕРИЈАЛ ЗА СПРЕМАЊЕ ИСПИТА ИЗ ГРАЂАНСКОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА*, Ниш, Скриптарница Правног факултета, 1977, стр. /80/
COBISS.SR-ID=1024449697
143. *Марковић, Миливоје Ч., ИЗВРШНИ ПОСТУПАК: нацрт предавања*, Ниш, Скриптарница Председништва Конференције ССО, Правног Факултета, 1978, стр. 107, 10
COBISS.SR-ID=1024464545
144. *Митић, Михаило, ПОРОДИЧНО ПРАВО: /скрипта/, Књ. 1*, Ниш, Скриптарница Правног факултета, 1980, стр. 543
COBISS.SR-ID=01024446881
145. *Митић, Михаило, ПОРОДИЧНО ПРАВО: /скрипта/, Књ. 2*, Ниш, Скриптарница Правног факултета, 1980, стр. 388
COBISS.SR-ID=01024447137
146. *Марковић, Миливоје Ч., ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Књ. 2, ИЗВРШНИ ПОСТУПАК: (нацрт предавања)*, Ниш, Председништво КССО Правног Факултета, 1981, стр. 104, 10
COBISS.SR-ID=532992150
147. *Вуччевић, Драгољуб, ЛИЧНИ РАД, СВОЈИНА И САМОУПРАВЉАЊЕ*, Ниш, Скриптарница Правног факултета, 1982, стр. 200
COBISS.SR-ID=1024531105

148. *Марковић, Миливоје Ч., ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Књ. 1, ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК, Св. 2, ПАРНИЧНЕ РАДЊЕ*, 3. изд., Ниш, Скриптарница Правног Факултета, 1982, стр. 587, 25
COBISS.SR-ID=532992406
149. *Марковић, Миливоје Ч., ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Књ. 2, ИЗВРШНИ ПОСТУПАК : (нацрт предавања)*, Ниш, Скриптарница Правног Факултета, 1982, стр. 104, 10
COBISS.SR-ID=532992150
150. *Марковић, Славко, ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ, Св. 1. Увод, Право интелектуалне својине. Део 1, Право индустријске својине*, Ниш, Председништво Конференције ООССО Правног факултета, 1982, стр. 381
COBISS.SR-ID=1024529313
151. *Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО : НАЦРТ ПРЕДАВАЊА, Део 1*, Ниш, Председништво КОССО Правног факултета, 1983, стр. 205
COBISS.SR-ID=1024390817
152. *Кулић, Димитрије, УСТАВНО ПРАВО : /скрипта/*, Ниш, Правни факултет, 1984, стр. 436
COBISS.SR-ID=01024395425
153. *Станковић, Гордана, ВАНПАРНИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО : НАЦРТ ПРЕДАВАЊА*, Ниш, Председништво КССО Правног факултета, 1984, стр. 205
COBISS.SR-ID=1024396449
154. *Кулић, Димитрије, УСТАВНО ПРАВО : /скрипта/*, Ниш, Правни факултет, 1985, стр. 334
COBISS.SR-ID=27769095
155. *Божјић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА ЈУГОСЛАВИЈЕ : ПОЛИТИКА ЕКОНОМСКЕ СТАБИЛИЗАЦИЈЕ : скрипта*, Ниш, Скриптарница Правног факултета, 1986, стр. 129
COBISS.SR-ID=1024136353
156. *Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО : НАЦРТ ПРЕДАВАЊА, 2. изд.*, Ниш, Председништво КССО Правног факултета, 1986, стр. /305/
COBISS.SR-ID=1024358049
157. *Станковић, Гордана, ПОСТУПАК ПРЕД САМОУПРАВНИМ СУДОВИМА : скрипта*, Ниш, Скриптарница Правног факултета, 1988, стр. /184/
COBISS.SR-ID=01024449953
158. *Петровић, Милан, ПРАВОСЛАВНО ЦРКВЕНО ПРАВО : С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАВО РИМОКАТОЛОЧКЕ ЦРКВЕ : /скрипта/*, Ниш, Правни факултет, 2008, стр. 72 листа
COBISS.SR-ID=1024074145
159. *Петровић, Милан, ВЕЛИКИ ПРАВНИ СИСТЕМИ : (УНИВЕРЗАЛНО УПОРЕНО ПРАВО) : АУТОРИЗОВАНЕ БЕЛЕШКЕ СА ПРЕДАВАЊА*, Ниш, Правни факултет, 2009, стр. 88 листова, приредио: *Милош Прица*
COBISS.SR-ID=1024246945
160. *Петровић, Милан, ПОСЕБНО УПРАВНО ПРАВО СА МЕЂУНАРОДНИМ УПРАВНИМ ПРАВОМ : АУТОРИЗОВАНЕ БЕЛЕШКЕ СА ПРЕДАВАЊА*, Ниш, Правни факултет, 2010, стр. 111 листова, приредио: *Милош Прица*
COBISS.SR-ID=1024253345

ЗБОРНИЦИ

161. *СИМПОЗИЈУМ "САМОУПРАВЉАЊЕ И УНУТРАШЊА КОНТРОЛА" : материјал за саветовање*, публикација је приређена поводом Симпозијума о самоуправљању одржаног 19-21. априла 1973. године на Правном факултету у Нишу у организацији Правног факултета у Нишу, Савеза удружења правника Србије и Часописа "Правни живот", Ниш, 1973, стр. 69

162. **ЗАШТИТА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ - ПРАВНИ АСПЕКТИ, 1**, Зборник радова са симпозијума одржаног новембра 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1976, стр. 197, уредник: *Славољуб Поповић*
COBISS.SR-ID=33284876
163. **УДРУЖЕНИ РАД И ДРУШТВЕНА СВОЈИНА, Књ. 2**, Зборник радова са саветовања одржаног маја 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1976, стр. 211, уредник: *Славољуб Поповић*
COBISS.SR-ID=77890572
164. *Мијачић, Мирса*, **ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИОНИХ ОДНОСА**, сепарат из Зборника радова Правног факултета у Нишу, бр. 23/1983, Ниш, Правни факултет, 1983, Стр. 117-143
COBISS.SR-ID=104296097
165. **ФЕДЕРАЦИЈА И ФЕДЕРАЛИЗАМ**, 1, изд., Зборник радова са међународног научног скупа одржаног јуна 1986. год. у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета и Савеза удружења за политичке науке Југославије, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1986, стр. 431, уредник: *Јован Ђорђевић*
COBISS.SR-ID=31966471
166. **АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМИ УСТАВНИХ ПРОМЕНА : САВЕТОВАЊЕ : (комплет реферата)**, Зборник са саветовања одржаног 18. априла 1988. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, 1988, стр. 268, уредник: *Душан Р. Паравина*
COBISS.SR-ID=512286613
167. **ДВЕСТОТА ГОДИШЊИЦА ФРАНЦУСКЕ РЕВОЛУЦИЈЕ : (1789-1989)**, Сепарат из Зборника радова Правног факултета у Нишу, бр. 29/1989, Ниш, Правни факултет, 1989, стр. 84, уредник: *Душан Р. Паравина*
COBISS.SR-ID=1024285601
168. **САВЕТОВАЊЕ "УСТАВНИ СИСТЕМ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ЊЕГОВЕ АКТУЕЛНЕ МОГУЋНОСТИ" : ТРИДЕСЕТ ГОДИНА РАДА 1960-1990**, Зборник радова објављен поводом Саветовања одржаног 16. октобра 1990. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 1990, стр. /144/
COBISS.SR-ID=1024352673
169. **ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР АНДРЕ ЂОРЂЕВИЋА : (1854-1914)**, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права "*Српска цивилистика*", Ниш, Правни факултет, СКЦ Ниш и Народна библиотека Ниш, 1994, стр. 38, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=79890183
170. **ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР АНДРЕ ЂОРЂЕВИЋА : (1854-1914)**, 2. допуњено изд., Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права "*Српска цивилистика*", Ниш, СКЦ Ниш и Народна библиотека Ниш, 1994, стр. 44, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=1024151969
171. **РАД И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИХАИЛА МИТИЋА**, 1. изд., Зборник радова објављен у оквиру Општег семинара грађанског права "*Српска цивилистика*", Ниш, Правни факултет, 1994, стр. 89, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=108283655
172. **МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП "150 ГОДИНА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА"**, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног у на Правном факултету у Нишу 22-23. септембра 1994. године у организацији Катедре за грађанскоправне науке, Ниш, Правни факултет и Студентски културни центар Ниш, 1994, стр. 40, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=79892999

173. **СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА : (1844-1994)**, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 1994. године у Нишу у организацији Катедре за грађанскоправне науке, Ниш, Правни факултет, 1995, стр. XVIII, 314 уредник: *Радмила Ковачевић-Куитримовић*
COBISS.SR-ID=42461442
174. **ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА : (1908-1986)**, Зборник радова објављен у оквиру Општег семинара грађанског права "*Српска цивилистика*", Ниш, Катедра за грађанскоправне науке и Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1995, стр. 305, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=1024318881
175. **НИШКИ ЦИВИЛИСТИ : ПРОФ. ДР МИРСА МИЈАЧИЋ, ПРОФ. ДР ГОРДАНА СТАНКОВИЋ, ПРОФ. ДР ВЛАДИСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ**, Зборник радова објављен у оквиру Општег семинара грађанског права "*Српска цивилистика*", Ниш, Правни факултет, Катедра за грађанскоправне науке, 1995, стр. 76, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=1024214177
176. **ПРАВНИ ОДНОСИ У СТАМБЕНОЈ ОБЛАСТИ**, Зборник радова са научног скупа одржаног 23. марта 1994. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања и Катедре за грађанскоправне науке, Ниш, Правни факултет, Институт за правна и друштвена истраживања, Катедра за грађанскоправне науке и СКЦ Ниш, 1994, стр. 390, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=512418213
177. **ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА**, Зборник резимеа са међународне конференције одржане 2-3. новембра 1995. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1995, стр. 65, уредник: *Радмила Ковачевић-Куитримовић*
COBISS.SR-ID=1024072105
178. **ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА**, Зборник радова са међународне конференције одржане 2-3. новембра 1995. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, стр. XV, 434, уредник: *Радмила Ковачевић-Куитримовић*
COBISS.SR-ID=107027975
179. **ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ**, Зборник резимеа са међународне конференције одржане на Правном факултету у Нишу 1-2. фебруара 1996, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања, 1996, стр. 44, уредници: *Мирољуб Симић, Мирослав Миљковић, Александар Петровић, Предрог Димитријевић*
COBISS.SR-ID=1024330913
180. **МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП "ЛОКАЛНА ВЛАСТ : УПРАВА И САМОУПРАВА"**, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног 14-15. новембра 1997. у организацији Правног факултета у Нишу, Факултета политичких наука у Београду и Југословенског удружења за политичке науке, Ниш, Правни факултет, 1997, стр. /54/
COBISS.SR-ID=1024335777
181. **БОРИСЛАВ Т. БЛАГОЈЕВИЋ : (1911-1986)**, Зборник радова објављен у оквиру Општег семинара грађанског права "*Српска цивилистика*" на научној скупци одржаног 22. новембра 1996. на Правном факултету у Нишу, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1997, стр. 198, уредник: *Радмила Ковачевић-Куитримовић*
COBISS.SR-ID=54409474
182. **УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ : ЗБОРНИК РАДОВА**, 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, Правни факултет и Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, 1997, стр. 135, главни и одговорни уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=512224944

183. **ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА : (1908-1986)**, објављено у оквиру Општег семинара грађанског права "*Српска цивилистика*", 2. изд., Ниш, Катедра за грађанско-правне науке Правног факултета у Нишу, 1998, стр. 213, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=149956359
184. **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, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. 115, уредник: *Војислав Ђурђић*
COBISS.SR-ID=68695042
185. **ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ**, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу марта 1999. године, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. 202, редакција: *Војислав Ђурђић, Гордана Станковић, Невена Петрушић*
COBISS.SR-ID=68799490
186. **УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу децембра 1998. године, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. XIV, 368, уредник: *Милан Петровић*
COBISS.SR-ID=71926018
187. **МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП "ЈУГОСЛОВЕНСКА КРИЗА : ПОУКЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО"**, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног 19. и 20. маја 2000. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, 2000, стр. 26
COBISS.SR-ID=1024336033
188. **МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП "ЈУГОСЛОВЕНСКА КРИЗА : ПОУКЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО"**, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног 19. и 20. маја 2000. године на Правном факултету у Нишу, са приказом и библиографијом радова о југословенској кризи од 1990. до 1999. године, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, стр. 295, уредници и рецензенти: *Милан Петровић, Зоран Радивојевић*
COBISS.SR-ID=177825543
189. **СТРАНА УЛАГАЊА : СЕМИНАР ЗА ИНОВАЦИЈУ ЗНАЊА**, Зборник резимеа са Семинара за иновацију знања одржаног фебруара-марта 2001. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, стр. 86, уредник: *Милорад Божић*
COBISS.SR-ID=1024151457
190. **СТРАНА УЛАГАЊА : тематски зборник радова**, Зборник радова са Семинара за иновацију знања одржаног фебруара-марта 2001. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, стр. 221, уредник: *Милорад Божић*
COBISS.SR-ID=178561543
191. **НОВИ ЗАКОН О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ**, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу маја 2001. године, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, стр. 267, приредиле: *Гордана Станковић, Невена Петрушић*
COBISS.SR-ID=512052885
192. **ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, Св. 1**, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2002, стр. 273, уредник: *Радмила Ковачевић-Куитримовић*
COBISS.SR-ID=103271436
193. **ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА**, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу 21-22. маја 2003. године, у оквиру националног пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. 102, уредник: *Радмила Ковачевић-Куитримовић*
COBISS.SR-ID=1024333985

194. **ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, Св. 2**, Зборник радова презентованих на међународном научном скупу одржаном на Правном факултету у Нишу 21-22. маја 2003. године, у оквиру националног пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. 482, уредник: *Радмила Ковачевић-Куштримовић*
COBISS.SR-ID=110265868
195. *Schrage, Eltjo, J. H., ON OBLIGATIONS THAT ARISE FROM UNJUSTIFIED ENRICHMENT : A HISTORICAL AND COMPARATIVE OVERVIEW*, сепарат из Зборника Грађанска коди-фикација, Св. 2, у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, Стр. 285-323
COBISS.SR-ID=1024331169
196. **ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**, Зборник радова са научног скупа одржаног 30. маја 2003., поводом Дана Факултета, Ниш, Правни факултет, Институт за правна и друштвена истраживања и Центар за публикације, 2003, стр. 260, главни и одговорни уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=105984524
197. **ПРАКТИЧНО ОБРАЗОВАЊЕ ПРАВНИКА**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. XII, 333, уредник: *Мирослав Лазвић*
COBISS.SR-ID=105495308
198. **ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, Св. 3**, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, стр. 238, уредник: *Радмила Ковачевић-Куштримовић*
COBISS.SR-ID 118555404
199. **ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, Св. 4**, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, стр. 206, уредник: *Радмила Ковачевић-Куштримовић*
COBISS.SR-ID=119395084
200. **ЗБОРНИК РАДОВА "ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ"**, 1. изд., Зборник радова са научног скупа одржаног од 24. до 26. септембра 2003. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, стр. 320, уредник: *Мирко Живковић*
COBISS.SR-ID=116462860
201. **НАУЧНО САВЕТОВАЊЕ "УСТАВНО ПИТАЊЕ У СРБИЈИ"**, Зборник сажетак са научног саветовања одржаног на Правном факултету у Нишу 20. и 21. маја 2004. године, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 60, уредник: *Милан Петровић*
COBISS.SR-ID ID=532846742
202. **НАУЧНО САВЕТОВАЊЕ "УСТАВНО ПИТАЊЕ У СРБИЈИ"**, 1. изд., Зборник радова са научног саветовања одржаног на Правном факултету у Нишу 20. и 21. маја 2004. године, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 464, уредник: *Милан Петровић*
COBISS.SR-ID=116830732
203. **РЕНЕСАНСА ФИНАНСИЈА : ЗБОРНИК РАДОВА У СПОМЕН ПРОФ. ДР МИО-ДРАГУ МАТЕЈИЋУ**, 1. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, стр. 156, уредници: *Миодраг Јовановић, Милева Анђелковић*
COBISS.SR-ID=115836428
204. **ДВЕСТОТИНЕ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА - УТИЦАЈ ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА НА СРПСКО ПРАВО**, Зборник радова са научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу 24.12.2004. године у част двеста годишњице од доношења Code Civil-a, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2005, стр. 337, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=122617868

205. **ЕВРОПСКИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА : ИСКУСТВА И НОВИ ИЗАЗОВИ**, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног 13-14. октобра 2003. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2005, стр. 264, уредник: *Зоран Радивојевић*
COBISS.SR-ID=120686092
206. **НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ - УСАГЛАШАВАЊЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ"**, Зборник сажетака са међународне научне конференције одржане 17. маја 2005. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2005, стр. 101, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=1024151713
207. **НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ - УСАГЛАШАВАЊЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ"**, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 17. маја 2005. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2005, стр. 700, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=127811596
208. **СРБИЈА 1804-2004 : ДРУШТВО, ЕКОНОМИЈА, ДРЖАВА, ПРАВО, ПОЛИТИКА, КУЛТУРА, РЕЛИГИЈА**, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног 20-23. октобра 2004. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2005, стр. 481, уредник уредник: *Слободанка Стојичић*
COBISS.SR-ID=124371212
209. **НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "НОВИНЕ У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ"**, Зборник сажетака са научне конференције одржане у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу 28. априла 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 44, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=1024117153
210. **НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "НОВИНЕ У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ"**, Зборник радова са научне конференције одржане у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу 28. априла 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 280, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=132355084
211. **НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ"**, Зборник сажетака са научне конференције одржане 18. маја 2006. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 91, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=10243 30657
212. **НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ"**, Зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу 18. маја 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. IX, 649, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=134819596
213. **ХАРМОНИЗАЦИЈА СТЕЧАЈНОГ ПРАВА И НОВИ ЗАКОН О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ**, зборник радова са међународне научне конференције одржане 10. новембра 2005. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2006, стр. IX, 280, уредник: *Гордана Станковић*
COBISS.SR-ID=130332940
214. **ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ - ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ : тематски**

зборник радова, Зборник радова настао као резултат рада на пројекту "*Право на приступ правосуђу*", Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2007, стр. III, 154, уредник: *Невена Петрушић*
COBISS.SR-ID=137805580

215. **НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ"**, Зборник сажетака са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу маја 2007. године, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2007, стр. 95, уредник: *Милан Петровић*
COBISS.SR-ID=1024213921
216. **ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ - ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ : тематски зборник радова, Књ. 2**, Зборник радова настао у оквиру пројекта "*Право на приступ правосуђу*", Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2007, стр. 184, уредник: *Невена Петрушић*
COBISS.SR-ID=145647628
217. **АКТУЕЛНА ПИТАЊА ГРАЂАНСКЕ КОДИФИКАЦИЈЕ**, Зборник радова са научног скупа одржаног 20. маја 2008. године поводом Дана Факултета, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2008, уредник: *Радмила Ковачевић-Куитримовић, Мирослав Лазић*
COBISS.SR-ID=152681228
218. **УСТАВНЕ И МЕЂУНАРОДНОПРАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА**, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 28. маја 2008. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2008, стр. III, 348, уредник: *Зоран Радивојевић*
COBISS.SR-ID=152670988
219. **ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ - ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, Књ. 4**, Зборник радова настао у оквиру пројекта "*Право на приступ правосуђу*", Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2008, стр. 471, уредник: *Невена Петрушић*
COBISS.SR-ID=154487564
220. **ЗАКОНОДАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР НЕЗАВИСНОГ СУДСТВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**, Зборник радова са округлог стола одржаног 29. маја 2009. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, и Београд, Конрад Аденауер, 2009, стр. 187, уредници: *Мирослав Лазић, Ирена Пејић*
COBISS.SR-ID=171123980
221. **ЗАКОНОДАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР НЕЗАВИСНОГ СУДСТВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**, доштампао изд., Зборник радова са округлог стола одржаног 29. маја 2009. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, и Београд, Конрад Аденауер, 2009, стр. 187, уредници: *Мирослав Лазић, Ирена Пејић*
COBISS.SR-ID=171646732
222. **ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ - СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ**, Зборник сажетака са међународне научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу 19. маја 2009. године, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2009, стр. 141, уредници: *Наташа Стојановић и Срђан Голубовић*
COBISS.SR-ID=167130124
223. **ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ - СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ, Св. 1**, Зборник радова са међународне научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу 19. маја 2009. године, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2009, стр. /23/, 748, уредници: *Наташа Стојановић и Срђан Голубовић*
COBISS.SR-ID=170987276

224. **ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ - СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ**, *Св. 2*, Зборник радова са међународне научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу 19. маја 2009. године, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2009, стр. 614, уредници: *Наташа Стојановић* и *Срђан Голубовић*
COBISS.SR-ID=170588684
225. **ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ - ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ** : *тематски зборник радова, Књ. 3*, тематски зборник радова у оквиру пројекта "*Право на приступ правосуђу*", Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2009, стр. 478, уредник *Невена Петрушић*
COBISS.SR-ID=154487564
226. **МЕЂУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "АКТУЕЛНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У РАЗВОЈУ И ПРИМЕНИ ЕВРОПСКОГ КОНТИНЕНТАЛНОГ ПРАВА"**, Зборник сажетака са међународне научне конференције одржане 17. маја 2010. на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 119, уредник: *Милан Петровић*
COBISS.SR-ID=175152652
227. **МЕЂУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "АКТУЕЛНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У РАЗВОЈУ И ПРИМЕНИ ЕВРОПСКОГ КОНТИНЕНТАЛНОГ ПРАВА"** : *тематски зборник радова, Св. 1*, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 17. маја 2010. на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 638, уредник: *Милан Петровић*
COBISS.SR-ID=179096844
228. **МЕЂУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "АКТУЕЛНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У РАЗВОЈУ И ПРИМЕНИ ЕВРОПСКОГ КОНТИНЕНТАЛНОГ ПРАВА"** : *тематски зборник радова, Св. 2*, Зборник радова са међународне научне конференције одржане 17. маја 2010. на Правном факултету у Нишу, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 6480, уредник: *Милан Петровић*
COBISS.SR-ID=178930188
229. **ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ** : *тематски зборник радова, Књ. 5*, тематски зборник радова у оквиру пројекта "*Право на приступ правосуђу*", Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2010, стр. 500, уредник *Невена Петрушић*
COBISS.SR-ID=154487564
230. **РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПРАВОСУЂА** : *тематски зборник радова*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 348, уредник: *Војислав Ђурђић*
COBISS.SR-ID=175057676
231. **МЕЂУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА "ЕКОЛОГИЈА И ПРАВО"**, Зборник сажетака са међународне научне конференције одржане 18. маја 2011. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2011, стр. 116, уредник: *Предраг Димитријевић*
COBISS.SR-ID=183726348
232. **ТРГОВИНА ЉУДИМА : ПРАВНА ЗАШТИТА У МЕЂУНАРОДНИМ НАЦИОНАЛНИМ ОКВИРИМА**, Ниш, Правни факултет, 2011, стр. 454, уредник: *Предраг Димитријевић*
COBISS.SR-ID=185714956
233. **ЗБОРНИК РАДОВА "СТАРИ У СРБИЈИ: ПРОБЛЕМИ И ИЗАЗОВИ"**, Зборник радова са 15. научно-стручног скупа одржаног у Нишу у организацији Правног факултета и Центра за социјални рад "Свети Сава", Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2011, стр. 193, уредник: *Мирослав Бркић, Миле Илић*
COBISS.SR-ID=184388108
234. **УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ - ПЕТ ГОДИНА ПОСЛЕ : (2006-2011)** : *тематски број*, Зборник радова Правног факултета у Нишу и Правног факултета у Крагујевцу, Ниш, Правни

СЕРИЈСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

235. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 1/1962**
уредници: *Славољуб Поповић* и *Петар И. Козић*
236. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 2/1963**
уредници: *Славољуб Поповић* и *Петар И. Козић*
237. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 3/1964**
уредници: *Славољуб Поповић* и *Петар И. Козић*
238. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 4/1965**
уредници: *Славољуб Поповић* и *Петар И. Козић*
239. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 5/1966**
уредници: *Славољуб Поповић* и *Петар И. Козић*
240. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 6/1967**
уредници: *Славољуб Поповић* и *Петар И. Козић*
241. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 7/1968**
уредник: *Миодраг Матејић*
242. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 8/1969**
уредник: *Миодраг Матејић*
243. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 9/1970**
уредници: *Петар И. Козић* и *Врета Круљ*
244. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 10/1971**
уредници: *Петар И. Козић* и *Врета Круљ*
245. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 11/1972**
уредник: *Врета Круљ*
246. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 12/1973**
уредник: *Славко Марковић*
247. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 13/1974**
уредник: *Душан Р. Паравина*
248. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА ванредан број посвећен новим уставима 14/1974** уредник: *Славко Марковић*
249. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ТРИДЕСЕТ ГОДИНА ПРАВОСУЂА У СОЦИЈАЛИСТИЧКОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ, 15/1975**
уредник: *Душан Р. Паравина*
250. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 16/1976**
уредници: *Славољуб Поповић* и *Момчило Димитријевић*
251. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 17/1977**
уредник: *Љубиша Јовановић*
252. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 18/1978**
уредник: *Слободан Миленковић*
253. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 19/1979**
уредник: *Михаило Митић*

254. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 20/1980**
уредник: *Михаило Митић*
255. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 21/1981.**, садржи библиографију
радова поводом двадесетогодишњице рада Факултета
уредник: *Чедомир Стевановић*
256. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 22/1982**
уредник: *Чедомир Стевановић*
257. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 23/1983**
уредник: *Димитрије Кулић*
258. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 24/1984**
уредник: *Мирослав Миљковић*
259. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 25/1985**
уредник: *Мирослав Миљковић*
260. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 26/1986**
уредник: *Мирослав Миљковић*
261. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 27/1987**
уредник: *Славко Марковић*
262. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА**, редовни и тематски број:
"УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СР СРБИЈИ", 28/1988
уредник: *Славко Марковић*
263. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 29/1989**
уредник: *Слободанка Стојичић*
264. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 30/1990**
уредник: *Слободанка Стојичић*
265. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 31/1991**
уредник: *Гордана Станковић*
266. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 32-33/1992/93**
уредници: *Гордана Станковић* и *Радмила Ковачевић Куитримовић*
267. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 34-35/1994/95**
уредник: *Драган Станимировић*
268. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 36-37/1996/97**
уредник: *Војислав Ђурђић*
269. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 38-39/1998/99**
уредник: *Милорад Рочкомановић*
270. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 40-41/2000/01**
уредник: *Дара Миленовић*
271. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 42/2002**
уредник: *Мирољуб Симић*
272. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 43/2003**
уредник: *Мирса Мијачић*
273. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 44/2004**
уредник: *Мирса Мијачић*

274. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 45/2004**
уредник: *Мирса Мијачић*
275. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 46/2004**
уредник: *Мирса Мијачић*
276. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 47/2006**
уредник: *Милан Петровић*
277. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: "ЈОВАН СТЕРИЈА ПОПОВИЋ", 48/2006**
уредник: *Милан Петровић*
278. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: "ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ" 49/2007**
уредник: *Милан Петровић*
279. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 50/2007**
уредник: *Милан Петровић*
280. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 51/2008**
уредник: *Радмила Ковачевић-Куштримовић*
281. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 52/2008**
уредник: *Радмила Ковачевић-Куштримовић*
282. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 53/2009**
уредник: *Радмила Ковачевић-Куштримовић*
283. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 54/2009**
уредник: *Радмила Ковачевић-Куштримовић*
284. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 55/2010**
уредник: *Милан Петровић*
285. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 56/2010**
уредник: *Милан Петровић*
286. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА тематски број посвећен Славољубу Поповићу 57/2011**
уредник: *Милан Петровић*
287. **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 58/2011**
уредник: *Милан Петровић*

ЗАКОНИ

288. **УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ и УСТАВНИ ЗАКОН ЗА СПРОВОЂЕЊЕ УСТАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**, поговор: *Стојановић, Драган М.*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 129, уредник: *Срђан Голубовић*
COBISS.SR-ID=136241164

МУЛТИМЕДИЈА И ЕЛЕКТРОНСКА ИЗДАЊА ЗБОРНИКА

289. **ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ - FACULTY OF LAW IN NIŠ**, мултимедијална презентација Факултета на српском и енглеском језику, Ниш, Правни факултет, Служба протокола и Рачунски центар, 2002, уредник: *Драган Николић*,
COBISS.SR-ID=98072076
290. **ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ : УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ : 1960-2004 : FACULTY OF LAW : UNIVERSITY OF NIŠ**, информативна брошура приређена поводом Дана Факултета, на српском

и енглеском језику, Ниш, Правни факултет, Служба протокола и Рачунски центар, 2004, приредили: *Весна Данковић* и *Бранко Стевановић*

291. **МАКРОПРОЈЕКТ СТВАРАЊЕ УСЛОВА ЗА РАЗВОЈ МОДЕРНОГ ПРАВНОГ И ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ КАО ДЕМОКРАТСКЕ ДРЖАВЕ**, Зборник радова, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 2005, уредник: *Гордана Станковић* ISBN 86-7148-063-1 COBISS.SR-ID=130795020
292. **ДВЕСТОТИНЕ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА - УТИЦАЈ ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА НА СРПСКО ПРАВО**, Зборник радова са научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу 24.12.2004. године у част двеста годишњице од доношења Code Civil-a, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2005, стр. 162, уредник: *Гордана Станковић*
293. **45 ГОДИНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**, информативна брошура израђена поводом Дана Факултета, Ниш, Правни факултет, Рачунски центар, 2005

БРОШУРЕ

294. **НАСТАВНИ ПЛАН И ПРОГРАМ**, Ниш, Правни факултет у Нишу, 1989, стр. 91 COBISS.SR-ID=1024333473
295. **ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ**, програм међународне конференције одржане на Правном факултету у Нишу 1-2. фебруара 1996, Ниш, 1996, стр. 16, уредник: *Мирољуб Симић* COBISS.SR-ID=102549511
296. **ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ**, информативна брошура о Факултету, Ниш, 1998, стр. 20, уредник: *Владислав Ђ. Ђорђевић*, приредили: *Драган Николић* и *Весна Данковић* COBISS.SR-ID=1024331681
297. **FACULTY OF LAW IN NIŠ**, информативна брошура о Факултету, Ниш, 1998, стр. 20, уредник: *Владислав Ђ. Ђорђевић*, приредили: *Драган Николић* и *Весна Данковић* COBISS.SR-ID=1024331937
298. **КАТАЛОГ ИЗДАЊА**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1998, стр. 24
299. **КАТАЛОГ ИЗДАЊА**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, стр. 16
300. **ИНФОРМАТОР : ЗА БУДУЋЕ СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : ЗА ШКОЛСКУ 2002/2003**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2002, стр. 64
301. **ИНФОРМАТОР : ЗА БУДУЋЕ СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : ЗА ШКОЛСКУ 2003/2004**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. /64/
302. **ИНФОРМАТОР : ЗА БУДУЋЕ СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : ЗА ШКОЛСКУ 2004/2005**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004, стр. 72, /4/
303. **НАСТАВНИ ПЛАН И ПРОГРАМ ОСНОВНИХ СТУДИЈА**, Ниш, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, 2004, стр. 151, уредник: *Милорад Рочкомановић* COBISS.SR-ID=102433729
304. **НАУЧНО САВЕТОВАЊЕ "УСТАВНО ПИТАЊЕ У СРБИЈИ"**, програм Саветовања одржаног на Правном факултету у Нишу 20-21. маја 2004. године, Ниш, Правни факултет, 1996, стр. /12/, уредник: *Милан Петровић*
305. **ИНФОРМАТОР : ЗА БУДУЋЕ СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : ЗА ШКОЛСКУ 2005/2006**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, стр. 82

306. **ИНФОРМАТОР : ЗА БУДУЋЕ СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : ЗА ШКОЛСКУ 2006/2007**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. /80/
307. **ИНФОРМАТОР : ЗА БУДУЋЕ СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : ЗА ШКОЛСКУ 2007/2008**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. /82/
308. **ИНФОРМАТОР : ЗА БУДУЋЕ СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : ЗА ШКОЛСКУ 2008/2009**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2008, стр. 83, /5/
309. **ИНФОРМАТОР : ЗА БУДУЋЕ СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ : ЗА ШКОЛСКУ 2009/2010**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2009, стр. 62
310. **ИНФОРМАТОР ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ, 2010/2011**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2010, стр. 36
311. **ИНФОРМАТОР ЗА БРУЦОШЕ**, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2011, стр. 4